

Constancia Secretarial: Dentro del término previsto, Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., Porvenir S.A., Skandia S.A., Colpensiones y la parte actora presentaron alegatos de conclusión.

Pereira, 3 de agosto de 2023.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
PEREIRA, NUEVE DE AGOSTO DE DOS MIL VEINTITRÉS
Acta de Sala de Discusión No 124 de 8 de agosto de 2023

SENTENCIA ESCRITA

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por las demandadas **PORVENIR S.A., SKANDIA S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito el 15 de marzo de 2023, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de COLPENSIONES, dentro del proceso promovido por el señor **ANDRÉS FERNANDO PEÑUELA BAQUERO**, cuya radicación corresponde al N°66001310500520200026701, en el que también se encuentra demandada la **AFP PROTECCIÓN S.A** y fue llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**

ANTECEDENTES

Pretende el señor Andrés Fernando Peñuela Baquero que la justicia laboral acceda a la nulidad y/o ineficacia de la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como los movimientos ejecutados al interior de ese régimen

pensional y consecuencialmente 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 dineros a que haya lugar, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas procesales a su favor.

Refiere que: Nació el 8 de enero de 1963; después de afiliarse al régimen de prima media con prestación definida a través del otrora Instituto de Seguros Sociales, decidió trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad el 29 de diciembre de 1998 a través de la AFP Porvenir S.A.; para ejecutar el acto jurídico que significó el cambio de régimen pensional, no recibió la totalidad de la información que la ley exigía para ese momento, ya que el asesor comercial designado por esa sociedad para dicha tarea, no hizo una exposición de la totalidad de las ventajas y sobre todo las desventajas que acarrearía cambiar de régimen pensional; posteriormente se movilizó al interior del régimen de ahorro individual con solidaridad, sin embargo, no recibió la información completa y veraz de lo que significaba permanecer afiliado en ese régimen pensional.

El 8 de septiembre de 2020, ante solicitud elevada por él, 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.

Luego de admitirse la demanda en auto de 9 de abril de 2021 -archivo 06 carpeta primera instancia-, el fondo privado de pensiones Porvenir S.A. respondió la acción -archivo 08 carpeta primera instancia- aceptando que el señor Andrés Fernando Peñuela Baquero se trasladó al RAIS a través de esa entidad el 29 de diciembre de 1998, sin embargo, sostuvo que ese acto jurídico cumplió con el lleno de los requisitos que la ley exigía para ese momento, razón por la que su vinculación al RAIS se reputa válida y eficaz; pero, en caso de que se hubiere configurado el vicio del consentimiento que se alega en la acción, lo cierto es que la nulidad relativa que

se derivaría de ello se saneó por el paso del tiempo. Se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de mérito 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 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”*.

El fondo privado de pensiones Skandia S.A. respondió el libelo introductorio -archivo 09 carpeta primera instancia- manifestando que esa entidad cumplió con los requisitos exigidos en la ley cuando el señor Andrés Fernando Peñuela Baquero decidió, al interior del RAIS, movilizarse hacía esa entidad, razón por la que se opone las pretensiones elevadas por él en su contra. Planteó como excepciones de fondo las 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 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”*.

Así mismo, en escrito adjunto a la contestación de la demanda, la AFP Skandia S.A. solicitó que fuera llamada en garantía Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., con ocasión de los contratos de seguro previsionales suscritos por el fondo privado de pensiones con esa aseguradora, cuya vigencia inicial fue del 1° de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2007 y que fue renovada para los años 2008, 2009, 2010, 2011, 2012; ello con la finalidad de que, en caso de que se le condene a Skandia S.A. a restituir lo recibido por concepto de primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, se le ordene a esa aseguradora que proceda a desembolsar las sumas pagadas por esos conceptos.

La Administradora Colombiana de Pensiones contestó la demanda -archivo 10 carpeta primera instancia- aceptando que el señor Peñuela Baquero se afilió al régimen de prima media con prestación definida el 9 de junio de 1987 a través del otrora Instituto de Seguros Sociales, trasladándose válidamente al régimen de ahorro individual con solidaridad el 29 de diciembre de 1998, además de habersele negado su retorno al RPMPD en oficio de 8 de septiembre de 2020, al encontrarse el demandante a menos de diez años de arribar a la edad mínima de pensión exigida en el régimen de prima media con prestación definida. Se opuso a las pretensiones y planteó las excepciones 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: Colpensiones”, “Imposibilidad de condena en costas”, y “Declaratoria de otras excepciones”*.

