

Constancia Secretarial: Vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 24 de marzo de 2022, los intervinientes, con excepción del fondo privado de pensiones Colfondos S.A., remitieron en término los alegatos de conclusión, como se aprecia en la subcarpeta 06 de la carpeta de segunda instancia.

Pereira, 8 de abril de 2022.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ
Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
PEREIRA, VEINTE DE ABRIL DE DOS MIL VEINTIDÓS

Acta de Sala de Discusión No 56 de 18 de abril de 2022

SENTENCIA ESCRITA

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por las demandadas **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito el 27 de enero de 2022, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de **COLPENSIONES**, dentro del proceso promovido por el señor **JAIME ARTURO DÍAZ MEJÍA**, cuya radicación corresponde al N°66001310500420190051701.

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 el señor Jaime Arturo Díaz Mejía que la justicia laboral acceda a la nulidad de la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como los movimientos efectuados 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 a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, lo que resulte probado extra y ultra petita, además de las costas procesales a su favor.

Refiere que: nació el 26 de junio de 1955, afiliándose al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS en el mes de abril de 1983, en donde realizó cotizaciones interrumpidas hasta antes de trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad; a pesar de haber suscrito el correspondiente formulario de afiliación con el que se materializó su paso al RAIS, no se le brindó la totalidad de información que debía ponérsele de presente para ese momento histórico, situación que se repitió con los movimientos ejecutados al interior de ese régimen pensional.

Ante petición elevada por él, la Administradora Colombiana de Pensiones emitió comunicación de 25 de octubre de 2019 en la que negó su retorno al RPMPD, por 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.

Al dar respuesta a la acción -págs.148 a 164 expediente digitalizado- la Administradora Colombiana de Pensiones únicamente aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento del demandante y la respuesta dada por esa entidad el 25 de octubre de 2019, expresando frente a los demás hechos que no le constaban. Se opuso a las pretensiones argumentando que el cambio de régimen pensional del actor se cumplió con el lleno de los requisitos legales, agregando que no es posible que él retorne al RPMPD al haber llegado a la edad mínima de pensión exigida en ese régimen pensional. Formuló las excepciones de mérito que denominó *“Validez de la afiliación al RAIS”, “Saneamiento de una presunta nulidad”, “Solicitud de traslado de dineros de gastos de administración”, “Prescripción”,*

“Imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal”, “Buena fe”, “Imposibilidad de condena en costas” y “Declaratoria de otras excepciones”.

La AFP Protección S.A. respondió el libelo introductorio -págs.182 a 211 expediente digitalizado- expresando que, a pesar de que el suceso jurídico que significó el cambio de régimen pensional del demandante no se ejecutó a través de esa sociedad, lo cierto es que ese acto fue completamente lícito y ajustado a derecho en la medida en que la voluntad del afiliado fue consciente de las consecuencias jurídicas que ello generaría, agregando que el señor Jaime Arturo Díaz Mejía 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”.*

La AFP Colfondos S.A. contestó la demanda -archivo 08 carpeta primera instancia- oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, manifestando que el cambio de régimen pensional ejecutado a través de esa sociedad el 26 de febrero de 1999, cumplió con el lleno de los requisitos legales, motivo por el que no se configuró el vicio en el consentimiento que se alega en la acción, ya que esa decisión la tomó de manera libre, espontánea y sin presiones. Propuso las excepciones de fondo que denominó *“Inexistencia de la obligación”, “Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Buena fe”, “Innominada o genérica”, “Ausencia de vicios del consentimiento”, “Validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad”, “Ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A.”, “Prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado” y “Compensación y pago”.*

La AFP Porvenir S.A. contestó la demanda -archivo 10 carpeta primera instancia- manifestó que el movimiento ejecutado por la accionante hacía ese fondo privado de pensiones cumplió con el lleno de los requisitos que la ley exigía para la época, al haberse realizado de manera libre, voluntaria y sin presiones, razón por la que

ese movimiento se reputa válido. Dijo no oponerse a las pretensiones de la acción, pero a renglón seguido manifiesta que esa entidad *“debe ser exonerada de cualquier tipo de condena, debido a que su actuar, se ha ceñido, en todo momento, a la Ley y a la Buena fe.”*. Planteó las excepciones de *“Validez y eficacia de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento”*, *“Saneamiento de la eventual nulidad relativa”*, *“Inexistencia de la obligación de trasladar la comisión de administración, en caso de que se declarase 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”*.

