

Constancia Secretarial: Vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada por la secretaría de la Corporación, únicamente la parte actora y la Administradora Colombiana de Pensiones remitieron en término los alegatos de conclusión en esta sede.

Pereira, 6 de septiembre de 2023.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

PEREIRA, VEINTICINCO DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTITRÉS

Acta de Sala de Discusión No 147 de 18 de septiembre de 2023

SENTENCIA ESCRITA

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por el fondo privado de pensiones **PORVENIR S.A.** y por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito el 2 de mayo de 2023, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de COLPENSIONES, dentro del proceso promovido por la señora **CLAUDIA VÉLEZ BOTERO**, cuya radicación corresponde al N°66001310500120200032301; en el que también está demandada la **AFP PROTECCIÓN S.A.**

AUTO

Por medio de escrito remitido el 23 de agosto de 2023, la Administradora Colombiana de Pensiones allegó la escritura pública N°3365 de 2019 otorgada ante la Notaría 90 del Círculo de Bogotá, mediante la cual le otorga poder general a la sociedad Muñoz Medina Abogados S.A.S. representada legalmente por Santiago Muñoz Medina; revocando de esa manera el poder que Colpensiones le había

otorgado en su momento a la sociedad WORLD LEGAL CORPORATION representada legalmente por Miguel Ángel Ramírez Gaitán; por lo que, de conformidad con lo previsto en el artículo 76 del CGP el mandato otorgado a esta última entidad se da por finalizado a partir del 23 de agosto de 2023 cuando se radicó el poder conferido por esa administradora pensional a la sociedad Muñoz Medina Abogados S.A.S., a quien se le reconoce personería para actuar en el presente asunto.

De otro lado, de acuerdo con el memorial de sustitución de poder allegado en esa misma fecha por la sociedad Muñoz Medina Abogados S.A.S., se le reconocer personería a la abogada Gloria Eugenia García Buitrago para actuar como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones, en los términos y condiciones del poder de sustitución que le fue conferido.

ANTECEDENTES

Pretende la señora Claudia Vélez Botero que la justicia laboral acceda a la ineficacia de la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A., así como la del movimiento ejecutado hacía la AFP Protección S.A. y consecuentemente que se declare válida y vigente la afiliación primigenia efectuada al régimen de prima media con prestación definida.

Con base en esas declaraciones aspira que se condene a los fondos privados de pensiones accionados a girar la totalidad de los dineros a que haya lugar, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas procesales.

Refiere que: Nació el 8 de enero de 1967; después de afiliarse al régimen de prima media con prestación definida a través del otrora Instituto de Seguros Sociales, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad en el año 1996 a través de la AFP Horizonte S.A. hoy Protección S.A.; para ejecutar el acto jurídico que significó el cambio de régimen pensional no recibió la totalidad de la información que la ley exigía para ese momento, 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; en el año 2012 se movilizó hacia la AFP Protección S.A., en donde se encuentra vinculada actualmente, pero tampoco se le brindó una asesoría que le pusiera de presente las consecuencias de continuar afiliada en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Ante solicitud elevada por ella, la Administradora Colombiana de Pensiones emitió comunicación de 30 de septiembre de 2020 en la que le informó que no podía pertenecer al régimen de prima media con prestación definida al encontrarse a menos de diez años de cumplir la edad mínima de pensión en ese régimen pensional.

La demanda fue admitida en auto de 10 de febrero de 2021 -archivo 06 carpeta primera instancia-.

El fondo privado de pensiones Porvenir S.A. contestó el libelo introductorio -archivo 11 carpeta primera instancia- aceptando que la demandante suscribió formulario de afiliación con la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. en el año 1996 con el que se materializó el traslado de la demandante del RPMPD al RAIS, pero aclarando que esa afiliación surtió plenos efectos jurídicos al haberse realizado bajo el estricto cumplimiento de la ley, como se refleja en el formulario de afiliación suscrito por ella, sin que se haya configurado uno de los vicios del consentimiento. Se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de fondo que denominó “*Validez y eficacia de la afiliación al RAIS e Inexistencia de vicios en el consentimiento*”, “*Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS*”, “*Inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS*”, “*Pago*”, “*Compensación*”, “*Prescripción*”, “*Buena fe*” e “*Innominada o genérica*”.

