



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA LABORAL

ORDINARIO No. 15001 3105 002 2019 00233-01 (2021-1224)

ASUNTO: APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA

DEMANDANTE: LUZ MIRIAM RINCÓN LEÓN

DEMANDADOS: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
FANNY ELIZABETH ROBLES MARTÍNEZ

Acta No. 027

Tunja, cinco (5) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A., contra la sentencia del 08 de marzo de 2021, así como el grado de consulta respecto de la misma.

ANTECEDENTES

LUZ MIRIAM RINCÓN LEÓN entabla demanda laboral¹ en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL** y la **AFP COLFONDOS** para que declare la nulidad y/o ineficacia del traslado al Régimen de

¹ Archivos 4 y 6

Ahorro Individual y como consecuencia se trasladen los aporte juntos con sus rendimientos a la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES y se active su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Como sustento fáctico manifiesta que nació el 05 de diciembre de 1964. Se afilió al instituto de Seguros Sociales el 30 de agosto de 1984. El 21 de marzo de 1997 se afilio a la Sociedad Administradora de Fondos y pensiones PORVENIR S.A.

El 01 de noviembre de 2006 se afilió a la administradora de pensiones y cesantías OLD MUTUAL, y posteriormente el 20 de noviembre de 2007 retornó al fondo de pensiones y cesantías PORVENIR S.A.

Para abril de 2009 realizó traslado a la administradora de pensiones y cesantías OLD MUTUAL S.A.

El 31 de octubre de 2010 suscribió afiliación con la administradora de fondos de pensiones y cesantías COLFONDOS S.A. El 28 de noviembre de 2014 la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías PORVENIR S.A., retomó su afiliación.

Indica que los asesores de las AFP OLD MUTUAL, COLFONDOS y PORVENIR S.A., no le informaron los beneficios y desventajas de afiliarse a cada uno de los regímenes, el valor de su mesada pensional, por lo que no pudo tomar una decisión informada, autónoma y consciente. Además, que estando afiliada a PORVENIR esta administradora de pensiones no la asesoró sobre la oportunidad de regresar al régimen de prima media con prestación definida.

Que el 5 de septiembre de 2018 radicó reclamación administrativa ante la COLPENSIONES, solicitando la declaratoria de la nulidad del traslado de AFP y la reactivación de su afiliación en el Régimen de Prima media con Prestación definida, sin que se haya generado respuesta.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES², se opone a las pretensiones aduciendo la legalidad del traslado de régimen teniendo en cuenta que se realizó con plena voluntad de la cotizante, quien por decisión propia lo solicitó, suscribiendo el formulario de afiliación a PORVENIR el 21 de marzo de 1997, luego a OLD MUTUAL y finalmente a COLFONDOS, sin que se configuraran vicios de consentimiento establecidos en el artículo 1109 del CC.

Que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición del artículo 13 de la ley 100 de 1993 y como no cuenta con 15 años de cotizaciones para el 1 de abril de 1994, resulta improcedente su traslado.

Que la accionante no solicitó información sobre su futuro pensional, sustrayéndose de sus deberes como afiliada y convalidando su deseo de permanencia en el RAIS. Las características propias de cada régimen se encuentran contempladas en la ley 100 de 1993, norma de carácter público.

Presenta como excepciones de mérito: falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, imposibilidad de traslado, presunción de legalidad de los actos jurídicos, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional, enriquecimiento sin causa, improcedencia de costas e intereses en contra de Colpensiones, conmutación pensional, prescripción, prescripción de la acción y la genérica.

PORVENIR S.A.,³ da respuesta a la demanda oponiéndose a las pretensiones, en la medida que la afiliación de la demandante con Porvenir, en 1997, fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento público en el que se observa la declaración escrita a que

² Archivo 12

³ Archivo 19

se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT.

Señala que no es procedente declarar la nulidad del traslado porque la decisión de la demandante de suscribir el formulario de afiliación fue libre, voluntaria y espontánea, toda vez que se le dio la respectiva asesoría, en la cual se le informó de manera clara, precisa y veraz, las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, las implicaciones de su decisión y el estudio individual de su afiliación, de manera que no existieron vicios en el consentimiento, como se evidencia en los diferentes documentos que reposan en el expediente de la parte actora en la AFP Porvenir, tales como la relación histórica de movimientos, el formulario de afiliación, historia laboral, solicitud de bono pensional, en los cuales no se muestra inconformidad alguna por pertenecer al Régimen de Ahorro Individual sino al contrario, la voluntad de permanecer en el.

