

Constancia Secretarial: Vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 15 de noviembre de 2022, únicamente la Administradora Colombiana de Pensiones, Porvenir S.A. y Skandia S.A. remitieron en término los alegatos de conclusión al correo institucional, como se aprecia en la carpeta de segunda instancia.

Pereira, 30 de noviembre de 2022.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ
Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
PEREIRA, DIECIOCHO DE ENERO DE DOS MIL VEINTITRÉS

Acta de Sala de Discusión No 002 de 16 de enero de 2023

SENTENCIA ESCRITA

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por las demandadas SKANDIA S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito el 26 de agosto de 2022, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de COLPENSIONES, dentro del proceso promovido por la señora JANETH PATRICIA BUENAVENTURA BUENAVENTURA, cuya radicación corresponde al N°66001310500120190040401, en el que también se encuentran demandadas la AFP PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.

AUTO

Se reconoce personería para actuar dentro del proceso de la referencia a la doctora MARILUZ GALLEGU BEDOYA, como apoderada 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 y que se encuentra debidamente incorporado en el expediente -archivo 07 carpeta segunda instancia-.

ANTECEDENTES

Pretende la señora Janeth Patricia Buenaventura Buenaventura que la justicia laboral acceda a la nulidad de la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como los movimientos ejecutados al interior de ese régimen pensional y consecuentemente que se declare válida y vigente la afiliación primigenia efectuada al régimen de prima media con prestación definida.

Con base en esas declaraciones aspira que se condene a los fondos privados de pensiones accionados a girar la totalidad de los emolumentos a que haya lugar, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas procesales a su favor.

Refiere que: Nació el 15 de abril de 1966; después de afiliarse al régimen de prima media con prestación definida en el mes de abril de 1988 a través del otrora Instituto de Seguros Sociales, decidió trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad el 29 de noviembre de 1994 a través de la AFP Colfondos S.A.; para ejecutar el acto jurídico que significó el cambio de régimen pensional, no recibió la totalidad de la información que la ley exigía para ese momento, ya que el asesor comercial designado por esa sociedad para dicha tarea, no hizo una exposición de la totalidad de las ventajas y sobre todo las desventajas que acarrearía cambiar de régimen pensional; posteriormente se movilizó al interior del régimen de ahorro individual con solidaridad, sin embargo, no recibió la información completa y veraz de lo que significaba permanecer afiliada en ese régimen pensional, estando actualmente vinculada con el fondo privado de pensiones Skandia S.A.

El 15 de agosto de 2019, ante solicitud elevada por ella, la Administradora Colombiana de Pensiones negó su retorno al RPM, argumentando que se encontraba 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 contestar la demanda -págs.196 a 206 archivo 01 carpeta primera instancia-, la Administradora Colombiana de Pensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando que la demandante no aporta pruebas que permitan entrever un posible vicio o error que conllevara a su indebida afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad y que significó el traslado entre regímenes pensionales; agregando que en todo caso no es posible tampoco acceder a las peticiones elevadas por la actora ya que ella está inmersa en una prohibición legal. Formuló las excepciones de mérito que denominó “*Inexistencia de la obligación demandada*”, “*Prescripción*”, “*Estricto cumplimiento de la normatividad vigente*”, “*Buena fe*” y “*Declaratoria de otras excepciones*”.

La AFP Skandia S.A. dio respuesta al libelo introductorio -págs.251 a 267 archivo 01 carpeta primera instancia- manifestando que esa entidad no participó del cambio de régimen pensional que efectuó la demandante en el año 1994, pero que en todo caso, independientemente de las equivocaciones en que se pudo haber incurrido en ese momento, la verdad es que ella ratificó su voluntad de permanecer afiliada en el RAIS, convalidando así la vinculación realizada con Colfondos S.A. en el año 1994, con los movimientos ejecutados al interior de ese régimen pensional, así como con las cotizaciones que realizó al sistema general de pensiones por medio del referido régimen pensional. Planteó las excepciones de fondo de “*Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen*”, “*Convalidación del acto jurídico*”, “*La demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado*”, “*Ausencia de configuración de causales de nulidad*”, “*Inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS*”, “*Ausencia de falta al deber de asesoría e información*”, “*Los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de sentencias invocadas por la demandante*”, “*Prescripción*”, “*Buena fe*” y “*Genérica*”.

