

**Constancia Secretarial:** Vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 30 de agosto de 2022, todas las partes remitieron en término los alegatos de conclusión, como se aprecia en los archivos 05, 06 y 08 de la carpeta de segunda instancia.

Pereira, 16 de septiembre de 2022.

**DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ**

Secretario

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

**PEREIRA, VEINTIOCHO DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTIDÓS**

Acta de Sala de Discusión No 155 de 26 de septiembre de 2022

**SENTENCIA ESCRITA**

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira el 6 de junio de 2022, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de COLPENSIONES, dentro del proceso ordinario laboral promovido por la señora NYRIA OSPINA CUPITRA, radicado al N°66001310500520190058001.

**ANTECEDENTES**

Pretende la señora Nyria Ospira Cupitra que la justicia laboral declare la nulidad y/o ineficacia del traslado que efectuó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de Colpatria hoy Porvenir S.A., y en consecuencia, se declare válida y vigente la afiliación primigenia efectuada al régimen de prima media con prestación definida. Con base en ello, aspira que se condene a Porvenir S.A., a liberarla de sus bases de datos y hacer el respectivo traslado de sus cotizaciones con destino al régimen de prima media con prestación definida, administrado actualmente por la Administradora Colombiana de Pensiones, y a pagar las costas procesales a su favor.

Refiere que: nació el 10 de mayo de 1969 y se afilió al régimen de prima media con prestación definida el 21 de diciembre de 1989, cuando laboraba con el empleador Laboratorios Pronabell Ltda., efectuando cotizaciones hasta el mes de octubre de 1994, pues el 3 de junio de esa anualidad, suscribió formulario de afiliación con la AFP Horizonte cuando era una persona jurídica diferente a la hoy AFP Porvenir

S.A., toda vez que, el asesor de esa entidad le aseguró que su mesada sería superior a la que recibiría en el régimen de prima media, que podía optar por la devolución de saldos en caso de no querer recibir pensión y que el Instituto de Seguros Sociales iba a desaparecer. Empero, no existe documento alguno que demuestre que el referido fondo privado cumplió lo ordenado en el Estatuto Financiero vigente para la época. Finalmente, aduce que el 29 de noviembre de 2019, Colpensiones negó su retorno al régimen de prima media, argumentando que no es procedente la solicitud por cuanto la información consultada indica que ya se encuentra pensionada o en trámite de pensión.

La AFP Porvenir S.A. contestó la demanda, manifestando que, la vinculación de la demandante cumplió los requisitos mínimos contemplados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, aunado a que se le brindó la información necesaria para que tomara la decisión que mejor se adecuara a sus expectativas pensionales, razón por la que no puede alegar su propia culpa. Formuló como excepciones de fondo las 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”*; *“Prescripción”*; *“Buena fe”* y la *“Innominada o Genérica”*, (archivo 04 del expediente).

Por su parte, la Administradora Colombiana de Pensiones se opuso a las pretensiones, manifestando que, la demandante realizó la escogencia de régimen pensional de conformidad con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, al tomar la decisión libre y espontánea de acogerse al RAIS, de modo que, es ella quien debe acreditar que la información suministrada fue equivocada o engañosa, debido a que su voluntad ha sido por 25 años permanecer en dicho régimen. En su defensa, formuló como excepciones de fondo las 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 de Colpensiones”*; *“Imposibilidad de condena en costas”* y *“Declaratoria de otras excepciones”*, (archivo 12 expediente).

En sentencia de 6 de junio 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 que el fondo privado de pensiones Horizonte hoy Porvenir S.A. no cumplió con la carga probatoria que le incumbía en este proceso, al constatar que no le brindó la totalidad de la información que debía ponerle de presente a la afiliada Nyria Ospira Cupitra, esto es, las características de ambos regímenes pensionales con sus ventajas y desventajas,

razón por la que decidió acceder a la ineficacia del traslado al RAIS surtido el 3 de junio de 1994 efectivo a partir del mes de julio de ese mismo año, al igual que el traslado posterior efectuado el 26 de enero de 2007, motivo por el cual declaró válida y vigente la afiliación primigenia efectuada al régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones.

Como consecuencia de esas decisiones, condenó a Porvenir S.A., a devolver con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones, la totalidad de las sumas recibidas con ocasión de la afiliación de la señora Grajales Ospina, por concepto de cotizaciones recaudadas durante la vigencia de la afiliación, así como las sumas adicionales, junto con sus respectivos rendimientos, frutos e intereses; sin descontar suma alguna por concepto de comisiones, gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y de seguros previsionales, los cuales deberá asumir con cargo a su patrimonio y debidamente indexado.

