

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

Pereira, 28 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, TRECE DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTITRÉS

Acta de Sala de Discusión No 144 de 11 de septiembre de 2023

SENTENCIA ESCRITA

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por el fondo privado de pensiones **COLFONDOS S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito el 16 de mayo de 2023, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de COLPENSIONES, dentro del proceso que le promueve la señora **MARTHA CECILIA TAPIAS SALAZAR**, cuya radicación corresponde al N°66001310500220210002501.

AUTO

Se reconoce personería para actuar dentro del proceso de la referencia a la doctora **BERTHA ESPERANZA YELA ÁLVAREZ**, como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones, en los términos y para los efectos del memorial de sustitución de poder que fue allegado al correo institucional y que se encuentra debidamente incorporado en el expediente.

ANTECEDENTES

Pretende la señora Martha Cecilia Tapias Salazar que la justicia laboral acceda a la ineficacia de la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad el 20 de enero de 2003 a través del fondo privado de pensiones Colfondos S.A. 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 la AFP Colfondos S.A. a girar la totalidad de los dineros a que haya lugar, lo que resulte probado extra y ultra petita, además de las costas procesales.

Refiere que: Nació el 24 de enero de 1965; luego de afiliarse al régimen de prima media con prestación definida a través del Instituto de Seguros Sociales, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad el 20 de enero de 2003 cuando se vinculó al fondo privado de pensiones Colfondos 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.

El 26 de junio de 2015, ante solicitud elevada por ella, la Administradora Colombiana de Pensiones le negó el retorno al régimen de prima media con prestación definida, por estar a menos de diez años de arribar a la edad mínima de pensión en ese régimen pensional.

La demanda fue admitida en auto de 4 de febrero de 2022 -archivo 21 carpeta primera instancia-.

La Administradora Colombiana de Pensiones respondió la acción -archivo 22 carpeta primera instancia- oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, argumentando que no se evidencia que existiere por parte del fondo privado de pensiones Colfondos S.A. engaño o acto alguno que configure la ineficacia del acto jurídico por medio del cual la señora Martha Cecilia Tapias Salazar se trasladó al RAIS el 20 de enero de 2003 y, adicionalmente, porque ella se encuentra incurso en la prohibición legal prevista en el literal e) del artículo 13 de la ley 797 de 2003 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003. Formuló las excepciones de mérito que denominó "Validez de la afiliación al RAIS", "Aceptación implícita de la voluntad del afiliado", "Saneamiento de una presunta nulidad", "Prescripción", "Buena fe", "Imposibilidad de condena en costas", "Genérica", "Declaratoria de otras excepciones".

El fondo privado de pensiones Colfondos S.A. contestó la demanda -archivo 28 carpeta primera instancia- manifestando que el cambio de régimen pensional ejecutado por la demandante el 20 de enero de 2003 a través de esa entidad, cumplió con el lleno de los requisitos exigidos en la ley, al haberse realizado de manera libre, espontánea y sin presiones, como quedó consignado en el correspondiente formulario de afiliación, sin que la actora hubiere hecho uso de las herramientas legales para regresar en tiempo al régimen de prima media con prestación definida. Se opuso a las pretensiones y planteó las excepciones de fondo de "Inexistencia de la obligación", "Falta de legitimación en la causa por pasiva", "Buena fe", "Innominada o genérica", "Ausencia de vicios del consentimiento", "Validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad", "Ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A.", "Prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado", "Compensación y pago".

En sentencia de 16 de mayo de 2023, el juez, aplicando en su integridad la jurisprudencia vigente que sobre el tema ha emitido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluyó, después de analizar las pruebas allegadas al proceso, que la AFP Colfondos S.A. 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 Martha Cecilia Tapias Salazar, 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 marzo de 2003; 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 Colfondos S.A., a restituir *"las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, comisiones, gastos de administración, valores utilizados para seguros previsionales, los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, y entregar el archivo del detalle de aportes realizados durante la permanencia en el RAIS. Acudiendo incluso a sus propios recursos conforme se señaló en la parte considerativa."*

Finalmente, decidió *"CONDENAR en costas a la parte demandada Colfondos S.A. y a favor de la demandante. Las agencias en derecho se fijan en la suma de un*

salario mínimo legal mensual vigente por cada entidad. No se imponen costas a cargo de COLPENSIONES.”.