El fondo privado de pensiones Protección S.A. respondió la demanda -págs.310 a 337 archivo 01 carpeta primera instancia-, manifestando que si bien el acto jurídico con el que se materializó el cambio de régimen pensional de la actora no se ejecutó con esa entidad, lo cierto es que ese suceso jurídico con el que ella se trasladó del

RPMPD al RAIS no adolece de vicios en el consentimiento que deban recaer sobre la voluntad de la afiliada, porque no existieron precisamente las maniobras preterintencionales que se endilgan. Propuso las excepciones de mérito que denominó *“Genérica o innominada”, “Prescripción”, “Buena fe”, “Compensación”, “Exoneración de condena en costas”, “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”, “Afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado”, “Excepción de mérito seguro previsional” y “Excepción de mérito cuotas de administración”.*

El fondo privado de pensiones Colfondos S.A. contestó la acción - archivo 03 carpeta primera instancia-, manifestando que la vinculación efectuada por la accionante a esa administradora pensional cumplió con el lleno de los requisitos exigidos en la ley; pero, en caso de que se acceda a la ineficacia del traslado al RAIS, considera no hay lugar a ordenar la restitución de los dineros cobrados por concepto de gastos de administración, así como las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes. Se opuso a las pretensiones y planteó las excepciones de mérito de *“Validez y eficacia de la afiliación de la demandante 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 ineficacia”, “Inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro previsional cuando se declara la ineficacia de la afiliación al RAIS”, “Pago”, “Compensación”, “Prescripción”, “Buena fe” e “Innominada o genérica”.*

En sentencia de 26 de agosto de 2022, la funcionaria de primera instancia, 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 Janeth

Patricia Buenaventura Buenaventura, 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 29 de noviembre de 1994, así como a los movimientos ejecutados al interior de ese régimen pensional; y en consecuencia declaró válida y vigente la afiliación primigenia efectuada al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por Colpensiones.

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

Así mismo, condenó a 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 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.

Ante la posibilidad de que se haya emitido un bono pensional a favor de la señora Janeth Patricia Buenaventura Buenaventura con el cambio de régimen pensional declarado ineficaz, ordenó comunicar la decisión a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con la finalidad de que a través de trámites internos y canales institucionales, ejecute todas las acciones a que haya lugar para dejar las cosas en el estado en el que se encontraban antes de que se produjera el traslado de la accionante del RPMPD al RAIS, procediendo, entre otras cosas y de ser el caso, a anular o dejar sin vigencia el bono pensional que se hubiere generado a favor de la actora.

Finalmente, condenó en costas procesales a la AFP Colfondos S.A., a favor de la parte actora, advirtiendo que su liquidación se realizará en la oportunidad procesal pertinente.

Inconformes con la decisión, el fondo privado de pensiones Skandia S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones interpusieron recurso de apelación en los siguientes términos:

La apoderada judicial del fondo privado de pensiones Skandia S.A. no se encuentra conforme con la condena económica se emitió en su contra, ya que considera que dentro de este tipo de casos no resulta jurídicamente correcto ordenar la restitución de la totalidad de los emolumentos definidos por la *a quo*, por cuanto los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como las sumas dirigidas a financiar la garantía de pensión mínima son cobradas por ministerio de la ley, siendo lo correcto ordenar únicamente la devolución de las sumas provenientes de las cotizaciones o aportes al sistema general de pensiones; pero, en todo caso, no hay lugar a la devolución de todos estos emolumentos porque sobre ellos ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción.

La apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones estima que no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda, por cuanto el cambio de régimen pensional que se ejecutó por parte del demandante cumplió con el lleno de los requisitos exigidos en la ley, al haberse realizado de manera libre, voluntaria y sin presiones como quedó consignado en el correspondiente formulario de vinculación; sin que tampoco sea dable acceder a las pretensiones por cuanto él se encuentra inmerso 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.

En todo caso, de no tenerse en cuenta esos argumentos, estima que tampoco hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda, por cuanto la afiliada ejecutó los

actos de relacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia, con los que ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS, ello por cuanto la actora decidió permanecer afiliada en ese régimen pensional por más de veinte años y adicionalmente decidió movilizarse en su interior.

Continuó la sustentación del recurso de apelación indicando que lo que se evidencia en el presente asunto es un interés de índole económico por parte de la accionante, que radica básicamente en querer retornar el RPM con el objeto de acceder a una mesada pensional más alta a la que se puede financiar en el RAIS, lo que demuestra que no es la acción de ineficacia del traslado la llamada a resolver el asunto, sino la resarcitoria de perjuicios prevista en el decreto 720 de 1994.