La Administradora Colombiana de Pensiones respondió la acción -archivo 12 carpeta primera instancia- argumentando que no es posible acceder a las

pretensiones elevadas por la demandante, dado que no existe prueba que permita demostrar que al momento en que se produjo el cambio de régimen pensional de la actora se configuró el vicio del consentimiento alegado en la acción; además de que no es viable que ella retorne al régimen de prima media con prestación definida por encontrarse a menos de diez años de arribar a la edad mínima de pensión en ese régimen pensional. Se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de *“Inexistencia de la obligación demandada”, “Prescripción”, “Buena fe”, “Estricto cumplimiento de la normatividad vigente”, “Buena fe”, “La inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia del traslado de régimen” y “Declaratoria de otras excepciones”*.

El fondo privado de pensiones Protección S.A. contestó la demanda -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”*.

En sentencia de 2 de mayo 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 Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. no cumplió con la carga probatoria que le incumbía en este proceso, al verificar que no

le brindó la totalidad de la información que debía ponerle de presente a la señora Claudia Vélez Botero, 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 1° de diciembre de 1996, así como la ineficacia del movimiento ejecutado hacía la AFP Protección S.A. el 1° de octubre de 2012 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. a restituir a la Administradora Colombiana de Pensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la 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 a la afiliada durante su permanencia en cada una de esas entidades y que estuvieron dirigidos a cancelar los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como las sumas destinadas a financiar la garantía de pensión mínima.

Sostuvo que con el traslado efectuado por el demandante del RPMPD al RAIS se generó un bono pensional a su favor, por lo que, en caso de que se haya pagado a favor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, le ordenó al fondo privado de pensiones Protección S.A. a restituir el valor cancelado por ese concepto a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, debidamente indexado, especificando que esa actualización del valor del bono pensional debe ser con cargo a los propios recursos de Protección S.A.

De la misma manera, ordenó comunicar la decisión a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que, en caso de haber emitido el bono pensional, a través de 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 produjera el cambio de régimen pensional de la afiliada, procediendo, entre otras cosas y de ser el caso, a anular o dejar sin vigencia ese título de deuda pública.

Finalmente, condenó en costas procesales a la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A., a favor de la parte actora, advirtiendo que su liquidación se realizará en la oportunidad procesal pertinente.

Inconforme con la decisión, el fondo privado de pensiones Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones interpusieron recursos de apelación en los siguientes términos:

La apoderada judicial de la AFP Porvenir S.A. argumenta que no es viable acceder a la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del RPMPD al RAIS en el año 1996, ni del movimiento ejecutado en el año 2012, por cuanto las entidades accionadas cumplieron con el deber legal de información que les incumbía para esos momentos, sin que hubiere hecho uso de las herramientas legales para regresar en tiempo al régimen de prima media con prestación definida; añadiendo que también quedaron demostrados en el proceso los actos de relacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia.

En caso de que no se tengan en cuenta dichos argumentos y se confirme la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional de la demandante y su posterior movimiento al interior del RAIS, estima que en estos eventos no es posible que se emitan la totalidad de las condenas ordenadas por la falladora de primera instancia, haciendo énfasis en lo que corresponde a los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, ya que esos

dineros son cobrados por ministerio de la ley, lo que permite la adecuada gestión de las cuentas de ahorro individual de los afiliados, generándose a su favor excelentes rendimientos financieros que no se causan en el RPMPD, además de estar debidamente cubiertos frente a los riesgos de invalidez y muerte; agregando que las órdenes dirigidas en ese sentido constituyen un enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones y un detrimento patrimonial para los fondos privados de pensiones.

La apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones sostuvo que se debe revocar en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito, ya que en el proceso quedó demostrado que el cambio de régimen pensional realizado por la señora Claudia Vélez Botero en el año 1996 cumplió con el lleno de los requisitos que la ley exigía para ese momento, sin que le sea dable alegar después de tanto tiempo que fue engañada, solo por ver fallidas sus expectativas en el régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que lo que verdaderamente se vislumbra es un interés netamente económico que no puede, adicionalmente, ser resuelto dentro de la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, sino por medio de la acción resarcitoria de perjuicios prevista en el decreto 720 de 1994.

Por otro lado, estima que Colpensiones no puede verse afectada por un acto jurídico en el que no participó, además de no ser jurídicamente procedente el retorno de la actora al régimen de prima media con prestación definida, dado que ella se encuentra a menos de diez años de arribar a la edad mínima de pensión en el RPMPD.

Ahora, en caso de que se confirme la decisión de primera instancia, solicita que se emita condena en contra de la AFP Protección 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 la actora en el régimen de prima media con prestación definida, teniendo en cuenta su expectativa de vida y la de sus potenciales beneficiarios.

Al haber resultado afectados los intereses de la Administradora Colombiana de Pensiones, se dispuso también el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Conforme se dejó plasmado en la constancia emitida por la Secretaría de la Corporación, solamente la Administradora Colombiana de Pensiones y la parte actora hicieron uso del derecho a remitir en término los alegatos de conclusión en esta sede.

En cuanto a su contenido, 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 expuestos por la apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones coinciden con los narrados en la sustentación del recurso de apelación; mientras que los emitidos por la parte actora se circunscriben en solicitar la confirmación de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito el 2 de mayo de 2023.

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 de la señora Claudia Vélez Botero al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A., así como la ineficacia del movimiento ejecutado por ella hacía la AFP Protección S.A.?

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

¿Tienen razón el fondo privado de pensiones recurrente cuando afirman que no es jurídicamente viable condenarla a restituir a favor de Colpensiones la totalidad de los dineros definidos por la a quo?

¿Con el cambio de régimen pensional ejecutado por el demandante se constituyó en su favor un bono pensional conforme con lo dispuesto en el artículo 115 de la ley 100 de 1993?

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

¿Es procedente condenar a la AFP Protección S.A. a cancelar a la Administradora Colombiana de Pensiones, a título de sanción, una suma igual al valor de las eventuales mesadas pensionales que se le pudieren otorgar al demandante en el RPMPD?

¿Hay lugar a exonerar al fondo privado de pensiones Porvenir S.A. de la condena emitida en su contra por concepto de costas procesales?

Con el propósito de dar solución a los interrogantes en el caso concreto, la Sala considera necesario precisar, el siguiente:

FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL

1. Análisis jurídico que debe abordar el juez cuando se alega ausencia de información parcial o total por parte de las administradoras en los traslados entre regímenes pensionales.

En sentencia STL4759 de 22 de julio de 2020, la Sala de Casación Laboral indicó:

*“En el caso bajo estudio, se hace necesario precisar, que en reiterada jurisprudencia esta Sala de Casación Laboral ha dejado clara su postura al indicar que la elección a cualquiera de los dos regímenes pensionales existentes, **debe estar precedida de una decisión libre y voluntaria, de suerte que las administradoras de pensiones tienen el deber de brindar a sus afiliados una asesoría que les permita tener los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión tomada al momento del traslado, sin importar si la persona es o no beneficiaria del régimen de transición, o si está próximo a pensionarse.**”* (Negrillas fuera de texto).

Y más adelante reiteró:

*“Así, en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL452-2019, CSJ SL1688-2019 y SL1689- 2019, esta Sala ha determinado de manera pacífica que la reacción del ordenamiento jurídico -artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993- a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. **Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, tiene que abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales.**” (Negrillas fuera de texto).*

2. Sobre el deber de información.

Frente a este ítem, la Corte Suprema de Justicia en providencia SL1452 de 3 de abril de 2019, señaló que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones ha sido exigible desde el momento de su creación, identificando tres etapas en el que el nivel de exigencia en la información se ha incrementado de acuerdo con la evolución histórica de las normas que regulan la materia; lo que expuso en resumen así:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

