

Constancia Secretarial: Vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 8 de febrero de 2022, la totalidad de los intervinientes hicieron uso del derecho a presentar alegatos de conclusión en término.

Pereira, 23 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, VEINTITRÉS DE MARZO DE DOS MIL VEINTIDÓS**

Acta de Sala de Discusión No 042 de 22 de marzo de 2022

SENTENCIA ESCRITA

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito el 19 de octubre de 2021, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de COLPENSIONES, dentro del proceso promovido por la señora VILMA ACENETH NEIRA GONZÁLEZ, cuya radicación corresponde al N°66001310500520190045201.

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 Vilma Aceneth Neira González 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 demandados a girar la totalidad de los emolumentos a que haya lugar y las costas procesales a su favor.

Refiere que: nació el 20 de septiembre de 1963; después de afiliarse al régimen de prima media con prestación definida en el año 1981, decidió trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad el 27 de octubre de 1997 a través de la AFP Porvenir S.A., movilizándose posteriormente al interior de ese régimen pensional, estando vinculada actualmente en el fondo privado de pensiones Protección 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, situación que se repitió cuando se movilizó dentro del RAIS.

El 4 de septiembre 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.162 a 173 expediente digitalizado- la Administradora Colombiana de Pensiones, sostuvo que la señora Vilma Aceneth Neira González estuvo afiliada en el régimen de prima media con prestación el 1° de abril de 1981 y el mes de octubre de 1997, trasladándose el 27 de octubre de 1997 al régimen de ahorro individual con solidaridad, el cual se reputa válido, al haberse hecho con el lleno de los requisitos previstos en la ley; añadiendo que no es viable en este momento el retorno de la afiliada al RPM, al encontrarse incurso 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. Sin embargo, en caso de que se hubiere configurado la nulidad relativa que se alega en la acción, ella se saneó por el paso del tiempo como lo prevé el artículo 1750 del código civil. Se opuso a las pretensiones elevadas por la accionante y formuló las excepciones de mérito de *“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” y “Declaratoria de otras excepciones”.

El fondo privado de pensiones Porvenir S.A. respondió la acción -págs.235 a 249 expediente digitalizado- manifestando que el cambio de régimen pensional ejecutado por la señora Neira González a través de esa sociedad, cumplió todos los requisitos que la ley exigía para el 27 de octubre de 1997, al haberse realizado de manera libre, espontánea y sin presiones, sin que se haya configurado la nulidad relativa que se alega en la demanda, pero que, en caso de que así se hubiere hecho, la misma se saneó por el paso del tiempo. Adicionalmente sostiene que, de accederse a la nulidad o ineficacia de ese actor jurídico, no es viable que se ordene el pago a favor de Colpensiones de la comisión de administración, ni del valor de las primas de los seguros previsionales. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y planteó las excepciones de fondo 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 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”.*

La AFP Protección S.A. respondió el libelo introductorio -archivo 03 carpeta primera instancia- expresando que si bien el traslado de régimen pensional ejecutado por la actora en el año 1997 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 Neira González no ha sido víctima de la inducción a error que proclama dentro del escrito inaugural. 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”.

En sentencia de 19 de octubre de 2021, 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 Porvenir 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 Vilma Aceneth Neira González, 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 27 de octubre de 1997, así como de 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 corresponde a los aportes al sistema general de pensiones, junto con sus intereses y rendimientos financieros.

Posteriormente condenó a los fondos privados de pensiones Protección S.A. y Porvenir S.A. 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.

Después de verificar que la actora había cumplido con los requisitos para tener derecho a bono pensional, el cual se redimiría normalmente el 20 de septiembre de 2023, 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 cambio de régimen pensional de la demandante, procediendo, entre otras cosas, a anular o dejar sin vigencia el referido título de deuda pública.

Finalmente, condenó en costas procesales a las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A. en un 100%, a favor de la parte actora.

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

La apoderada judicial del fondo privado de pensiones Porvenir S.A. sostuvo que en el curso del proceso quedó demostrado que el cambio de régimen pensional de la accionante y el movimiento realizado a su interior se hizo con el lleno de los requisitos exigidos en la ley, como quedó consignado en los formularios de afiliación suscritos por ella de manera libre, espontánea y sin presiones, quedando demostrado que, para el 27 de octubre de 1997, Porvenir S.A. le brindó la información que la ley exigía par ese momento histórico. Como si lo anterior no fuera suficiente para negar las pretensiones, estima que no es viable su regreso al RPM, por cuanto la actora se encuentra 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. Adicionalmente, con su permanencia en el RAIS, el movimiento efectuado a su interior y las cotizaciones efectuadas al sistema general de pensiones a través de ese régimen pensional, quedaron demostrados los actos de relacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia.