Tampoco procede declarar la ineficacia de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, porque requiere situaciones o actuaciones dolosas, que ni se alegan ni se acreditan en esta demanda.

No se puede ordenar el traslado de gastos de administración a Colpensiones, porque se configura un enriquecimiento ilícito a su favor, en la medida en que no existe norma que disponga tal devolución, pues en forma clara, el artículo 113, literal b) de la Ley 100 de 1993 menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen.

Propone como excepciones de fondo la de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.,⁴ se opone a las pretensiones, atendiendo que el traslado de régimen que hizo la demandante se sujeta a la presunción de validez, porque se hizo de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la ley 100 de 1993. Igualmente, no hizo uso de su derecho de retractación y frente a esa AFP no hubo traslado de régimen, sino un movimiento al interior del RAIS.

Que la información suministrada por esa administradora a sus afiliados se encuentra acorde a las disposiciones legales y a la vigilancia y control que sobre ella ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia. Las reglas y condiciones en que se realizan las vinculaciones son el resultado de la normatividad que regula la materia.

Como excepciones de mérito plantea las de falta de causa para pedir, inexistencia de la obligación a cargo de OLD MUTUAL S.A., cobro de lo no debido, buena fe y la innominada.

COLFONDOS,⁵ se allana a las pretensiones, teniendo en cuenta que no tiene soportes para demostrar que asesoró en debida forma a la demandante. Manifiesta que cumplió con el deber de buen consejo y existió la voluntad de la demandante de pertenecer al régimen, sin que haya vicio de consentimiento al firmar el formulario de vinculación a esa administradora.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Tunja en sentencia del 8 de marzo de 2021, resolvió:

“PRIMERO. Declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante mediante suscripción de afiliación a Porvenir con el formulario número 885122 suscrito el 21 de marzo de 1997 y efectivo a partir del 1 de abril de 1997.

4 Archivo 13

5 Archivo 16

SEGUNDO. Ordenar a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante a partir del mes de abril de 1997, sin solución de continuidad teniéndola válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

TERCERO. Condenar a las demandadas PORVENIR, COLFONDOS y OLD MUTUAL a efectuar la devolución de la totalidad de las cotizaciones efectuadas a favor de la demandante en vigencia de la afiliación que hoy se declara ineficaz incluyendo rendimientos financieros, gastos de administración y demás conceptos que pueden afectar la capacidad adquisitiva de la cotización de la demandante.

CUARTO. Declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas

QUINTO: Costas plenas a cargo de PORVENIR S.A con OLD MUTUAL S.A. Exoneradas de costas, COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.

Agencias en derecho como se señaló en la parte motiva un salario mínimo en proporciones iguales para los dos condenados en costas."

APELACIÓN

COLPENSIONES, apela la decisión manifestando que, para la época en que se suscribe el formulario de afiliación y se materializa el traslado de la demandante, sólo se encontraba vigente el decreto 663 de 1993, por lo que la información suministrada por la AFP PORVENIR debe ser valorada conforme a esa normatividad.

Que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral han establecido la carga de la prueba en las AFP, sin que se exija un menor esfuerzo procesal a la parte demandante, contrariando lo dispuesto en el decreto 2231 de 2010 que señala las obligaciones de los afiliados al sistema general de pensiones.

Que el silencio en el transcurso del tiempo se debe entender como una decisión consciente de permanecer en el régimen seleccionado, por lo que la única manera de deslegitimar el traslado es demostrando la existencia de un vicio del consentimiento, que en este caso no acaeció, por el contrario, medió la voluntad consciente e informada en la demandante.

Señala que la actora se encuentra inmersa en la prohibición del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2 de la Ley 297 de 2003. Al declararse la ineficacia de traslado se afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de

pensiones y se pone en peligro el derecho fundamental de la seguridad social de los demás afiliados.

Solicita se revoque la decisión y, en caso de que se acojan las pretensiones, no se le condene en costas al ser un tercero de buena fe y en virtud al principio de relatividad jurídica.