<i>Etapas acumulativas</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de 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</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes</i>

	<p><i>Ley 797 de 2003</i> <i>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i></p>	<p><i>pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i></p>
<p><i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i></p>	<p><i>Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009</i> <i>Decreto 2241 de 2010</i></p>	<p><i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i></p>
<p><i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i></p>	<p><i>Ley 1748 de 2014</i> <i>Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015</i> <i>Circular Externa n. 016 de 2016</i></p>	<p><i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i></p>

3. La suscripción del formulario de afiliación.

Respecto al valor probatorio del formulario de afiliación suscrito entre la AFP y el potencial afiliado, la alta magistratura en la providencia que se viene referenciando sostiene que ese documento por sí solo no le otorga plena validez al traslado entre regímenes pensionales, argumentando que:

“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las

características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.”.

4. Carga de la prueba.

Continuando con su exposición argumentativa, el máximo órgano de la jurisdicción laboral sentó frente al punto:

“Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.”.

5. Actos de relacionamiento dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad.

En sentencia SL3752 de 15 de septiembre de 2020, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, advirtiendo la importancia constitucional y legal que caracteriza el derecho a la seguridad social, recordó la necesidad de resolver los asuntos que son puestos en conocimiento de la jurisdicción teniendo en cuenta la verdadera intención que tienen los afiliados a través de sus actuaciones y no con base en las formalidades y protocolos; trayendo a colación como ejemplos los temas

que han sido resueltos desde esa arista, como el relacionado con la desafiliación al sistema general de pensiones cuando no existe el reporte de la novedad de retiro del sistema, o como en los casos en que, sin existir afiliación a una administradora pensional, el afiliado realiza aportes durante un periodo importante, que conllevan a concluir que se ha presentado una afiliación tácita a pesar de no haberse diligenciado el correspondiente formulario; mostrando que, como en esos eventos, existen muchos otros en los que las manifestaciones efectuadas por los afiliados al sistema general de pensiones denotan su verdadera intención de permanecer vinculados en determinado régimen pensional.

Es así, como al abordar el tema en controversia, el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral expresó:

“Conviene recordar que, más allá de los posibles debates dirigidos a evidenciar un engaño de las administradoras de pensiones respecto de los afiliados con el fin de conseguir un traslado de régimen, lo que aquí realmente tiene importancia y se convierte en el eje central de la controversia es la asimetría de la información.”.

Y más adelante continuó expresando:

“En ese orden de ideas, es dable concluir que, aun cuando no haya certeza de si el afiliado recibió al momento de su traslado toda la información requerida, existen otros mecanismos que permiten colegir que la persona tenía vocación de permanecer en el régimen y que contaba con todos los elementos para forjar con plena convicción su elección.

*Dichos comportamientos o **actos de relacionamiento**, en los casos de afiliación, pueden verse traducidos en acciones concretas de los afiliados tales como presentar solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros. Así lo ha establecido esta Corporación en el fallo CSJ SL413-2018, en donde dijo que,*

Por esta misma razón, en casos como el presente, donde se discute la materialización del acto jurídico de la afiliación o traslado, es relevante tener en cuenta los aportes al sistema, no como un requisito ad substantiam actus de la afiliación, como lo sostuvo el Tribunal, sino como una señal nítida de la voluntad del trabajador cuando existen dudas razonables sobre su genuino deseo de cambiarse de régimen.

Desde luego que, para la tesis que ahora sostiene la Sala, la presencia o no de cotizaciones consistente con el formato de vinculación no es la única expresión de esa voluntad, pueden existir otras, tales como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, por mencionar algunos actos de relacionamiento con la entidad que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer a ella. Lo importante es que exista correspondencia entre voluntad y acción, es decir, que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado, de modo tal que no quede duda del deseo del trabajador de pertenecer a un régimen pensional determinado.