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

La apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones argumentó que el traslado efectuado por la señora Martha Cecilia Tapias Salazar del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad se surtió cumpliéndose la totalidad de los requisitos exigidos en la ley, al haber suscrito de manera libre, voluntaria y sin presiones el formulario de vinculación que permitió su cambio de régimen pensional; añadiendo que tampoco es dable acceder a las pretensiones de la acción, en virtud a que la actora se encuentra incurso en la prohibición legal prevista en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003. Es que, lo que realmente se vislumbra en el proceso, es una inconformidad económica por parte de la demandante frente a la que sería su mesada pensional en el RAIS, controversia que no puede ser resuelta a través de la acción interpuesta por ella, sino por medio de la acción resarcitoria de perjuicios determinada en el artículo 10 del decreto 720 de 1994.

Adicionalmente, Colpensiones es una tercera que no tuvo nada que ver en el acto jurídico que se alega ineficaz, razón por la que esa entidad no puede verse afectada con el resultado del proceso; sin embargo, en caso de que se confirme la decisión de primera instancia, solicita que se condene también al fondo privado de pensiones Colfondos S.A. a cancelar a favor de Colpensiones, a título de sanción, un cálculo actuarial equivalente a las mesadas pensionales que eventualmente podría devengar la accionante en el RPMPD, teniendo en cuenta la expectativa de vida de ella y de sus beneficiarios.

Por su parte, la apoderada judicial del fondo privado de pensiones Colfondos S.A. manifiesta que la declaratoria de ineficacia únicamente trae como consecuencia la devolución de las sumas que se encuentran inmersas en la cuenta de ahorro individual por concepto de cotizaciones o aportes al sistema general de pensiones, dado que los rendimientos e intereses financieros, las cuotas o gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como los dineros destinados a financiar la garantía de pensión mínima son rubros que se generaron o fueron cobrados precisamente por la

vinculación realizada por la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad, agregando que todas esas acciones fueron ejecutadas por Colfondos S.A. en estricto cumplimiento de la ley, lo que permitió unos excelentes rendimientos financieros a favor de la afiliada, además de protegerla frente a los riesgos de invalidez y sobrevivientes; por lo que su devolución se constituye en un enriquecimiento sin causa para Colpensiones y un detrimento patrimonial para el fondo privado de pensiones accionado.

Al haber resultado la decisión desfavorable a 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, únicamente la Administradora Colombiana de Pensiones hizo 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 ella coinciden con los formulados en la sustentación del recurso de apelación.

Cuestión previa

Pese a que este Ponente no comparte la justificación ni la interpretación que realiza la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia frente al literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100/1993 y por ello en providencias anteriores como la proferida el 22/07/2020, Rad. No. 2018-00269-01, entre otras, bajo la autorización emitida por las sentencias C-836 de 2001 y C-621 de 2015 se había apartado del criterio expuesto por el alto tribunal al amparo de la autonomía judicial, para anunciar que cuando un trabajador alega engaño por una AFP para obtener un traslado de régimen pensional, debe presentar una acción de resarcimiento de perjuicios tal como obliga el artículo 10º del Decreto 720 de 1994, lo cierto es que ocasión a la sentencia de tutela de primer grado emitida por ese alto tribunal con número de expediente STL4759-2020, a través de la cual se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado por esa corporación en los asuntos de ineficacia de afiliación, bajo el

debido respeto por el superior, se obedecerá en este caso y en los sucesivos la posición mayoritaria que ostenta la mencionada Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Así las cosas, atendidas las argumentaciones a esta Sala de Decisión le corresponde resolver los siguientes:

PROBLEMAS JURÍDICOS

¿Es la acción de ineficacia la llamada a resolver los casos en los que se alega ausencia total o parcial de la información por parte de los fondos privados de pensión?

¿En cabeza de quien se encuentra en este tipo de procesos la carga probatoria de acreditar el deber legal de información?

¿Hay lugar a declarar ineficaz la afiliación de la señora Martha Cecilia Tapias Salazar al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

¿Con la permanencia de la afiliada en el RAIS durante más de veinte años desapareció la asimetría en la información que se echa de menos en la presente acción?

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

¿Acredita la señora Martha Cecilia Tapias Salazar la densidad de semanas cotizadas exigidas en el artículo 115 de la ley 100 de 1993 para que se hubiere constituido a su favor un bono pensional tipo A?

¿Es procedente condenar a la AFP Colfondos 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?

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

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:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	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	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
Deber de asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	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 perjudicarlo

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

3. La suscripción del formulario de afiliación.

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

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

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

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

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la

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

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.”.