PORVENIR, interpone recurso señalando que el acto del traslado de régimen de la demandante a PORVENIR en 1997, fue una decisión libre, voluntaria e informada, tal y como se aprecia en la solicitud de vinculación escrita a la que se refiere el artículo 114 de la ley 100 de 1993, sin coacción o apremio por parte de esa AFP. Igualmente, la única norma que regulaba el tema para esa época era el decreto ley 663 del año 1993, al cual se le dio cabal cumplimiento y no exigía dejar soporte de la información brindada al cliente.

La demandante, como usuaria, tenía unas obligaciones que no cumplió; podía ejercer el derecho de retracto y retornar al régimen de prima media con prestación definida.

Manifiesta que ratificó su permanencia en el RAIS con los movimientos de carácter horizontal que hizo, donde se le brindó información por parte de los promotores comerciales, que no puede desconocer; siendo la única razón para solicitar la ineficacia de traslado, que su mesada pensional le va a quedar más baja.

Señala que no está de acuerdo con la forma que se aplicó el artículo 13, literal B de la ley 100, por cuanto la decisión fue libre y voluntaria, y por ende tampoco hay lugar a aplicar lo establecido en el artículo 271.

El tema de las restituciones mutuas establecidas en el artículo 1746 del CC, no puede ser interpretado de forma autónoma sino concordante con el artículo 964, que parte del principio de la buena fe. Además, que esos frutos deben ser solamente recibidos después de la contestación de la demanda.

Que no hay lugar a la devolución de los gastos de administración pues su restitución configuraría un enriquecimiento sin justa causa. No hacen parte de la cuenta de ahorro individual del afiliado y el artículo 13, literal B de la ley 100 de 1993 conlleva solamente la devolución de saldos que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del afiliado y su rendimiento.

OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A., impugna aduciendo que los traslados o movimientos que realizó la demandante contradicen lo alegado sobre la falta de información brindada. Que no se puede tener como afiliado lego a una profesional de derecho.

En todos los traslados que realizó la demandante primó su voluntad porque tuvo conocimiento de las consecuencias que conllevaba trasladarse, ella fue consciente de la decisión que asumía. Asimismo admitió conocer los extractos que le enviaban las AFP.

Señala que en el caso de Old Mutual no era necesario hacer un paralelo de los dos regímenes porque se trataba de un movimiento dentro del RAIS. Además que contaba con el derecho de retracto.

Solicita se tenga en cuenta la aclaración de voto del Magistrado José Luis Quiroz, porque en este caso la demandante tenía pleno conocimiento de las decisiones que estaba efectuando y tenía la formación profesional para entender las consecuencias de su decisión.

De confirmarse la sentencia de primera instancia, solicita se revise lo concerniente a los gastos de administración, por cuanto su finalidad es proteger al afiliado de ciertas contingencias y es un enriquecimiento sin justa causa su restitución.

De la misma manera deben revocarse las costas al no existir responsabilidad de esa AFP.

ALEGATOS

PARTE DEMANDANTE⁶, los presenta extemporáneamente.

OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A., amplía y ratifica los argumentos expuestos en la apelación. Solicita revocar la sentencia y absolverla de cualquier consecuencia.

PORVENIR y COLFONDOS, guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

De conformidad con el **principio de consonancia** la Sala aborda como **problema jurídico** determinar si el traslado realizado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad es ineficaz. Y, en virtud del grado jurisdiccional de CONSULTA previsto en el art. 69 del CPT a favor de COLPENSIONES, determinar si es obligación de la entidad recibir a la demandante junto con todos los valores que PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A., le trasladen, como consecuencia de la ineficacia del traslado de la actora.

El **derecho a la información** se encuentra contemplado en el art. 20 de la Constitución Política e indica que todas las personas tienen derecho a recibir información veraz e imparcial. Así, la Corte Constitucional en sentencia C-488/93 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, señaló:

“El derecho a la información es un derecho que expresa la tendencia natural del hombre hacia el conocimiento. El ser humano está abierto a la aprehensión conceptual del entorno para reflexionar y hacer juicios y raciocinios sobre la realidad. Es en virtud de esta tendencia que a toda persona se le debe la información de la verdad, como exigencia de su ser personal. El sujeto de este derecho es universal: toda persona -sin ninguna distinción- y el objeto de tal derecho es la información veraz e imparcial”.