A partir de lo expuesto en precedente, se tiene que los traslados horizontales dentro del Régimen de Ahorro Individual, es decir los cambios entre administradoras de fondos privados de pensiones, reúnen los elementos propios de unos actos de relacionamiento, lo cual permite suponer que el afiliado desea continuar en dicho régimen, aunque bajo la asesoría y beneficios que le pueda proveer otra administradora de pensiones, las cuales compiten entre sí.

Incluso, tales actuaciones presuponen cierto conocimiento de la persona respecto al funcionamiento del régimen, sus beneficios y desventajas y su modo de operar, de ahí que su intención sea firme en continuar aún teniendo la posibilidad eventual de retornar a Colpensiones.”.

Después de exponer dicha postura, la Alta Magistratura al descender al caso concreto, concluyó:

“En ese orden de ideas, se advierte que, si bien las conclusiones del Tribunal fueron inicialmente desacertadas, en el sentido de asignarle la carga de probar al afiliado los presuntos vicios del consentimiento en los que incurrió y no a las administradoras de pensiones, lo cierto es que tal desatino no sería relevante teniendo en cuenta la situación jurídica concreta de la señora Lara Rodríguez.

Lo anterior, puesto que a través de los actos de relacionamiento que quedaron plenamente acreditados dentro del proceso, esto es, el traslado horizontal constante entre administradoras de pensiones dentro del Régimen de Ahorro Individual, la información, aunque parcial, dio cada uno de los fondos y el regreso permanente a la primera entidad elegida, se puede razonablemente entender la vocación que tenía la accionante de permanecer vinculada en el Régimen de Ahorro y, sobre todo, de no retornar a Colpensiones pese a las prerrogativas con las que allí inicialmente contaba.

Se insiste, tales comportamientos tácitos de la accionante no conducen a entender que hubiera existido una perpetuidad en la asimetría de la información, sino que, por el contrario, un objetivo claro de continuar en este Régimen, asumiendo los beneficios y consecuencias que su decisión traía consigo.”.

CASO CONCRETO

Conforme se expuso en el primer punto del fundamento jurisprudencial, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene definido que la acción que se debe estudiar cuando se reclama la ausencia total o parcial del deber de información por parte de los fondos privados de pensiones, no es otra que la ineficacia del acto jurídico que permitió el traslado entre regímenes pensionales, por lo que al haber orientado la actora la demanda en ese sentido, por imperativo jurisprudencial, lo que corresponde es analizar el caso en la forma determinada por la Corte Suprema de Justicia, esto es, si el cambio de régimen pensional de la demandante se dio en términos de eficacia, como correctamente lo abordó la funcionaria de primera instancia.

Al plenario no fue aportado el formulario de afiliación con el que se produjo el cambio de régimen pensional de la señora Claudia Vélez Botero, pero no se puede olvidar que al dar respuesta a la demanda, el fondo privado de pensiones Porvenir S.A. aceptó que la demandante suscribió ese documento con el que se materializó el traslado de la actora del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad; afirmación que tiene soporte adicional en la certificación emitida por el SIAFP de Asofondos -pág.49 archivo 15 carpeta primera instancia-, en el que se informa que la demandante se trasladó del RPMPD al RAIS por medio de la sociedad Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. el 1° de octubre de 1996 *-no el 1° de diciembre de 1996 como lo definió la a quo-*; sin embargo, la demandante 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 Horizonte S.A. 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 1° de octubre de 1996 (primera etapa).

Como ya se dijo, al plenario no fue aportado el formulario de afiliación por medio del cual la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. vinculó a la señora Claudia Vélez Botero al régimen de ahorro individual con solidaridad; pero, en caso de que lo hubiere aportado y en él se registrara adecuadamente la firma de la accionante haciendo 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 eran verdaderos; lo cierto es que, según lo dice la Sala de Casación Laboral, esa prueba no resultaría suficiente para tener por demostrado el deber de información, pues, como mucho, demostraría un consentimiento, pero no informado.

Ahora, en el interrogatorio de parte, la señora Claudia Vélez Botero informó que se encuentra activa como cotizante, prestando sus servicios profesionales a favor de una empresa de seguros.