4. Carga de la prueba.

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

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

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

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

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

En sentencia SL3752 de 15 de septiembre de 2020, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, advirtiendo la importancia constitucional y legal que caracteriza el derecho a la seguridad social, recordó la necesidad de resolver los asuntos que son puestos en conocimiento de la jurisdicción teniendo en cuenta la verdadera intención que tienen los afiliados a través de sus actuaciones y no con base en las formalidades y protocolos; trayendo a colación como ejemplos los temas que han sido resueltos desde esa arista, como el relacionado con la desafiliación al sistema general de pensiones cuando no existe el reporte de la novedad de retiro del sistema, o como en los casos en que, sin existir afiliación a una administradora pensional, el afiliado realiza aportes durante un periodo importante, que conllevan a concluir que se ha presentado una afiliación tácita a pesar de no haberse diligenciado el correspondiente formulario; mostrando que, como en esos eventos, existen muchos otros en los que las manifestaciones efectuadas por los afiliados al sistema general de pensiones denotan su verdadera intención de permanecer vinculados en determinado régimen pensional.

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

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

Y más adelante continuó expresando:

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

*Dichos comportamientos o **actos de relacionamiento**, en los casos de afiliación, pueden verse traducidos en acciones concretas de los afiliados tales*

como presentar solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros. Así lo ha establecido esta Corporación en el fallo CSJ SL413-2018, en donde dijo que,

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

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

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

Conforme se expuso en el primer punto del fundamento jurisprudencial, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene definido que la acción que se debe estudiar cuando se reclama la ausencia total o parcial del deber de información por parte de los fondos privados de pensiones, no es otra que la ineficacia del acto jurídico que permitió el traslado entre regímenes pensionales, por lo que al haber orientado la 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.

Con la solicitud de vinculación N°1022767 -pág.98 archivo 28 carpeta primera instancia-, la señora Martha Cecilia Tapias Salazar se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad el 20 de enero de 2003 -no el 1° de marzo de 2003 como lo definió el a quo- cuando se vinculó al fondo privado de pensiones Colfondos S.A., sin embargo, la demandante inicia la presente acción al considerar que el cambio del

RPMPD al RAIS, 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 la demandante, se procederá a verificar, siguiendo, única y exclusivamente las reglas jurisprudenciales expuestas anteriormente, si la AFP Colfondos S.A. -quien tiene la carga probatoria en este tipo de procesos (como se explicó en el punto cuatro del fundamento jurisprudencial)-, cumplió con el deber legal de información que le correspondía para el 20 de enero de 2003 (primera etapa).

En lo que concierne al formulario de afiliación, más allá de que en dicho documento se evidencia la rúbrica de la señora Martha Cecilia Tapias Salazar en la casilla denominada "*voluntad de afiliación*" en la que se hace constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la efectúa de manera libre, espontánea y sin presiones, y que los datos proporcionados son verdaderos; lo cierto es que, según lo dice la Sala de Casación Laboral, esa prueba no resulta suficiente para tener por demostrado el deber de información, pues, como mucho, demuestra un consentimiento, pero no informado.

Ahora, en el interrogatorio de parte, la señora Martha Cecilia Tapias Salazar informó que actualmente se encuentra activa como cotizante en su calidad de secretaria al servicio de una institución educativa.

En torno al momento en que se produjo el cambio de régimen pensional el 20 de enero de 2003, sostuvo que un asesor comercial del fondo privado de pensiones Colfondos S.A. visitó las instalaciones de la entidad en la que prestaba sus servicios y en una reunión colectiva les dijo que el Instituto de Seguros Sociales iba a desaparecer, razón por la que ellos debían trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, asegurándoles que en esa entidad los aportes al sistema general de pensiones iban a tener excelentes rendimientos financieros que ellos iban a generar a través de la bolsa de valores y en otras empresas que conformaban el grupo económico al que pertenecía Colfondos S.A., lo que redundaría en una pensión muchísimo más alta que la ofrecida por otros fondos privados y la del ISS; no obstante, no se le dijo nada más sobre las características de cada uno de los regímenes pensionales que componen el sistema general de pensiones.

erró al determinar que la fecha en que se produjo dicho traslado fue el 1° de marzo de 2003, se modificará el ordinal primero de la sentencia con la finalidad de corregir la fecha en la que realmente se produjo el cambio de régimen pensional; quedando válida y vigente la afiliación primigenia efectuada por la accionante al régimen de prima media con prestación definida, administrado actualmente por la Administradora Colombiana de Pensiones.