⁶ El término de traslado fue del 18 al 24 de junio de 2020 y los presentó el 11 de junio de 2020.
2021-1224 LUZ MIRIAM RINCÓN LEÓN VS. COLPENSIONES Y OTROS
(CONFIRMA SENTENCIA)

Los artículos 48 y 53 de la Constitución Política desarrollan el derecho a la **seguridad social**, consagrado en los artículos 1 y 3 de la ley 100 de 1993 como un derecho irrenunciable, que busca proteger a las personas de ciertas contingencias, en aras de su dignidad humana.

Dentro de esta prerrogativa se encuentra inmerso el **derecho a la seguridad social en pensiones**, que conforme a normado en la ley 100 de 1993, artículo 10, tiene por objeto, "garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones" y que se encuentra compuesto por dos regímenes, el de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad, que son excluyentes entre sí, por lo que el artículo 13 de la ley 100 de 1993, estableció en el literal b, la libre escogencia de régimen. Al respecto en sentencia de la CSJ en sentencia del 14 de noviembre de 2018, MP. Gerardo Botero Zuluaga, indicó:

"Sobre el particular, es de señalar que esta Sala de la Corte, en la sentencia CSJ SL19447-2017, sostuvo que el sistema general de pensiones tiene como objeto, garantizar a la población de las contingencias de vejez, invalidez y muerte, mediante el reconocimiento de las prestaciones, así como la ampliación progresiva en su cobertura, y estando enmarcado en que, **conforme el literal b) del artículo 13 de la ley en cita, la elección de cualquiera de los dos regímenes debe ser libre y voluntaria, lo que se exige no es cualquier tipo de asesoría, sino aquella que permita el ejercicio de la libertad informada**, cuya infracción castiga la propia normativa en la medida en que indica que si el empleador o cualquier persona natural o jurídica la desconoce, se hace merecedor de las sanciones previstas en el inciso 1 del precepto 271 ibídem." (Negrilla fuera del texto)

Por lo que esa elección libre y voluntaria, debe ser el resultado de una decisión informada, para que el afiliado tenga las herramientas necesarias para adoptar una decisión a conciencia, como lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia, en multiplicidad de sentencias, entre ellas la SL 1452 del 3 de abril de 2019, MP. Clara Cecilia Dueñas Quevedo:

“En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).

Igualmente se sentencia SL 17595 del 18 de octubre 2017, MP. Fernando Castillo Cadena, sobre las obligaciones de los fondos, estableció:

“(i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la simetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad; (iii) una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconveniente, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado a tomar una opción que claramente el perjudica.”

*De la misma manera sobre la **carga de la prueba** la jurisprudencia ha fijado en cabeza de las AFP la obligación de acreditar que cumplieron a cabalidad su deber de informar adecuadamente a quienes deseen afiliarse a ellas, sobre las condiciones de dicho régimen, como puede verse en las sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicado 31314, y del 22 de noviembre de 2011, radicado 33083, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, primera de las cuales en la que indicó:*

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia,

que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

...

"Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

...

"La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

"Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad."

Dejando claro así el deber de brindar información adecuada que tienen las AFP en estos casos. Posteriormente en la sentencia SL12136 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la misma magistrada, se pronunció sobre la necesidad de que las AFP demuestren el cumplimiento de la carga de brindar adecuada información.

La consecuencia de no brindar en forma suficiente la información al afiliado, es la ineficacia del traslado. En las sentencias SL1688-2019 y SL3464-2019, la Sala Laboral de la CSJ, expuso que las consecuencias de nulidad son idénticas a la ineficacia, con fundamento en la sentencia de la Sala Civil SC3201-2018, donde se indicó:

"Cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás".

En el presente asunto se pretende la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional porque no obtuvo la demandante la información necesaria para adoptar a conciencia su decisión.

Al efecto se acredita que la señora **LUZ MYRIAM RINCÓN LEÓN**, nació el 5 de diciembre de 1964⁷, se afilió al ISS el 30 de agosto de 1984, conforme al Reporte de semanas cotizadas adjuntado por COLPENSIONES⁸, se trasladó de régimen a PORVENIR S.A., el 1 de marzo de 1997 con fecha de efectividad el 1 de mayo de 1997. Se trasladó dentro del RAIS conforme al SIAFP, así: de PORVENIR a SKANDIA, el 1 de noviembre de 2006; SKANDIA a PORVENIR el 1 de noviembre de 2007; PORVENIR a SKANDIA el 1 de abril de 2009; SKANDIA a COLFONDOS el 1 de noviembre de 2010 y de COLFONDOS a PORVENIR el 1 de enero de 2015, sin que este demostrado que por parte de las AFP del RAIS le hayan suministrado la información necesaria para adoptar a conciencia su decisión, por lo que debe confirmarse la decisión de primera instancia.