Por su parte, la AFP Protección S.A. respondió la acción -archivo 15 carpeta primera instancia- manifestando que esa ***“entidad se opone a la declaración de nulidad por omisión en la información y/o por inducción a error por parte de la Administradora que participara del traslado, teniendo por entendido que dicho suceso jurídico no debe adolecer de vicios en el consentimiento que deban recaer sobre la voluntad del (de la) actor(a) porque no existieron precisamente las maniobras preterintencionales que se le endilgan.”*** A continuación, planteó las excepciones de mérito que denominó *“Genérica o innominada”, “Prescripción”, “Buena fe”, “Compensación”, “Exoneración de condena en costas”, “Inexistencia de la obligación”, “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 aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros respondió el libelo introductorio y el llamamiento en garantía -archivos 19 y 20 carpeta primera instancia-, manifestando frente a la acción inicial que los hechos narrados por el actor son ajenos a su

conocimiento. En torno al llamamiento en garantía que le hiciera la AFP Skandia S.A., aceptó la suscripción de los contratos de seguros relacionados por esa entidad, pero sostiene que no hay lugar a que se acceda a lo pretendido por el fondo privado de pensiones en caso de que fuere condenado en el proceso, por cuanto el contrato de seguro consiste en pagar la suma de dinero que haga falta cuando se configura el riesgo con el objeto de que se pague una pensión de invalidez o sobrevivientes, pero no para que se restituyan las primas cobradas a los afiliados para la contratación de esas pólizas. Conforme con lo dicho, se opuso a las pretensiones, tanto de la demanda como del llamamiento en garantía y planteó las excepciones de mérito que pretende hacer valer en el plenario.

En sentencia de 13 de marzo de 2023, 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 al señor Andrés Fernando Peñuela Baquero, esto es, las características de ambos regímenes pensionales con sus ventajas y desventajas, razón por la que accedió a la ineficacia del traslado al RAIS surtido el 29 de diciembre de 1998, así como las de los movimientos ejecutados al interior de ese régimen pensional; y en consecuencia declaró válida y vigente la afiliación primigenia efectuada al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por Colpensiones.

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

Así mismo, condenó a los fondos privados de pensiones accionados a reintegrar, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores que fueron descontados al afiliado durante su permanencia en esas entidades y que estuvieron dirigidos a cancelar los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como las sumas destinadas a financiar la garantía de pensión mínima.

Al considerar que con el traslado entre regímenes pensionales se pudo generar a favor del actor un bono pensional tipo A, le ordenó a la AFP Protección S.A. que, en caso de que se haya efectuado la redención anticipada de ese título de deuda pública a favor de la cuenta de ahorro individual del demandante, proceda a restituir la suma pagada por ese concepto a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, monto que deberá estar debidamente indexado al momento del pago, actualización que esta a cargo de sus propio patrimonio.

A renglón seguido, ordenó comunicar la decisión a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con la finalidad de que a través de trámites internos y canales institucionales ejecute todas las acciones a que haya lugar para dejar las cosas en el estado en el que se encontraban antes de que se produjera el traslado del accionante del RPMPD al RAIS.

Respecto al llamamiento en garantía realizado a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., decidió que no había lugar a acceder a lo pretendido por la AFP Skandia S.A., por cuanto la aseguradora no tuvo nada que ver con el acto jurídico que significó el traslado del actor del RPMPD al RAIS, ni mucho menos con los movimientos que él realizó al interior de ese régimen pensional, siendo clara la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en sostener que las llamadas a responder jurídica y patrimonialmente por las consecuencias que conlleva ejecutar esos actos jurídicos irregularmente son exclusivamente los fondos privados de pensiones involucrados en ello.

Finalmente, condenó en costas procesales a los fondos privados de pensiones accionados en un 100%, a favor de la parte actora; y a la AFP Skandia en un 100%, en favor de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.