En sentencia de 27 de enero 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., con quien se surtió el cambio de régimen pensional del demandante, 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 al señor Jaime Arturo Díaz Mejía, esto es, las características de ambos regímenes pensionales con sus ventajas y desventajas, agregando que en el curso del proceso no quedaron acreditados los actor de relacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia; razones por las que accedió a la ineficacia del traslado al RAIS surtido el 26 de febrero de 1999, así como los movimientos ejecutados al interior de ese régimen pensional con los demás fondos privados de pensiones accionados; lo que la llevó a ordenarle a la Administradora Colombiana de Pensiones aceptar al afiliado en el régimen de prima media con prestación definida, al continuar válida y vigente la afiliación primigenia efectuada por el actor a ese régimen pensional a través del Instituto de Seguros Sociales.

Como consecuencia de esas decisiones, condenó al fondo privado de pensiones Protección S.A., al que se encuentra afiliado el señor Jaime Arturo Díaz Mejía, a restituir a la Administradora Colombiana de Pensiones el saldo acumulado en la cuenta de ahorro individual del accionante que correspondan a los aportes al sistema, junto con sus intereses y rendimientos financieros.

A continuación, condenó a la totalidad de los fondos privados de pensión accionados, a restituir a Colpensiones, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores que fueron descontados al afiliado 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.

Así mismo, condenó al fondo privado de pensiones Protección S.A. a que, en caso de que haya recibido la suma correspondiente al bono pensional generado a favor de la cuenta de ahorro individual del afiliado, proceda con su restitución a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, ordenándole devolver esa suma de dinero debidamente indexada, actualización que corre por cuenta de sus propios recursos.

De la misma manera, ordenó comunicar la decisión a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que, haciendo uso de canales institucionales, proceda a ejecutar todas las acciones pertinentes para dejar las cosas en el estado en el que se encontraban antes del 26 de febrero de 1999.

Finalmente, condenó en costas procesales a la AFP Colfondos S.A. en un 100%, a favor de la parte actora.

Inconformes con la decisión, las entidades accionadas interpusieron recursos de apelación, en los siguientes términos:

La apoderada judicial del fondo privado de pensiones Colfondos S.A. dice no estar de acuerdo con la condena emitida en contra de esa entidad consistente en la restitución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales y las sumas destinadas para financiar la garantía de pensión mínima, ya que esos dineros fueron cobrados por ministerio de la ley, lo que permitió que esa sociedad gestionara la cuenta de ahorro individual del demandante, generando a su favor unos muy buenos rendimientos financieros, además de haber generado las coberturas frente a los riesgos de invalidez y muerte; considerando que con este tipo de condenas se afectan los intereses de terceros de buena fe que no han sido vinculados al proceso. Así mismo, estima

que con esa orden se esta generando un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones y un detrimento patrimonial en contra de Colfondos S.A.

La apoderada judicial de Porvenir S.A. sostuvo que no hay lugar a acceder a las pretensiones elevadas por el actor, ya que el cambio de régimen pensional del afiliado y los movimientos ejecutados por él al interior del RAIS, fueron actos que cumplieron con el lleno de los requisitos legales que la ley exigía en cada momento histórico, quedando no solamente demostrada la validez de la afiliación del demandante al RAIS, sino la voluntad de permanecer y pertenecer a él, ya que con los movimientos realizados y la continuidad de las cotizaciones al sistema general de pensiones a través del régimen de ahorro individual con solidaridad, quedaron probados los actos de relacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia.

En torno a las condenas económicas, en caso de que se confirme la declaratoria de ineficacia, no es posible que se ordene la restitución de los gastos o cuotas de administración y las primas de los seguros previsionales, reiterando los argumentos expuestos por su antecesora.

La apoderada judicial de la AFP Protección S.A. solicitó la revocatoria integral de la sentencia proferida por el juzgado de conocimiento, al estimar que en el plenario quedó demostrado que el traslado realizado por el afiliado al RAIS el 26 de febrero de 1999 se realizó con el lleno de los requisitos que la ley exigía para ese momento histórico, además de haberse configurado los actos de relacionamiento inmersos en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral. Continúa la sustentación del recurso, expresando que la acción elevada por el demandante no es la que soluciona este tipo de casos, sino que, al tratarse de una inconformidad económica, la acción que debió incoar era la resarcitoria de perjuicios prevista en el artículo 10 del decreto 720 de 1994.

Coincide con sus predecesoras en lo concerniente a las condenas por concepto de restitución a Colpensiones de los gastos o cuotas de administración y de las primas de los seguros previsionales, por lo que, luego de hacer suyos los mismos argumentos, solicitó la revocatoria de esas condenas emitidas en contra de Protección S.A.

El apoderado judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones sostiene que en el proceso quedó demostrado que el interés que motiva al afiliado a iniciar la presente acción judicial es de índole económico, razón por la que debió elevar la acción resarcitoria de perjuicios del artículo 10 del decreto 720 de 1994. Sostiene que no es posible acceder a las pretensiones de la acción, ya que el señor Jaime Arturo Díaz Mejía se encuentra inmerso en la prohibición 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. Finalmente, considera que no es jurídicamente viable que se ordene el retorno del afiliado a Colpensiones, ya que esa entidad nada tuvo que ver en los actos ejecutados por él en el régimen de ahorro individual con solidaridad, estimando contrario a derecho que sea esa entidad quien en el futuro deba asumir una prestación económica frente a una persona que no estuvo afiliada en esa entidad por más de veinte años.