Adicionalmente, ordenó a la Administradora Colombiana de pensiones aceptar el retorno de la afiliada, sin solución de continuidad, desde el momento en que se afilió al régimen que administra. Declaró no probados los medios exceptivos propuestos por las demandadas y finalmente, condenó al fondo de pensiones accionado en costas procesales en un 100% de las causadas a favor de la demandante.

Inconformes con la decisión, Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones interpusieron recursos de apelación en los siguientes términos:

La apoderada judicial Porvenir S.A. manifiesta que, es objeto de reparo la declaratoria de ineficacia del traslado efectuado al RAIS a través de Horizonte y, de la migración horizontal ante Porvenir S.A. pues contrario a lo establecido en la sentencia, se acreditó que el fondo privado de pensiones cumplió con el deber de asesoría que la ley imponía para el año 1994, pues ilustró a la afiliada acerca de las implicaciones propias del traslado, las características de los regímenes coexistentes y los requisitos para acceder a las pensiones, en forma verbal, quedando además acreditado que la demandante se trasladó de manera libre, voluntaria y sin presiones; añadiendo que se demostraron actos de relacionamiento que permiten dar por sentado su vocación de permanencia y validez de la afiliación al RAIS, además de que no hizo preguntas al momento de la afiliación, incumplió los deberes que le asisten como consumidora financiera y es una persona con estudios técnicos en contabilidad.

Agrega que, en todo caso, de avalarse la declaratoria de ineficacia, la única obligación a cargo de los fondos es la restitución de los gastos de administración y

las primas de los seguros previsionales, ya que son rubros que se cobran por ministerio de la Ley, que tienen como finalidad gestionar adecuadamente las cuentas de ahorro individual de los afiliados, además de protegerlos de los siniestros de invalidez y muerte, siendo improcedente reintegrar dineros que fueron entregados a un tercero, como lo son las aseguradoras y reaseguradoras que financian las pensiones de invalidez y sobrevivientes, pues ello constituiría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones y en contra de Porvenir S.A. Indica que se aparta de la jurisprudencia que sirvió de base a los argumentos esgrimidos en la sentencia, por imponer obligaciones a las administradoras de pensiones no vigentes al momento del traslado, precisando además que la demandante no puede constituir su propia prueba. Finalmente indica que, el actuar de las administradoras de fondos de pensiones se encuentra ajustado a derecho y en consonancia con el principio de buena fe constitucional. Por lo anterior, solicita se revoque la sentencia y se condene en costas procesales a la demandante.

Por su parte, la apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones solicitó la revocatoria de ineficacia del traslado al RAIS, pues en su sentir, no se cumplen los presupuestos sustanciales, dado que la demandante suscribió sendos formularios de afiliación con fondos privados, tomando la decisión de trasladarse de manera libre, voluntaria y sin presiones, lo cual fue ratificado en el interrogatorio de parte que absolvió, lo que permite inferir que la afiliación se realizó conforme las disposiciones del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Refiere además que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal para movilizarse entre regímenes pensionales por contar con la edad de pensión, agregando que de su interrogatorio es posible advertir que existió simetría en el conocimiento, debido a que la actora cuenta con estudios de contabilidad, que le permitieron comprender las ventajas y desventajas de cada régimen pensional, además de que se acreditó que toda su vida ha laborado en entidades financieras, lo cual le permitía discernir frente a cuál era el fondo al que debía permanecer afiliada.

Aduce que supuestamente la demandante se trasladó al RAIS por presión de su empleador, sin embargo, quedó probado que al terminar dicha relación decidió permanecer en él, buscando retornar ahora al RPMPD por conveniencia económica respecto al monto de su mesada; advirtiendo que, en todo caso, a los fondos privados no se les deben hacer exigencias que no estaban contempladas en la Ley, por cuanto ello vulnera el derecho de defensa y contradicción. Finalmente, manifestó estar conforme con la absolución de condena en costas e instó a esta Corporación a que se abstenga de emitir condena en costas a su cargo, dada la naturaleza del litigio.

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 de la Secretaría de la Corporación, las partes remitieron en término alegatos de conclusión.

En cuanto al contenido de los alegatos de conclusión remitidos, 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 las recurrentes coinciden con los expuestos en la sustentación de los recursos de apelación, al paso que, los de la parte actora están encaminados a que se confirme en su integridad la sentencia de primer grado.

### **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 que efectuó la señora Nyria Ospina Cupitra al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Horizonte el 1 de julio de 1994, así como el traslado horizontal que efectuó con posterioridad, concretamente el 26 de enero de 2007, a Porvenir S.A.?***

***¿Con la permanencia de la afiliada en el régimen de ahorro individual 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?***

***¿Les asiste razón al fondo privado accionado cuando afirma que no es dable ordenar la restitución de los dineros que fueron cobrados por concepto de gastos de administración, primas de los seguros previsionales y garantía de pensión mínima?***

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

***¿Hay lugar a la absolución total de condena en costas procesales a cargo de Colpensiones dada la naturaleza del asunto?***

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 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:*

<b><i>Etapa acumulativa</i></b>	<b><i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i></b>	<b><i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i></b>
<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</i>

		lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

### 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 parte actora la demanda en ese sentido, por imperativo jurisprudencial, lo que corresponde es analizar el caso en la forma determinada por la Corte Suprema de Justicia, esto es, si el cambio de régimen pensional de la demandante se dio en términos de eficacia; como correctamente lo abordó la funcionaria de primera instancia.