En caso de que no se tengan en cuenta los argumentos expuestos anteriormente, considera que no es viable condenar a esa entidad a devolver los gastos de administración y las primas de los seguros previsionales a Colpensiones, ya que esos son dineros que fueron cobrados por ministerio de la ley, situación que permitió la excelente gestión del fondo frente a la cuenta de ahorro individual de la demandante, además de estar debidamente cubierta frente a los riesgos de invalidez y muerte; por lo que emitir este tipo de órdenes no solo contraría el ordenamiento legal, sino que constituye enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones y detrimento patrimonial para Porvenir S.A.

Finalmente, al haber edificado su accionar en el estricto cumplimiento de la ley, en aplicación del principio de buena fe, no había lugar a condenarla en costas procesales.

La apoderada judicial del fondo privado de pensiones Protección S.A. manifiesta que en el presente caso quedó probado el deber de información que debía suministrársele a la demandante en el momento en el que se produjo el cambio de régimen pensional, así como en el acto que significó su paso hacia la AFP Protección S.A., quien se ha encargado de administrar correctamente su cuenta de ahorro individual, como se evidencia con los excelentes rendimientos financieros que se han generado a su favor. Adicionalmente se encuentran probados los actos de relacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia.

En caso de que se confirme la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, considera que no es legalmente viable que se condene a esa entidad a restituir los gastos de administración y el valor de las cuotas o gastos de administración, ya que esos son dineros que son cobrados por ministerio de la ley, acotando que con estas decisiones se afectan a terceros de buena fe que no han hecho parte del proceso.

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 totalidad de los intervinientes hicieron uso del derecho a presentar alegatos de conclusión en término.

En cuanto al contenido de los alegatos de conclusión remitidos por las entidades recurrentes, 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.

Por su parte, la apoderada judicial de la parte actora solicitó la confirmación integral de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito.

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 Vilma Aceneth Neira González al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada el 27 de octubre de 1997?

¿Con el movimiento efectuado 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 no es jurídicamente viable condenarlas a restituir a favor de Colpensiones los gastos o cuotas de administración y las primas de los seguros previsionales?

¿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 haya arribado a la edad mínima de pensión prevista en el régimen de prima media con prestación definida?

¿Hay lugar a exonerar al fondo privado de pensiones Porvenir S.A. 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</i>	<i>Arts. 13 literal b),</i>	<i>Ilustración de las</i>

<i>información</i>	<i>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>	<i>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>
<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 sostienen 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°00961087 -pág.38 expediente digitalizado-, la señora Vilma Aceneth Neira González se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad el 27 de octubre de 1997 cuando se vinculó a la AFP Porvenir 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 Porvenir 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 27 de octubre de 1997 (primera etapa).

En lo que concierne al formulario de afiliación, más allá de que en dicho documento se evidencia la rúbrica de la señora Vilma Aceneth Neira González en la casilla denominada “*voluntad de 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 Vilma Aceneth Neira González informó que actualmente se encuentra activa como cotizante en calidad de trabajadora independiente. A continuación, frente al tema objeto de litigio, sostuvo que en el año 1997 un asesor comercial del fondo privado de pensiones Porvenir S.A. le dijo que debía trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad porque en ese régimen pensional podía pensionarse de manera anticipada y con una mesada mucho más alta que la ofrecida en el régimen de prima media con prestación definida, indicándole que si no quería pensionarse, podía reclamar la devolución de saldos junto con el valor del bono pensional al que tenía derecho; también le dijo que en el RAIS podía generar a favor de su cuenta de ahorro individual unos muy buenos rendimientos financieros y que en caso de fallecimiento, esos dineros podían ser heredados.

Ante varios cuestionamientos de la directora del proceso, la demandante respondió que el asesor comercial no le explicó nada sobre: i) la garantía de pensión mínima, ii) las modalidades de pensión en el RAIS, iii) como se obtenía la pensión en ambos regímenes pensionales; reiterando que lo único que se le dijo fue lo expuesto anteriormente.

Posteriormente, la *a quo* le preguntó si ella había recibido reasesoría, según formulario que se encuentra en el plenario, respondiendo la actora que sí, que en antes de cumplir los 47 años, un asesor comercial de Protección S.A. la visitó y le expuso que lo que más le convenía era quedarse en el RAIS, puesto que en ese régimen pensional podría pensionarse, mientras que en el RPM nunca tendría la opción de pensionarse, explicaciones que la llevaron a tomar la decisión de continuar afiliada en ese régimen pensional, sin embargo, acotó, que un tiempo después le dijeron que en el régimen de prima media con prestación definida si podía pensionarse si alcanzaba la densidad de semanas exigidas en ese régimen pensional.

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 Vilma Aceneth Neira González, ni de ninguna de las pruebas allegadas al plenario se desprende el cumplimiento del deber legal de información por parte de la AFP Porvenir S.A. para el 27 de octubre de 1997, siendo pertinente señalar que tampoco existe prueba en el expediente que acredite que la asimetría en la información que se produjo en ese momento dejó de prolongarse con el paso del tiempo, como pasa a explicarse.