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, los intervinientes, con excepción de la AFP Colfondos S.A., hicieron uso del derecho a remitir en término los alegatos de conclusión en esta sede.

En cuanto al contenido de los alegatos de conclusión remitidos por Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones, 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 esgrimidos por cada una de ellas coinciden con los expuestos en las sustentaciones de los recursos de apelación.

Por su parte, la apoderada judicial de la parte actora solicitó la confirmación integral de la sentencia emitida por el Juzgado Cuarto 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 del señor Jaime Arturo Díaz Mejía al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada el 29 de febrero de 1999?

¿Con los movimientos ejecutados por el afiliado al interior del RAIS y su permanencia en el régimen de ahorro individual con solidaridad 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?

¿Le asiste razón a las apoderadas judiciales de los fondos privados de pensiones accionados cuando afirman que en estos casos no se puede

ordenar la restitución de los gastos o cuotas de administración y de las primas de los seguros previsionales?

¿Qué decisión debe adoptarse ante la posibilidad de que se haya redimido un bono pensional a favor del afiliado?

¿Existe algún inconveniente en torno a que el afiliado se encuentre a menos de diez años de arribar a la edad mínima de pensión prevista en el RPM?

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

		<i>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 régimen 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 el actor 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 del

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 les asiste razón a la AFP Protección S.A. y a la Administradora Colombiana de Pensiones cuando afirman que debía ser la acción resarcitoria de perjuicios establecida en el artículo 10 del decreto 720 de 1994 la llamada a resolver este tipo de asuntos.

Resuelto lo anterior, se tiene entonces que la AFP Colfondos S.A. al contestar la demanda -archivo 08 carpeta primera instancia - confesó que el señor Jaime Arturo Díaz Mejía se trasladó al RAIS a través de esa entidad el 26 de febrero de 1999 cuando suscribió el correspondiente formulario de afiliación, confesión que se soporta adicionalmente con la certificación emitida por el SIAFP de Asofondos - pág.214 expediente digitalizado-, en el que se informa que el actor cambió de régimen pensional el 26 de febrero de 1999 a través de esa entidad; sin embargo, el demandante inicia la presente acción al considerar que ese cambio de régimen pensional no se 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 el 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 26 de febrero de 1999 (primera etapa).

Al plenario no fue adosado el formulario de afiliación que da cuenta de la vinculación del accionante al RAIS el 26 de febrero de 1999, sin embargo, como ya se dijo anteriormente, la AFP Colfondos S.A. confesó que el actor suscribió formulario de afiliación con esa entidad en la fecha referida anteriormente, hecho que adicionalmente quedó acreditado con la certificación emitida por el SIAFP de Asofondos, en el que se constata que en esa calenda se ejecutó el acto jurídico que materializó el cambio de régimen pensional del demandante, pero, a pesar de que existe certeza de que el señor Díaz Mejía rubricó ese documento; 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, el señor Jaime Arturo Díaz Mejía informó al responder los generales de ley, que actualmente se encuentra activo como cotizante en su calidad de ingeniero industrial.

En torno al cambio de régimen pensional generado a través de Colfondos S.A. el 26 de febrero de 1999, sostuvo que en esa época los asesores comerciales de esa sociedad visitaron las instalaciones de la empresa para la que prestaba sus servicios en ese momento, y en una reunión colectiva, les dijeron que si se trasladaban al RAIS podían pensionarse anticipadamente y con una mesada muy superior a la ofrecida en el RPMPD, además de asegurárseles que el Instituto de Seguros Sociales, en el que él estaba afiliado, iba a desaparecer; no se les dijo nada más sobre las características de los regímenes pensionales que componen el sistema general de pensiones; es que realmente estima que no hubo una verdadera asesoría, ya que no se les hizo una explicación amplia de las consecuencias que conllevaba tomar esa decisión; los movimientos que hizo hacía los otros fondos privados de pensiones, los realizó porque le decían que podía tener una pensión más alta que la ofrecida por el fondo en el que se encontraba afiliado en cada momento y afirmaron que si él quería, podía retirar el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual si no quería pensionarse; informó que durante su afiliación a Protección S.A. ha recibido los extractos en los que verifica las cotizaciones efectuadas al sistema de pensiones.