En torno al momento en que se produjo el cambio de régimen pensional en el año 1996, sostuvo que un asesor comercial de la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. visitó las instalaciones de la entidad para la que prestaba sus servicios en aquel entonces y, en una reunión grupal, les dijo que debían trasladarse el régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que allí se podrían pensionar a cualquier edad, con una mesada mucho más alta que la ofrecida en el régimen de prima media con prestación definida, pero que, en caso de que no quisieran pensionarse, podían solicitar el pago de los dineros inmersos en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros; sin embargo, no se le explicó nada más sobre las consecuencias que conllevaba tomar esa decisión; finalmente dijo que se movilizó en el año 2012 hacia la AFP Protección S.A. porque un asesor comercial de esa entidad le aseguró que allí iba a obtener unos mejores rendimientos financieros, ya

que esa entidad tenía mejor músculo financiero que la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A., pero no le explicó nada más.

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, cabe concluir que del interrogatorio de parte absuelto por la señora Claudia Vélez Botero, 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. hoy Porvenir S.A. para el 1° de octubre de 1996, 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 la accionante se movilizó hacia la AFP Protección S.A. el 1° de octubre de 2012 *-como se aprecia en el formulario de afiliación suscrito con esa entidad visible en las páginas 46 y 47 del archivo 15 de la carpeta de primera instancia-*, permaneciendo afiliada al RAIS por más de veinte años y 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 la señora Claudia Vélez Botero 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 RPMPD, 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 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; 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 1° de octubre de 1996 no desapareció mientras la accionante estuvo vinculada al régimen de ahorro individual con solidaridad.

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 1° de octubre de 1996, indefectiblemente, conforme con lo sentado por la Corte Suprema de Justicia, no queda otro camino que confirmar la decisión emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito, consistente en declarar la ineficacia del acto jurídico por medio del cual la accionante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, pero se modificará dicho ordinal con el objeto de indicar que el cambio de régimen pensional se produjo el 1° de octubre de 1996 y no el 1° de diciembre de 1996 como equivocadamente lo fijó la *a quo*, confirmándose la decisión de declarar también la ineficacia del movimiento ejecutado por ella hacía la AFP Protección S.A. el 1° de octubre de 2012; quedando válida y vigente la afiliación primigenia efectuada por la señora Vélez Botero al RPMPD administrado actualmente por la Administradora Colombiana de Pensiones, como correctamente lo definió la *a quo*.

Al no tener ningún efecto jurídico el cambio de régimen pensional, así como el movimiento efectuados por la señora Claudia Vélez Botero, ni ninguno de los actos ejecutados al interior del RAIS, correcta resultó la decisión de condenar a la AFP Protección S.A. *-a la que se encontraba vinculada actualmente-* a restituir el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, 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 Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. y Protección S.A.

Bajo esa misma óptica, es del caso recordar que el cambio de régimen pensional declarado ineficaz, implica que ningún acto ejecutado al interior del mismo produzca efectos, por lo que correcta resultó la decisión de la *a quo* consistente en condenar a los fondos privados de pensiones Protección S.A. y Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. a reintegrar a la Administradora Colombiana de Pensiones, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores que fueron cobrados a la actora durante su permanencia en cada una de esas entidades y que estuvieron destinados a cancelar las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como los valores dirigidos a financiar la garantía de pensión mínima; sin que con esa decisión se esté afectando los intereses de terceros que no asistieron al proceso (aseguradoras y reaseguradoras), pues precisamente la orden dirigida en ese sentido lo que lleva es a que los fondos privados de pensiones respondan con su patrimonio por las deficiencias en que incurrieron al momento de efectuar la vinculación de los afiliados.