Resuelto lo anterior, se tiene entonces que con la solicitud de vinculación N°044545, la señora Nyria Ospina Cupitra se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad el 03 de junio de 1994, cuando se vinculó a la AFP Horizonte, mismo que se hizo efectivo a partir del 1 de julio de ese año, (pág.46 archivo 01), sin embargo, la demandante inicia la presente acción al considerar que el cambio del RPMPD al RAIS 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 a lo señalado por la demandante, se procederá a verificar siguiendo única y exclusivamente las reglas jurisprudenciales expuestas anteriormente, si la AFP Horizonte hoy 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 3 de junio de 1994, (primera etapa).

En lo que concierne al formulario de afiliación, más allá de que en dicho documento se evidencia la rúbrica de la señora Nyria Ospina Cupitra en la casilla denominada “*Voluntad de selección y afiliación*” en la que se hace constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la realiza de manera libre, espontánea y sin presiones, y que ha elegido al Fondo de Pensiones y Cesantías Horizonte S.A. para que administre sus aportes pensiones 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 bien, en el interrogatorio de parte que rindió la señora Nyria Ospina Cupitra, expuso que cuando se trasladó a la AFP Horizonte, suscribió contrato de trabajo con el Banco Granahorrar, siendo atendida en recursos humanos por una señorita, quien tenían los documentos listos para su vinculación, entre ellos el de afiliación al fondo de pensiones, indicándole que el Instituto de Seguros Sociales iba a desaparecer y que la mesada pensional en el fondo privado sería más alta, y que suscribió el formulario porque necesitaba el trabajo; que NO le informaron sobre ahorros voluntarios, ni que los saldos de su cuenta generarían intereses y que los mismos podían heredarse. Refirió que, a los dos meses de culminar esa relación laboral ingresó a trabajar con Coopdesarrollo, misma que con el tiempo se convirtió en Megabanco, quien se fusionó con el Banco de Bogotá, momento en el que a todos los funcionarios trasladados les hicieron firmar el formulario trasladándose a la AFP Porvenir S.A.

Dijo que, pasado el tiempo, los empleados del Sindicato del banco les hicieron caer en cuenta de los beneficios que tenía estar en Colpensiones y no en los fondos privados, pero que para ese momento ella acababa de cumplir 47 años, por lo que a pesar de que intentó retornar al fondo público no lo logró. Manifestó que, nunca hizo preguntas al momento del traslado de régimen y que se limitó a firmar los documentos porque necesitaba el trabajo; que lo hizo en forma libre, voluntaria y sin presiones, agregando que no hizo uso de las prerrogativas de derecho de retracto o periodo de gracia o amnistía porque no tenía conocimiento. Aceptó haber recibido extractos y asistido a la sede de Porvenir para retirar sus cesantías debido a que atravesaba una situación económica difícil; añadiendo que desea estar en Colpensiones por las semanas que tiene cotizadas y porque el sindicato le hizo caer en cuenta de las cualidades que posee, que son mejores que las del fondo privado.

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, ni de las pruebas documentales aportadas, ni del interrogatorio de parte absuelto por la señora Nyria Ospira Cupitra, ni de ninguna de las pruebas allegadas al plenario se desprende el cumplimiento del deber legal de información por parte de la AFP Horizonte S.A., sin

que tampoco exista prueba en el plenario que acredite que la asimetría en la información que se produjo el 3 de junio de 1994, dejó de prolongarse con el paso de los años, pues a pesar de que la accionante se mantuvo activa como cotizante dentro de ese régimen pensional durante más de veinte años, y que efectuó un traslado horizontal al interior del RAIS, concretamente a la AFP Porvenir S.A. antes de que esta absorbiera mediante fusión a la AFP Horizonte S.A.; lo cierto es que, esos hechos no demuestran per se los actos de relacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia, pues como ya se ha dicho, lo importante es que durante ese periodo en el que los afiliados permanecen en el RAIS desaparezca por completo esa asimetría en la información que nace con el acto jurídico que materializa el cambio de régimen pensional, lo cual no aconteció en el presente asunto.