Al no tener ningún efecto jurídico el cambio de régimen pensional efectuado por la señora Martha Cecilia Tapias Salazar, ni ninguno de los actos ejecutados al interior del RAIS, hay lugar a condenar a la AFP Colfondos S.A., pero no en la forma referida por el funcionario de primer grado, en donde, entre otros aspectos, ordenó la restitución del valor de bonos pensionales, sin siquiera analizar si con el cambio de régimen pensional de la actora, declarado ineficaz, se generó a su favor un bono pensional, además de otorgarle la facultad al fondo privado de pensiones accionado de restituir las sumas de dinero ordenadas con cargo o no a sus propios recursos, lo cual, como se explicará más adelante, resulta a todas luces errado bajo las directrices impuestas por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en este tipo de casos.

Así las cosas, conforme se expuso en los fundamentos jurisprudenciales, una de las consecuencias prácticas de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional de los afiliados, es la de condenar a los fondos privados de pensiones a restituir el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del 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; por lo que, en atención a lo dispuesto por el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral, se modificará el ordinal segundo de la sentencia para emitir correctamente la condena en contra de la AFP Colfondos S.A. en ese sentido.

Además de devolver los dineros 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; pero, como la orden impartida en ese sentido por el funcionario de primera instancia no fue clara

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, cabe concluir que, del interrogatorio de parte absuelto por la señora Martha Cecilia Tapias Salazar, ni de ninguna de las pruebas allegadas al plenario se desprende el cumplimiento del deber legal de información por parte de la AFP Colfondos S.A. para el 20 de enero de 2003, 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 ha permaneciendo afiliada 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 la señora Martha Cecilia Tapias Salazar 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 la actora 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 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 20 de enero de 2003 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 20 de enero de 2003, conforme con lo sentado por la Corte Suprema de Justicia, correcta fue la decisión del *a quo* consistente en declarar la ineficacia del acto jurídico que significó el cambio de régimen pensional de la afiliado, pero, como

Así las cosas, como la declaratoria de ineficacia trae como consecuencia que las cosas se reestablezcan al estado en el que se encontraban el 20 de enero de 2003, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de comunicar la decisión adoptada en este asunto a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que, en un trámite interno y a través de canales institucionales, ejecute todas las acciones a que haya lugar para dejar las cosas en el estado en el que se encontraban para el 20 de enero de 2003, procediendo, entre otras cosas y de ser el caso, a anular o dejar sin vigencia el bono pensional que se generó en favor de la señora Tapias Salazar y que tenía como fecha de redención normal el 24 de enero de 2025, 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 arribó a la edad mínima de pensión en el RPMPD, ya que según la copia de su cédula de ciudadanía ella nació el 24 de enero de 1965 -pág. 1 archivo 04 carpeta primera instancia-, 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 Colfondos 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

en ese aspecto, ya que parece que le otorgara la facultad al fondo privado de pensiones accionado de cancelar o no esos dineros con cargo a su propio patrimonio, la Sala, para mayor claridad, modificará el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia.

Bajo esa misma óptica, el cambio de régimen pensional declarado ineficaz implica que ningún acto ejecutado al interior del mismo produzca efectos, por lo que, acudiendo al grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, se debe modificar, como ya se advirtió, el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia, con el objeto de dar claridad a la condena emitida en contra del fondo privado de pensiones Colfondos S.A., en el sentido de que proceda a reintegrar a Colpensiones, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores que fueron cobrados a la actora durante su permanencia en esa entidad y que estuvieron destinados a cancelar las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como los valores destinados a financiar la garantía de pensión mínima; sin que con esa decisión se esté afectando los intereses de terceros que no asistieron al proceso (aseguradoras y reaseguradoras), pues precisamente la orden dirigida en ese sentido lo que lleva es a que los fondos privados de pensiones respondan con su patrimonio por las deficiencias en que incurrieron al momento de efectuar la vinculación de los afiliados.

Al haber operado un traslado desde el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 20 de enero de 2003 y al haber cotizado la accionante más de 150 semanas al RPMPD antes de que se produjera el traslado al RAIS, más concretamente 271,71 semanas de cotización, como se constata con la información inmersa en la historia laboral emitida por Colpensiones con la contestación de la demanda -págs.436 a 441 archivo 22 carpeta primera instancia-, se generó en ese momento un bono pensional tipo A en favor de la señora Martha Cecilia Tapias Salazar al cumplirse con los requisitos previstos en el artículo 115 de la ley 100 de 1993.