Al haber operado un traslado desde el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 1° de octubre de 1996 y al haber cotizado la accionante más de 150 semanas al RPMPD antes de que se produjera el traslado al RAIS, más concretamente 192,29 semanas de cotización, como se constata con la información inmersa en la historia laboral emitida por Colpensiones con la contestación de la demanda -págs.152 a 155 archivo 13 carpeta

primera instancia-, se generó en ese momento un bono pensional tipo A en favor de la señora Claudia Vélez Botero 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 los documentos arrimados al plenario en el archivo 15 de la carpeta de primera instancia, se evidencia que durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada al RAIS no se redimió de manera anticipada el bono pensional que se constituyó a su favor, en consideración a que ella no ha elevado solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez en el RAIS de manera anticipada; siendo del caso precisar que tampoco se ha dado la redención normal de ese título de deuda pública, por cuanto la señora Claudia Vélez Botero cumple los 60 años el 8 de enero de 2027, al haber nacido en la misma calenda del año 1967, como se aprecia en la copia de su cédula de ciudadanía -pág.1 archivo 03 carpeta primera instancia-.

De allí que, al no haberse redimido anticipadamente el bono pensional que se emitió a favor de la señora Claudia Vélez Botero, ni mucho menos de manera normal al no haber arribado a los 60 años, no era procedente ordenarle a la AFP Protección S.A. S.A. que devolviera un dinero que no ha entrado a la cuenta de ahorro individual de la actora, 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 produjera el cambio de régimen pensional de la afiliada, procediendo, entre otras cosas y de ser el caso, a anular o dejar sin vigencia el bono pensional que se generó a favor de la señora Claudia

Vélez Botero, 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 la 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 la demandante siempre ha estado afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por Colpensiones, lo que muestra que de ninguna manera se está ordenando un nuevo traslado entre regímenes pensionales y por tanto no se transgrede la prohibición legal prevista en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

Frente a la petición elevada por la Administradora Colombiana de Pensiones relativa a que se condene al fondo privado de pensiones Protección S.A. a cancelar a título de sanción una suma igual al valor de las futuras mesadas pensionales que pudieren reconocérsele al accionante en el régimen de prima media con prestación definida, lo primero que cabe señalar es que la etapa de sustentación del recurso de apelación no es el acto procesal previsto para realizar pretensiones, resultando claro por demás que la demandante no dirigió ninguna pretensión en ese sentido, mientras que las consecuencias prácticas de la declaratoria de ineficacia son las que la Corte Suprema de Justicia ha reseñado en su línea jurisprudencial en este tipo de asuntos y que ya han sido aplicadas en estricto sentido en este caso. Por lo expuesto, no hay lugar a acceder a la petición condenatoria elevada por la Administradora Colombiana de Pensiones en la sustentación del recurso de apelación.

Respecto a la condena en costas emitida en el curso de la primera instancia en contra del fondo privado de pensiones Porvenir S.A., el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece que “*Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso*”, lo que permite concluir que de acuerdo con el resultado arrojado en el proceso, el cual fue desfavorable a sus intereses, le correspondía a la *a quo* emitir condena en su contra por dicho concepto, la cual encuentra debidamente ajustada a derecho esta Corporación.

Como quiera que en la sentencia STL10364-2020 la Sala de Casación Laboral instó a esta Sala a tener en cuenta que la condena en costas se debe fulminar con independencia de los factores subjetivos que pudieren existir en favor de la persona que resulte vencida o de aquella a quien se resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, las costas en esta instancia corren a cargo de las entidades recurrentes en un 100%, 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. MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia recurrida, el cuál quedará así:

***“PRIMERO. DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional ejecutado por la señora CLAUDIA VÉLEZ BOTERO el 1° de octubre de 1996, a través del fondo privado de pensiones HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., así como la ineficacia del movimiento realizados por ella al interior de ese régimen pensional hacía la AFP PROTECCIÓN S.A. el 1° de octubre de 2012; quedando válida y vigente la afiliación primigenia realizada por la afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES.”.*

SEGUNDO. REVOCAR el ordinal SEXTO de la sentencia proferida por el Juzgado Primero 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 ni normal del bono pensional tipo A que se generó a favor de la demandante.

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

CUARTO. 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

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: **e30b91449c3383e9cff5b716ab2ab6f162797a92f3bc8cda37db18b9a8544495**

Documento generado en 25/09/2023 07:29:09 AM

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