Sea lo primero indicar que, el hecho de permanecer afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad durante más de veinte años, realizando cotizaciones al sistema general de pensiones a través de ese régimen pensional, no demuestran per se los actos de relacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia, pues lo importante es que en ese periodo en el que los afiliados permanecen afiliados en el RAIS **desaparezca por completo la asimetría en la información que se produjo en el momento en el que se produjo de manera deficiente el cambio de régimen pensional.**

Ahora, en la página 40 del archivo 03 de la carpeta de primera instancia fue allegado por la AFP Protección S.A. formulario N°703945 de 8 de septiembre de 2010, denominado “Reasesoría pensional”, en el que se diligencia la información personal de la afiliada (nombres y apellidos, número de identificación), y se relacionan una serie de opciones para que el afiliado escoja su decisión. ¿En este caso se observa una casilla denominada “**Resultado del cálculo**” que tiene una leyenda que dice “¿Después de realizar el cálculo, económicamente le conviene

*quedarse en Protección S.A.?” y al frente se llena la casilla con la respuesta “Si”; y a continuación se ve otra casilla denominada “**La decisión del afiliado es**” en donde se chulea la respuesta que dice “*Se queda en Protección*”.*

Frente a dicho formulario, pertinente es recordar, como ya se expuso frente al formulario de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, 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; por lo que en este evento era indispensable que ese documento evidenciara de manera expresa cuales fueron los resultados de los supuestos cálculos efectuados por el fondo privado de pensiones Protección S.A., en otras palabras, diseñar unas casillas en las que se introduzca esa información, con el objeto de que la afiliada tenga certeza de cuáles son las consecuencias económicas de continuar en el RAIS o en su defecto adjuntar las proyecciones realizadas, con el objeto de acreditar con certeza que fue lo que se le mostró en ese momento a la demandante, situaciones que no acontecen en este caso, siendo preciso resaltar que a pesar de que en el interrogatorio de parte la señora Vilma Aceneth Neira González acepta que se le hizo esa reasesoría, lo cierto es que no hubo confesión en el sentido de que se le hubiese hecho una amplia y correcta explicación de los resultados obtenidos en la proyección, pues recuérdese que ella dijo que en ese momento le dijeron que en el RAIS se iba a pensionar, **pero que en el RPM no tenía opción de acceder a la gracia pensional**, información que no obedece a la realidad, ya que lo que tenía que habersele dicho, es que en ese régimen pensional podía acceder a la pensión de vejez, cumpliendo la edad mínima y cotizando por lo menos 1300 semanas, sin que fuera una exigencia completar esa densidad de cotizaciones para el momento en que se cumple la edad mínima de pensión, ya que la ese requisito puede cumplirse con posterioridad; explicación que era fundamental para que la actora tomara una decisión informada y por ende desapareciera la asimetría en la información que se produjo desde el 27 de octubre de 1997; por lo que, no les asiste razón a las apoderadas judiciales de las entidades demandadas cuando afirman que en este caso se presentaron los actos de relacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia.

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 27 de octubre de 1997, 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 27 de octubre de 1997 y consecuentemente el movimiento ejecutado al interior de ese régimen pensional, más concretamente hacía la AFP 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 el movimiento efectuado por la señora Vilma Aceneth Neira González, 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 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 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 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 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 27 de octubre de 1997 y al haber cotizado la accionante más de 150 semanas al RPM antes de que se produjera el traslado al RAIS, más concretamente 646,43 semanas de cotización, como se constata con la información inmersa en la historia laboral allegada por Colpensiones -subcarpeta 02 carpeta primera instancia-, se generó en ese momento un bono pensional tipo A en favor de la señora Vilma Aceneth Neira González al cumplirse con los requisitos previstos en el artículo 115 de la ley 100 de 1993.

Como la accionante nació el 20 de septiembre de 1963, como se aprecia en su cédula de ciudadanía -pag.30 expediente digitalizado-, ese título de deuda pública se redimiría normalmente el 20 de septiembre de 2023, fecha en que cumple los 60 años; por lo que, teniendo en cuenta que la declaratoria de ineficacia trae como consecuencia que las cosas se reestablezcan al estado en el que se encontraban antes de que se produjera el cambio de régimen pensional de la afiliada, y a pesar de que no existe prueba que demuestre el estado actual de ese bono pensional tipo A, lo que corresponde es comunicar la decisión adoptada en este asunto 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 traslado de la accionante al RAIS, procediendo, entre otras cosas y de ser el caso, a anular o dejar sin vigencia el bono pensional que se generó en favor de la señora Vilma Aceneth Neira González y que tenía como fecha de redención normal el 20 de septiembre de 2023, 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; como acertadamente lo ordenó la falladora de primer grado.

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:

a8b6218d86b2a983daacde5f31fbdebcb6c4d4814a941de73a3790e1b736eb9f

Documento generado en 23/03/2022 07:09:04 AM

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