En lo que atañe a los movimientos efectuados al interior del RAIS y a la permanencia en éste, a los que alude PORVENIR S.A, advierte esta Sala que, desde la sentencia SL 3752-del 15 de septiembre de 2020, una sala laboral de descongestión de la Corte Suprema de Justicia, de manera mayoritaria, luego de reiterar la obligación de las AFP de brindar información adecuada a quienes pretenden afiliarse a ellas, así como la obligación de acreditar el cumplimiento de ese deber, se refiere a la pertinencia de resolver los conflictos acerca de seguridad social sin tanto arraigo a las formalidades o protocolos, y con más apego a la intención real que despliegan los afiliados a través de sus actuaciones, refiriendo algunos ejemplos y abordando el tema así:

“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

7 Archivo 4
8 Archivo 12

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.” (Negrilla fuera del texto)

Conforme con lo cual, los traslados horizontales dentro del RAIS son actos de relacionamiento que permiten entender la voluntad del afiliado de permanecer en ese régimen. Sin embargo, en la misma sentencia se precisa que es necesario estudiar cada caso en particular para determinar si las AFP cumplieron la obligación de desvirtuar la asimetría de la información, para que el juzgador tenga a su alcance los medios de convicción que le den certeza sobre la situación particular. Así dijo:

“Por lo tanto, lo que define que un caso se resuelva declarando o no la nulidad, depende del ejercicio probatorio que hayan hechos las partes dentro del proceso a fin de esclarecer si la persona estaba o no debidamente informada. Ello conlleva a sostener, **que se trata de discusiones eminentemente casuísticas que no pueden convertirse en reglas generales de criterio, sino en consideraciones intrínsecamente atadas a lo que se ponga de manifiesto dentro del litigio.**

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.”

Y, para el caso concreto, llegó a las siguientes conclusiones:

“1. La línea de criterio de la Sala ha sido mucho más extensa, en el sentido de buscar que exista simetría de la información, es decir, que la persona cuente con todos los elementos necesarios y suficientes para que, en su caso concreto, tome la decisión que considere más beneficiosa.

Dicho lo anterior, no se busca crear reglas de pensamiento general e inamovible, tales como creer que siempre el Régimen de Prima Media será más favorable para los afiliados en contraposición al de Ahorro Individual, o presumir que siempre hubo engaño por no mediar documentación dentro del expediente que acredite la información suministrada.

En su lugar, **por lo que se propende es porque el juez forje de manera libre su convencimiento a partir de ciertas directrices claras, a saber, que la asesoría prestada por los fondos de pensiones -así sea verbal o escrita-, sea focalizada y dirigida a las condiciones particulares de cada uno de los afiliados.**

No se trata solo de elaborar un discurso abstracto que explique en que consiste uno y otro régimen, sino que, por el contrario, contenga las implicaciones concretas (por ejemplo, mediante proyecciones), de lo que sería la causación de su derecho pensional en uno u otro escenario.

Se recuerda que la importancia del derecho a la seguridad social amerita a que, por un lado, **las administradoras de pensiones en su rol de conocedoras del funcionamiento del Sistema contribuyan de manera directa a la decisión de las personas y, finalmente, a que aconsejen bajo parámetros legales sin que estén de por medio intereses de ningún otro tipo.**

...

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.”

Tesis que ha reiterado en las sentencias SL 1061-2021 de 22 de febrero y SL 2753-2021 de 15 de junio⁹. No obstante, la misma sala, en la sentencia SL1004-2021 de 1º de marzo, advirtió que la reasesoría no subsana la falta de información y que el traslado al interior del RAIS no demuestra deseo de permanecer allí, por lo que cada caso debe ser resuelto de conformidad con lo que aparezca acreditado. Textualmente se advierte:

“Al efecto se recuerda, que la Sala en diferentes pronunciamientos ha señalado que la falta de información no se subsana con los traslados que con posterioridad hagan los afiliados en ahorro individual, tal como se aprecia en las sentencias CSJ SL, 9

⁹ Si bien en la SL 2439-2021 de 15 de junio sostuvo la misma tesis, lo hizo de manera complementaria luego de advertir que “El ad quem concluyó que tal deber fue satisfecho por la demandada, además de que en el presente caso resulta importante resaltar que se presentaron los denominados «actos de relacionamiento»,

2021-1224 LUZ MIRIAM RINCÓN LEÓN VS. COLPENSIONES Y OTROS

(CONFIRMA SENTENCIA)

septiembre de 2008, radicación 31989; reiterada en la sentencia del 22 noviembre de 2011, radicación 33083, cuyo texto señala lo siguiente:

“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

[...]