Inconformes con la decisión, los fondos privados de pensiones Porvenir S.A., Skandia S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones interpusieron recurso de apelación en los siguientes términos:

La apoderada judicial de los fondos privados de pensiones Porvenir S.A. y Skandia S.A. manifiesta que no es posible que se condene a esa entidad a restituir la totalidad de los dineros ordenados por la *a quo*, pues la única consecuencia económica que trae la declaratoria de ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS por parte del afiliado Andrés Fernando Peñuela Baquero, es que se restituya a la Administradora Colombiana de Pensiones los dineros que provenientes de las cotizaciones o aportes al sistema general de pensiones, ya que los dineros recaudados por otros conceptos se derivaron precisamente del vínculo contractual declarado ineficaz, los cuales fueron cobrados por ministerio de la ley; añadiendo que fue producto de la muy buena gestión de los fondos privados de pensiones accionados que se generaron a favor de la cuenta de ahorro individual del actor unos excelentes rendimientos financieros; además de haberse cumplido con la obligación de cubrirlo frente los riesgos de invalidez y sobrevivientes, con el pago de las correspondientes primas de seguros previsionales.

Ahora, en caso de que se confirme la decisión de condenar a Skandia S.A. a restituir el valor de las sumas cobradas al afiliado por concepto de las primas de los seguros previsionales, estima que la aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. debe reembolsar a ese fondo privado de pensiones las sumas pagadas por ese concepto, con ocasión de la suscripción de los contratos de póliza de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes.

Tampoco es posible que condenen a esas entidades en costas procesales, ya que su comportamiento se ha ceñido al estricto cumplimiento de la ley en aplicación del principio de la buena fe.

La apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones sostiene que en el plenario quedó demostrado que el traslado ejecutado por el señor Andrés Fernando Peñuela Baquero del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad cobró plenos efectos jurídicos, pues así lo acredita el formulario de afiliación suscrito por él de manera libre, voluntaria y sin presiones el 29 de diciembre de 1998; añadiendo que no es la acción de ineficacia la llamada a resolver este tipo de asuntos, sino la acción resarcitoria de perjuicios establecida en el decreto 720 de 1994. Pero, adicionalmente, considera que no es viable acceder a las pretensiones elevadas por el demandante, por cuanto él está inmerso en la prohibición 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.

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

Presentados los alegatos por parte de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., Porvenir S.A., Skandia S.A. y Colpensiones

En cuanto al contenido de los alegatos de conclusión remitidos por Porvenir S.A., 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, su contenido coincide con las argumentaciones expuestas en la sustentación del recurso de apelación; mientras que los narrados por la llamada en garantía ratifican lo expuesto al momento de dar respuesta a la demanda y al llamamiento, solicitando la confirmación de la sentencia de primer

grado. La parte actora se circunscribe en solicitar la confirmación de 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.

Ahora, en caso de que se confirme la decisión de primera instancia, solicita que se emita condena en contra de la AFP Porvenir S.A. consistente en cancelar a favor de Colpensiones a título de sanción, una suma de dinero por concepto de cálculo actuarial que contenga el valor de las eventuales mesadas pensionales que podría devengar el actor en el régimen de prima media con prestación definida, teniendo en cuenta la expectativa de vida del demandante y sus beneficiarios.

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 Andrés Fernando Peñuela Baquero al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada el 29 de diciembre de 1998, así como los movimientos ejecutados en su interior?

¿Con la permanencia del afiliado en el RAIS durante más de veinte años y los movimientos realizados al interior de ese régimen pensional, desapareció la asimetría en la información que se echa de menos en la presente acción?

¿Cuáles son las consecuencias prácticas de declarar las ineficacias de los traslados surtidos entre regímenes pensionales?

¿Tienen razón los fondos privados de pensiones recurrentes cuando afirman que no es jurídicamente viable condenarla a restituir a favor de Colpensiones la totalidad de los dineros definidos por la a quo?

¿Le asiste razón a la apoderada judicial de Skandia S.A. cuando afirma que Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. debe reembolsar las sumas de dinero que deba reintegrar el fondo privado de pensiones por concepto de primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes?

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

¿Existe algún inconveniente en torno a que el afiliado este próximo a arribar a la edad mínima de pensión prevista en el régimen de prima media con prestación definida?

¿Hay lugar a exonerar a los fondos privados de pensiones Porvenir S.A. y Skandia 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 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</i>

		<i>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 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.

Resuelto lo anterior, se tiene entonces que con la solicitud de vinculación realizada por el señor Andrés Fernando Peñuela Baquero ante el fondo privado de pensiones Porvenir S.A. el 29 de diciembre de 1998 -pág.7 archivo 05 carpeta primera instancia- el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, sin embargo, el actor inicia la presente acción al considerar que el cambio de régimen pensional, no cumplió con el lleno de los requisitos legales, al no habersele suministrado la totalidad de la información sobre las consecuencias que conllevaba tomar esa decisión; viciándose de esa manera su consentimiento.