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 Skandia S.A. y Protección S.A. hicieron uso del derecho a remitir en término los alegatos de conclusión.

En cuanto a su contenido, 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 expuestos por las entidades recurrentes, esto es, Skandia S.A. y Colpensiones, coinciden con los emitidos en las sustentaciones de los recursos de apelación.

Por su parte, la AFP Protección S.A., reiterando los mismos argumentos expuestos en la contestación de la demanda, solicita que se revoque la sentencia proferida por

la *a quo*, para que en su lugar se nieguen la totalidad de las pretensiones de la acción.

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 Janeth Patricia Buenaventura Buenaventura al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada el 29 de noviembre de 1994, así como los movimientos ejecutados en su interior?

¿Con la permanencia de la afiliada en el RAIS durante más de veinte años y los movimientos realizados al interior de ese régimen pensional, 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?

¿Tiene razón el fondo privado de pensiones Skandia S.A. cuando afirma que no es viable que se ordene la restitución de los gastos o cuotas de administración y el valor de las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como los valores destinados a financiar la garantía de pensión mínima?

En caso de que no sea así ¿Le son aplicables a dichos emolumentos el término trienal de prescripción previsto en el artículo 151 del CPT y de la SS?

¿Qué decisión debe adoptarse ante la posibilidad de que se haya emitido un bono pensional a favor de la afiliada?

¿Existe algún inconveniente en torno a que la afiliada se encuentre a menos de diez años de arribar a la edad mínima de pensión prevista en el régimen de prima media con prestación definida?

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> |
|-----------------------------------|---|---|
|-----------------------------------|---|---|

| | | |
|--|--|---|
| <p><i>Deber de información</i></p> | <p><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 menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i></p> | <p><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 de beneficios pensionales</i></p> |
| <p><i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i></p> | <p><i>Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i></p> | <p><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></p> |
| <p><i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i></p> | <p><i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016</i></p> | <p><i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i></p> |

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.

Resuelto lo anterior, se tiene entonces que con la solicitud de vinculación N°244418 -pág.47 archivo 01 carpeta primera instancia-, la señora Janeth Patricia Buenaventura Buenaventura se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad el 29 de noviembre de 1994 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 cumplió con el lleno de los requisitos legales, al no habersele suministrado la totalidad de 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 29 de noviembre de 1994 (primera etapa).

En lo que concierne al formulario de afiliación, más allá de que en dicho documento se evidencia la rúbrica de la señora Janeth Patricia Buenaventura Buenaventura 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 demandante informó que actualmente se encuentra activa como cotizante, al prestar sus servicios personales en calidad de ingeniera electrónica en la empresa Colombia Movil; indicando adicionalmente que no ha solicitado en el RAIS el reconocimiento de la pensión de manera anticipada.

En torno al momento en que se produjo el cambio de régimen pensional el 29 de noviembre de 1994, indicó que en esa época un asesor del fondo privado de pensiones Colfondos S.A., en una reunión personal muy corta, le dijo que debía cambiar de régimen pensional porque el Instituto de Seguros Sociales donde ella estaba afiliada iba a desaparecer, asegurándole que en el RAIS podía pensionarse anticipadamente y con una mesada mucho más alta que la ofrecida en el RPMPD, indicándole también que en caso de no querer pensionarse, ella podía solicitar el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual.

Ante preguntas efectuadas por la *a quo*, contestó que no tiene conocimiento sobre la forma en la que se puede pensionar en el RAIS y en el RPMPD, es decir, que no sabe cuáles son las diferencias existentes entre ellas.

En cuanto a los movimientos que ejecutó en el régimen de ahorro individual con solidaridad, informó que lo hizo porque los fondos privados de pensiones la visitan constantemente en la empresa en la que presta sus servicios y en ellas le decían que si se pasaba a esas entidades podía obtener mejores rendimientos financieros, asegurando que en el caso de Protección S.A., también le ayudaron con un crédito hipotecario si se pasaba a esa administradora pensional; pero nunca le explicaron cuales eran las consecuencias de continuar afiliada en el RAIS.