A pesar de que no existe prueba que demuestre el estado actual de ese instrumento de deuda pública, lo cierto es que el mismo se redimiría normalmente el 24 de enero de 2025, fecha en que la accionante cumple los 60 años, al haber nacido en la misma calendad del año 1965 como se ve en la copia de su cédula de ciudadanía -pág.1 archivo 04 carpeta primera instancia-.

“PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional ejecutado por la señora MARTHA CECILIA TAPIAS SALAZAR el 20 de enero de 2003, a través del fondo privado de pensiones COLFONDOS S.A.; 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. MODIFICAR el ordinal SEGUNDO de la sentencia emitida el 16 de mayo de 2023, el cuál quedará así:

SEGUNDO. A. CONDENAR al fondo privado de pensiones COLFONDOS S.A. a girar a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la señora MARTHA CECILIA TAPIAS SALAZAR, proveniente de las cotizaciones efectuadas al sistema general de pensiones junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado.

B. CONDENAR al fondo privado de COLFONDOS S.A a restituir, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexadas, las sumas de dinero que fueron descontadas a la señora MARTHA CECILIA TAPIAS SALAZAR durante su permanencia en esa entidad y que fueron destinadas a pagar los gastos o cuotas de administración, así como aquellas que fueron dirigidas a financiar la garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes; a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES.

TERCERO. MODIFICAR el ordinal QUINTO de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito, el cuál quedará así:

“QUINTO. CONDENAR al fondo privado de pensiones COLFONDOS a pagar las costas procesales a favor de la demandante. No se imponen costas a cargo de COLPENSIONES”.

CUARTO. ADICIONAR la sentencia emitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito, en el sentido de **COMUNICAR** a la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO la decisión adoptada en este proceso, con el objeto de 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 para el 20 de enero de 2003, 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 MARTHA CECILIA TAPIAS SALAZAR y que tenía como fecha de redención normal el 24 de enero de 2025.

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

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.

Pronunciamiento frente a la decisión de fijar las agencias en derecho en la sentencia de primera instancia.

Más allá de que no hubo ninguna queja en contra de la fijación de las agencias en derecho efectuada por el juez en la sentencia objeto de estudio, lo cierto es que el Tribunal no puede pasar por alto esa situación en consideración a que con dicho proceder se contraría el diseño procesal vigente, por cuanto esa no era la oportunidad para adelantar esa actuación, ya que el artículo 366 del CGP establece que **ese es un trámite que se realiza de manera concentrada en el juzgado que conoce el proceso en primera instancia, y solamente procede su liquidación una vez quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso**, por lo que de conformidad con lo dispuesto en la norma en cita, improcedente resultó la decisión del *a quo* consistente en fijar el valor de las agencias en derecho en la sentencia de primera instancia, ya que ese trámite solo es válido adelantarlos cuando quede en firme la providencia que ponga fin al proceso, lo cual aún no ocurre; razón por la que se revocará parcialmente el ordinal quinto de la sentencia recurrida en el sentido de no incluir la fijación de las agencias en derecho, por no ser ese el momento dispuesto en la ley procesal para adelantar ese trámite.

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 de la 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,

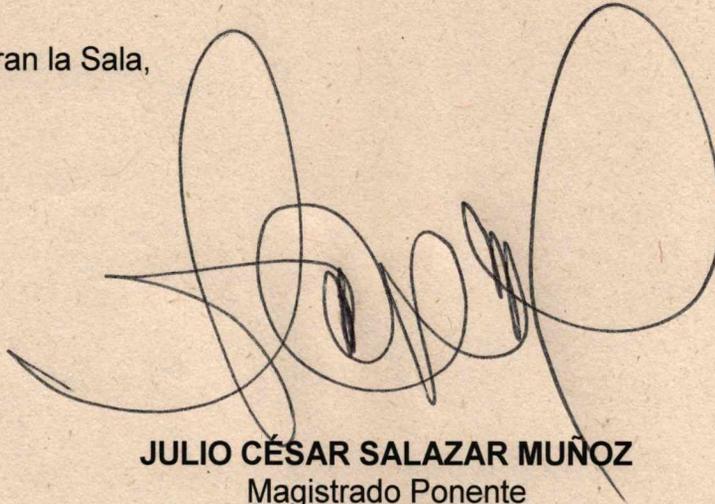
RESUELVE

PRIMERO. MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia recurrida, el cuál quedará así:

SEXTO. CONDENAR en costas en esta instancia a la entidad recurrente 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
En compensación por Hábeas Corpus



GERMÁN DARIÓ GÓEZ VINASCO
Magistrado

Sin constancias ni firmas secretariales conforme artículo 9 de la Ley 2213 de 2022