Conforme con lo señalado por el 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 29 de diciembre de 1998 (primera etapa).

En lo que concierne al formulario de afiliación, más allá de que en dicho documento se evidencia la rúbrica del señor Andrés Fernando Peñuela Baquero en la casilla denominada “*Voluntad Afiliado*” 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, el señor Andrés Fernando Peñuela Baquero informó que actualmente se encuentra activo como cotizante, al prestar sus servicios como asesor de empresas privadas, en su calidad de administrador de empresas.

En torno al momento en que se produjo el cambio de régimen pensional el 29 de diciembre de 1998, expresó que un asesor comercial del fondo privado de

pensiones visitó las instalaciones de la entidad en la que prestaba sus servicios y en una charla muy corta le dijo que debía trasladarse del RPMPD al RAIS ya que el Instituto de Seguros Sociales iba a desaparecer y con él los aportes o cotizaciones efectuadas a ese régimen pensional, además de asegurársele que se podía pensionar de manera anticipada y con una mesada pensional mucho más alta que la ofrecida en el régimen de prima media con prestación definida; sin embargo, no se le explicó como se podía pensionar más joven y como podría acceder a una muy buena mesada pensional, ni mucho menos las demás ventajas y sobre todo las desventajas que conllevaba tomar esa decisión.

Respecto a los movimientos ejecutados al interior del régimen de ahorro individual con solidaridad, sostuvo que tuvo que realizarlos por los cambios de empleadores que tuvo en cada época, agregando que no se en esos momentos no hubo asesoría por parte de los fondos privados de pensiones.

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 el señor Andrés Fernando Peñuela Baquero, 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 29 de diciembre de 1998, sin que tampoco exista prueba en el plenario que acredite que la asimetría en la información que se produjo en ese momento dejó de prolongarse con el paso de los años, pues a pesar de que el accionante se movilizó al interior de ese régimen pensional hacía las AFP Skandia S.A., Protección S.A., en donde se encuentra vinculado actualmente, permaneciendo afiliado al RAIS por más de veinte años, realizando cotizaciones al sistema general de pensiones a través de él; lo cierto es que esos hechos no demuestran per se los actos de relacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia, pues como ya se ha dicho, lo importante es que durante ese periodo en el que los afiliados permanecen en el RAIS desaparezca por completo esa asimetría en la información que nace con el acto jurídico que materializa el cambio de régimen pensional, lo cual no aconteció en el presente asunto.

Es que, nótese que en este caso no se configuraron los actos de relacionamiento de los que habla la Sala de Casación Laboral, ya que no existen pruebas en el proceso que demuestren que el señor Andrés Fernando Peñuela Baquero 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 y en el RPM, ni mucho menos tiene conocimiento sobre las diferentes modalidades de pensión existentes en el régimen de ahorro individual con solidaridad, **además de no existir prueba que demuestre que a 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 29 de diciembre de 1998 no desapareció mientras el accionante estuvo vinculado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Por lo expuesto, al no quedar probado en el proceso que al accionante se le brindó la información que por ley correspondía y mucho menos que se presentaron actos de relacionamiento que hicieron desaparecer la asimetría en la información que se produjo el 29 de diciembre de 1998, 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 el accionante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 29 de diciembre de 1998 y consecuentemente los movimientos ejecutados al interior de ese régimen pensional, por lo que todos los actos ejecutados en el RAIS carecen de validez; quedando válida y vigente la afiliación primigenia efectuada por el señor Andrés Fernando Peñuela Baquero al RPMPD administrado actualmente por la Administradora Colombiana de Pensiones, como correctamente lo definió la *a quo*.

Así las cosas, al no tener ningún efecto jurídico el cambio de régimen pensional y el movimiento efectuado por el señor Andrés Fernando Peñuela Baquero, ni ninguno de los actos ejecutados al interior del RAIS, correcta resultó la decisión de condenar a la AFP Protección S.A., en la que se encuentra vinculado actualmente, a restituir el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del afiliado, 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 los fondos privados de pensiones accionados.