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 Janeth Patricia Buenaventura Buenaventura, 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. para el 29 de noviembre de 1994, sin que tampoco exista prueba en el plenario que acredite que la asimetría en la información que se produjo en ese momento dejó de prolongarse con el paso de los años, pues a pesar de que la accionante se movilizó al interior de ese régimen pensional, estando afiliada actualmente al fondo privado de pensiones Skandia S.A., permaneciendo afiliada a ese régimen pensional por más de veinte años, realizando cotizaciones al sistema general de pensiones a través de él; lo cierto es que esos hechos no demuestran per se los actos de relacionamiento 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 Janeth Patricia Buenaventura Buenaventura 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 y 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

29 de noviembre de 1994 no desapareció mientras la accionante estuvo vinculada 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 29 de noviembre de 1994, indefectiblemente, conforme con lo sentado por la Corte Suprema de Justicia, no queda otro camino que confirmar la decisión emitida por el Juzgado Primero 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 29 de noviembre de 1994 y consecuentemente los movimientos ejecutados al interior de ese régimen pensional, por lo que todos los actos ejecutados en el RAIS carecen de validez; quedando válida y vigente la afiliación primigenia efectuada por la señora Janeth Patricia Buenaventura Buenaventura al RPMPD administrado actualmente por la Administradora Colombiana de Pensiones, como correctamente lo definió la *a quo*.

Así las cosas, al no tener ningún efecto jurídico el cambio de régimen pensional y los movimientos efectuado por la señora Janeth Patricia Buenaventura Buenaventura, ni ninguno de los actos ejecutados al interior del RAIS, correcta resultó la decisión de condenar a la AFP Skandia S.A., en la que se encuentra vinculada actualmente, a restituir el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, proveniente de las cotizaciones efectuadas al sistema general de pensiones, junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado, 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; **indicando desde ya, que ninguno de los rubros o emolumentos que se deberán restituir a Colpensiones se encuentra afectado por el fenómeno jurídico de la prescripción**, por cuanto el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral ha sido claro en señalar en las providencias expuestas a lo largo

del presente proveído, que la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y sus consecuencias jurídicas gozan del carácter de imprescriptibles, y ello es así, porque no resulta posible aplicar ese fenómeno jurídico respecto a unos rubros que fueron cobrados a partir de unos actos jurídicos que nunca nacieron a la vida jurídica, ya que todos los actos ejecutados después del 29 de noviembre de 1994 no produjeron efectos; por lo que no le asiste razón a la apoderada judicial de la AFP Skandia S.A. cuando solicita la aplicación de la prescripción trienal prevista en el artículo 151 del CPT y de la SS.

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 los fondos privados de pensiones accionados.

Bajo esa misma óptica, es del caso recordar que el cambio de régimen pensional y los movimientos realizados 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 Skandia S.A., Protección S.A. y Colfondos 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 destinados 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.

Al haber operado un traslado desde el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 29 de noviembre de 1994 y al haber cotizado la accionante más de 150 semanas al RPM antes de que se produjera el traslado al RAIS, más concretamente 344,14 semanas de cotización, como se constata con la información inmersa en la historia laboral emitida por Colpensiones - archivo 02 carpeta primera instancia-, se generó en ese momento un bono pensional tipo A en favor de la señora Janeth Patricia Buenaventura Buenaventura al cumplirse con los requisitos previstos en el artículo 115 de la ley 100 de 1993.

Ahora bien, a pesar de que no existe prueba que demuestre el estado actual de ese instrumento de deuda pública, lo cierto es que el mismo se redimiría normalmente el 15 de abril de 2026, fecha en que la accionante cumple los 60 años de edad, al haber nacido en la misma calendad del año 1966 como se ve en la copia de su cédula de ciudadanía -pág.30 archivo 01 carpeta primera instancia-; por lo que, como la declaratoria de ineficacia trae como consecuencia que las cosas se reestablezcan al estado en el que se encontraban antes del momento en que se produjo el traslado al RAIS, correcta resultó la decisión de la *a quo* consistente en comunicar la decisión adoptada en el proceso a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que, en un trámite interno y a través de canales institucionales, ejecute todas las acciones a que haya lugar para dejar las cosas en el estado en el que se encontraban antes de que se ejecutara el cambio de régimen pensional de la afiliada, procediendo, entre otras cosas y de ser el caso, a anular o dejar sin vigencia el bono pensional que se generó a favor de la señora Janeth Patricia Buenaventura Buenaventura, aplicando con ello lo previsto en el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995 modificado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 hoy recopilado en el Decreto 1833 de 2016.

En torno al hecho consistente en que la accionante se encuentra a menos de diez años de arribar a la edad mínima de pensión en el RPM, la verdad es que ese suceso no afecta en nada 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.

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 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito el 26 de agosto de 2022.

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: **5461c45cb15cba3980ef534895e461fe402055d66533ac7329567b4e48d5dfb5**

Documento generado en 18/01/2023 08:22:47 AM

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