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, ni del interrogatorio de parte absuelto por el señor Jaime Arturo Díaz Mejía, ni de ninguna de las pruebas allegadas al plenario se desprende el cumplimiento del deber legal de información por parte de la AFP Colfondos S.A., sin que tampoco exista prueba en el plenario que acredite que la asimetría en la información que se produjo el 26 de febrero de 1999 dejó de prolongarse con el paso de los años, pues a pesar de que el accionante hizo varios movimientos al interior de ese régimen pensional y que ha estado cotizando durante todo ese tiempo al sistema general de pensiones por medio del RAIS, lo cierto es que esos hechos, esto es, los movimientos ejecutados por el afiliado y su permanencia en el RAIS durante todo ese tiempo, 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 el señor Jaime Arturo Díaz Mejía 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 el actor tuviera el conocimiento de cuáles son los requisitos necesarios para pensionarse en el RAIS o en el RPM, ni mucho menos tiene conocimiento sobre las diferentes modalidades de pensión existentes en el régimen de ahorro individual con solidaridad, **además de no existir prueba que demuestre que a él se le hizo la reasesoría antes de cumplir los 52 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 afiliado;** 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 26 de febrero de 1999 no desapareció mientras el accionante estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Por lo expuesto, al no quedar probado en el proceso que al actor 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 26 de febrero de 1999, indefectiblemente, conforme con lo sentado por la Corte Suprema de Justicia, no queda otro camino que confirmar la decisión emitida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito, consistente en declarar la ineficacia del acto jurídico por medio del cual el accionante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad y consecuentemente los movimientos realizados por él al interior de ese régimen pensional, por lo que todos los actos ejecutados dentro del RAIS carecen de validez; quedando válida y vigente la afiliación primigenia efectuada por el señor Díaz Mejía al RPMPD a través del ISS, como correctamente lo definió la *a quo*.

Así las cosas, al no tener ningún efecto jurídico el cambio de régimen pensional ejecutado el 26 de febrero de 1999, ni los movimientos realizados por el afiliado al interior del RAIS y en general ninguno de los actos ejecutados en ese régimen pensional, correcta resultó la decisión de condenar a la AFP Protección S.A., a la que se encuentra afiliado actualmente el accionante, a restituir el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del señor Jaime Arturo Díaz Mejía, 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.

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 la totalidad de los fondos privados de pensiones accionados.

Bajo esa misma óptica, es del caso recordar que el cambio de régimen pensional declarado ineficaz, 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 Protección S.A., Colfondos S.A. y Porvenir S.A. a reintegrar a la Administradora Colombiana de Pensiones, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores que fueron cobrados al afiliado durante su permanencia en esa entidad 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 26 de febrero de 1999, se generó a favor del señor Jaime Arturo Díaz Mejía un bono pensional tipo A, ya que de acuerdo con la información vertida en la historia laboral allegada por Colpensiones -subcarpeta "CD" carpeta primera instancia-, el afiliado cotizó 301 semanas entre el 20 de junio de 1991 y el 25 de febrero de 1999, cumpliéndose de esa manera con lo previsto en el artículo 115 de ley 100 de 1993

Así las cosas, 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 redimió normalmente el pasado 26 de junio de 2017, fecha en que el accionante cumplió los 62 años de edad, al haber nacido en la misma calenda del año 1955, como se verifica en la información inmersa en la copia de su cédula de ciudadanía -pág.30 expediente digitalizado-; por lo que, teniendo en cuenta que el artículo 17 del Decreto 1748 de 1995 dispone que esta clase de bonos se pagan dentro del mes siguiente a la fecha de redención (sin necesidad de solicitud previa), claro es que el mismo debió entrar a la cuenta de ahorro individual del demandante antes del 26 de julio de 2017; razón por la que, al tener que restituirse las cosas al estado en el que se encontraban antes del 26 de febrero de 1999, al carecer de efectos jurídicos el traslado al RAIS ejecutado en esa calenda, le corresponde a la AFP Protección S.A., en caso de haber recibido el pago del bono pensional en favor de la cuenta de ahorro individual del actor, proceder con su restitución a favor de la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, suma que deberá estar debidamente indexada, precisándose que esa actualización corre por cuenta de los recursos propios del fondo privado de pensiones Protección S.A.; como correctamente lo ordenó el juzgado de conocimiento.

Así mismo, atinada fue la decisión emitida por la falladora de primer grado, relativa a comunicar la presente decisión a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el objeto de que tenga conocimiento de la orden impartida frente al bono pensional tipo A redimido y pagado por parte de esa entidad en favor de la cuenta de ahorro individual del accionante, y para que posteriormente, haciendo uso de trámites internos y a través de canales institucionales, ejecute todas las acciones pertinentes para retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban para el 26 de febrero de 1999.

En torno al hecho relativo a que el accionante arribó 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 carece de validez y por tanto el demandante siempre ha estado afiliado 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 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:
92be24fa91500b32759e2eac49fe1924e97f12e493c9cdcbd3e247bfa8da0987

Documento generado en 20/04/2022 07:51:10 AM

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