Es que, nótese que no se configuraron los actos de relacionamiento de los que habla la Sala de Casación Laboral, ya que no existen pruebas en el proceso que demuestren que la señora Nyria Ospina Cupitra fue conociendo paulatinamente sobre la totalidad de las características de cada uno de los regímenes pensionales que componen el sistema general de pensiones, **además de no existir prueba que demuestre que a ella se le hizo la reasesoría antes de cumplir los 47 años, con el fin de que se le pusiera de presente su situación pensional y se le aconsejara a cuál de los dos regímenes pensionales le convenía estar afiliada;** sin que sus afirmaciones en torno a que, recibió extractos, que se trasladó de manera libre, voluntaria y sin presiones y que recibió información de manera parcializada de las características o cualidades que posee el régimen de prima media, por información que le fue puesta en conocimiento por cuenta de los empleados del Sindicato del banco donde laboraba, la cual valga decir, se desconoce, pues no se ahondó al respecto, contribuyan a dar por demostradas las aspiraciones del fondo privado accionado.

Tampoco se demostró que este puso en conocimiento de la afiliada la totalidad de la información requerida para que tomara una decisión consiente e informada, pues no se le informó por ejemplo las condiciones para alcanzar una mesada más alta, las prerrogativas que tenía de hacer uso del derecho de retracto, del periodo de gracia o amnistía, las modalidades pensionales o el impacto de las fluctuaciones de la economía en los rendimientos y en la formación del derecho pensional, sin que la formación académica de la demandante, de nivel técnico, ni su desempeño laboral en el área financiera, sirva para suplir las deficiencias en la información que le correspondía brindar a los fondos de pensiones privados al momento de afiliación.

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 3 de junio de 1994, indefectiblemente, conforme con lo sentado por la Corte Suprema de Justicia, no queda otro camino que confirmar la decisión emitida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, 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, concretamente hacia la AFP Horizonte S.A., incluyendo el traslado horizontal que realizó con posterioridad a la AFP Porvenir S.A., el 26 de enero de 2007, esto es, antes de la absorción por fusión a la primera, que según el certificado de existencia y representación quedó estipulado por escritura pública N°.2250 del 26 de noviembre de 2013 ante la Notaría 65 del Círculo de Bogotá, de modo que, todos los actos ejecutados dentro del RAIS carecen de validez; quedando válida y vigente la afiliación primigenia efectuada a través del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, como correctamente lo definió la *a quo*.

Así las cosas, al no tener ningún efecto jurídico el traslado efectuado por la accionante al régimen de ahorro individual con solidaridad ni ninguno de los actos ejecutados al interior del mismo, correcta resultó la decisión de la *a quo* de condenar a Porvenir S.A., a restituir a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, proveniente de los aportes o cotizaciones al sistema general de pensiones, junto con sus intereses, frutos 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 esta 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 el fondo privado durante la permanencia de la afiliada, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, como correctamente lo ordenó la falladora de primera instancia a la AFP Porvenir S.A.

Bajo esa misma óptica, correcta resultó la decisión de la *a quo* consistente en condenar a Porvenir S.A. a reintegrar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores que fueron cobrados a la actora durante su permanencia en Horizonte S.A. y, en Porvenir S.A. y, que estuvieron destinados a cancelar las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como los valores dirigidos

a financiar la garantía de pensión mínima; sin que con esa decisión se estén afectando los intereses de terceros que no asistieron al proceso, esto es, de 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 afiliación.

Ahora bien, dado que la demandante únicamente reporta 93 semanas cotizadas al RPMPD antes de efectuar su traslado al RAIS, según se advierte en las historias laborales emitidas tanto por la AFP Porvenir S.A. como por la Administradora Colombiana de Pensiones, no se generó en su favor un bono pensional al trasladarse de régimen pensional, en los términos previstos en el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, resultando inane ordenar la comunicación a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como acertadamente lo concluyó la juez de instancia.

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 la Administradora Colombiana de Pensiones 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 de la AFP 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.

Finalmente, 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 procesales debe fulminarse con independencia de los factores subjetivos que pudieran existir en favor de la persona que resulte vencida o de aquella a quien se resuelva

desfavorablemente la apelación, las costas procesales en esta instancia corren a cargo de las recurrentes en un 100% y por partes iguales, a favor de la actora.

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 proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito el 6 de junio de 2022.

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

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

Quienes integran la Sala,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**  
Magistrado Ponente  
**Aclara Voto**

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**  
Magistrada

**GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**  
Magistrado

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

Firmado Por:

Julio Cesar Salazar Muñoz

**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional  
Sala 2 Laboral  
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

**Ana Lucia Caicedo Calderon  
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional  
Sala 1 Laboral  
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

**German Dario Goetz 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: **e7b5f2c1494ed70b2fd17b7a2fadd6f61afc6f30d4d3feb4cff36533dc9a6be4**

Documento generado en 28/09/2022 07:04:00 AM

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