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales” (subraya la Sala).

Con base en lo anterior, se equivocó el Tribunal al afirmar que, con el traslado de Protección S.A. a Colfondos S.A., era claro el deseo del señor Beltrán Giraldo de seguir en el Régimen de Ahorro Individual, pues conforme a la jurisprudencia anteriormente citada, **en manera alguna puede aceptarse que el cambio de entidad subsane la nulidad del traslado, producto de la falta de información veraz y suficiente por parte de Protección S.A.**

Si bien esta Sala ha sostenido en otras oportunidades que, con base en los actos de relacionamiento no se decreta la nulidad de traslado de régimen cuando se evidencian diversos cambios horizontales de administradora no sobra recordar que también se ha advertido que estas discusiones tienen un componente casuístico tanto de los elementos particulares de la situación en discusión como de los fundamentos de los jueces de instancia (CSJ SL4934-2020 y SL3752-2020)." (Negrilla de esta sala)

Del análisis conjunto de la jurisprudencia sobre el tema queda claro que, en todo caso, lo que la Corte ha expuesto es la necesidad de que aparezca que se brindó una información suficiente para romper la desvirtuada la "asimetría" que existe entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, para lo cual ha de estudiarse caso por caso, sin que se pueda concluir, de manera general, que el traslado entre administradoras al interior del RAIS o la permanencia en éste por prolongado tiempo, muestran que se rompió ese desequilibrio.

*Para realizar ese estudio en el presente caso, debe partirse de lo que reiterada y pacíficamente, ha señalado la jurisprudencia acerca de las características de la información que debe brindarse a quienes pretenden trasladar de régimen, señalando que debe ser completa, suficiente, clara, lo que implica, en los términos de la referida SL.1004, no solamente la proyección del valor de la pensión sino también lo referente al haber patrimonial de los aportes, los excedentes de libre disponibilidad, la edad de la pensión, el número de semanas necesarias, las consecuencias del no cumplimiento de los requisitos y el destino de los aportes cuando el afiliado fallece y no hay beneficiarios, aspectos que, en el presente caso, no se vislumbra que hayan sido informados a la demandante ni en el acto de traslado de régimen ni, posteriormente, al trasladarse internamente en el RAIS, pues, según se advierte del interrogatorio de parte de la señora **LUZ MYRIAM RINCÓN LEÓN**, realizó varios traslados porque los asesores la buscaban en su oficina y le explicaban la mayor rentabilidad de los mismos, lo que no puede considerarse una información*

suficiente de conformidad con la jurisprudencia expuesta, para tener como eficaz su traslado.

Sin costas en esta instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, atendiendo a que no hubo oposición.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA**, por intermedio de su **SALA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada y apelada, teniendo en cuenta las precisiones que, sobre las restituciones a cargo de las AFP, se hicieron en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente, por Secretaría devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

FANNY ELIZABETH ROBLES MARTÍNEZ
MAGISTRADA

MARIA ISBELIA FONSECA GONZÁLEZ
MAGISTRADA

JULIO ENRIQUE MOGOLLÓN GONZÁLEZ
MAGISTRADO.

Firmado Por:

Fanny Elizabeth Robles Martinez
Magistrada
Sala 003 Laboral
Tribunal Superior De Tunja

Julio Enrique Mogollon Gonzalez
Magistrado
Sala 002 Laboral
Tribunal Superior De Tunja

Maria Isbelia Fonseca Gonzalez
Magistrada
Sala 001 Laboral
Tribunal Superior De Tunja

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: **9725e3073f8637dec5621fca17811a0cbe9af1e6aa9d743618a039a0ab3a39b9**

Documento generado en 05/08/2021 12:20:15 p. m.