Bajo esa misma óptica, es del caso recordar que el cambio de régimen pensional y los movimientos realizados al interior del RAIS declarados ineficaces, implica que ningún acto ejecutado al interior del mismo produzca efectos, por lo que correcta resultó la decisión de la *a quo* consistente en condenar a los fondos privados de pensiones Porvenir S.A. Skandia 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 al actor 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; siendo del caso definir desde ya, que el llamamiento en garantía realizado por la AFP Skandia S.A. a

Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. no está llamado a prosperar, 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, siendo del caso precisar que la relación jurídico sustancial que sostienen esas entidades consiste en afectar las pólizas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes contratadas, únicamente cuando el riesgo asegurado se configure, situación que no es la que acontece en el presente asunto, lo que conlleva a negar el llamamiento en garantía realizado por la AFP Skandia S.A., como acertadamente lo definió la juzgadora de primer grado.

Al haber operado un traslado desde el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 29 de diciembre de 1998 y al haber cotizado el accionante más de 150 semanas al RPM antes de que se produjera el traslado al RAIS, más concretamente 394 semanas de cotización, como se constata con la información inmersa en la historia laboral emitida por Colpensiones -págs.41 a 46 archivo 10 carpeta primera instancia-, se generó en ese momento un bono pensional tipo A en favor del señor Andrés Fernando Peñuela Baquero al cumplirse con los requisitos previstos en el artículo 115 de la ley 100 de 1993.

Ahora, conforme con la información suministrada por el fondo privado de pensiones Protección S.A. en el reporte de la cuenta de ahorro individual del accionante - págs.48 a 64 archivo 15 carpeta primera instancia-, se evidencia que durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado al RAIS no se ha redimido de manera anticipada el bono pensional que se constituyó a su favor, al punto que la información que se reporta allí es que ese título de deuda pública se redimiría de manera normal el 8 de enero de 2025 cuando el señor Andrés Fernando Peñuela Baquero cumple los 62 años.

Conforme con lo antes expuesto, al no haberse redimido anticipadamente el bono pensional que se emitió a favor del señor Andrés Fernando Peñuela Baquero no era

procedente ordenarle a la AFP Protección S.A. que devolviera un dinero que no ha entrado a la cuenta de ahorro individual del actor, como erradamente lo ordenó la falladora de primera instancia, motivo por el que se revocará dicha decisión.

Ahora, como la declaratoria de ineficacia trae como consecuencia que las cosas se reestablezcan al estado en el que se encontraban antes del momento en que se produjo el traslado al RAIS, correcta resultó la decisión de la *a quo* consistente en comunicar la decisión adoptada en el proceso a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que, en un trámite interno y a través de canales institucionales, ejecute todas las acciones a que haya lugar para dejar las cosas en el estado en el que se encontraban antes de que se ejecutara el cambio de régimen pensional del afiliado, procediendo, entre otras cosas y de ser el caso, a anular o dejar sin vigencia el bono pensional que se generó a favor del señor Andrés Fernando Peñuela Baquero, aplicando con ello lo previsto en el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995 modificado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 hoy recopilado en el Decreto 1833 de 2016.

En torno al hecho consistente en que el accionante se encuentra a menos de diez años de arribar a la edad mínima de pensión en el RPMPD, la verdad es que ese suceso no afecta en nada la decisión tomada en este proceso, por cuanto, como se ha explicado recurrentemente a lo largo de la presente providencia, la declaratoria de ineficacia trae como consecuencia jurídica que los actos emitidos a partir de ese momento no tienen ninguna validez, lo que lleva a que las cosas se reestablezcan al estado en el que se encontraban, es decir, que al no haberse consumado legalmente el cambio de régimen pensional, el mismo no tiene validez y por tanto 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.

Respecto a la condena en costas emitida en el curso de la primera instancia en contra de los fondos privados de pensiones Porvenir S.A. y Skandia 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, en 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. REVOCAR el ordinal QUINTO de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito, al resultar **IMPROCEDENTE** la orden emitida por la *a quo* consistente en ordenarle a la AFP PROTECCIÓN S.A. que proceda a restituir una suma de dinero que no recibió, ya que no hubo redención anticipada del bono pensional tipo A que se generó a favor del demandante.

SEGUNDO. CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida y consultada.

TERCERO. CONDENAR en costas en esta instancia a las entidades recurrentes en un 100%, en 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 de la Ley 2213 de 2022

Firmado Por:

Julio Cesar Salazar Muñoz
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Ana Lucia Caicedo Calderon
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 001 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

German Dario Goez Vinasco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
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: **5d73456af94f6ec01a3a6532e1bcc9227481ef78abee0de756e275357f96daba**

Documento generado en 09/08/2023 09:57:36 AM

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