El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: INEFICACIA TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL / DEBER DE INFORMACIÓN DE LAS AFP / ES CARGA DE LA ENTIDAD DEMOSTRAR QUE LA SUMINISTRÓ / VALOR PROBATORIO DEL FORMULARIO DE AFILIACIÓN / NO VALIDA POR SÍ SOLO EL TRASLADO.**

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…

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…

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

“… 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.”

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL N° 3**

**MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Pereira, agosto 14 de 2020

Acta de Sala de Discusión No 114 de Agosto 14 de 2020

En providencia de veintidós (22) de julio de dos mil veinte (2020), la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia ordenó a esta Sala proferir una nueva decisión dentro del proceso ordinario laboral radicado con el número 66001-31-05-003-2018-00292-01, iniciado por la señora MARÍA INÉS ESPITIA LOZANO en contra de la AFP PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -Colpensiones.

Para dar cumplimiento a la orden emitida en la sentencia de tutela, se hacen necesarias las siguientes precisiones:

1- La tutela en mención no dejó sin efecto la audiencia de juzgamiento celebrada el 4 de marzo de 2020, solo dejó sin efecto la sentencia proferida en este proceso. Lo anterior implica que la etapa de alegaciones ya se encuentra surtida y solo basta proferir la decisión.

2- Mediante el decreto 806 de 2020, el legislador extraordinario, con el propósito de agilizar la reanudación de las actividades judiciales, dispuso que las sentencias de segunda instancia en materia laboral, una vez las partes hayan tenido la oportunidad de alegar, sea profieran por escrito.

3- No puede perderse de vista que la sentencia que aquí se acata, esto es, la STL4759-2020, no fue emitida de manera unánime, en tanto el Dr. Jorge Luis Quiroz Alemán decidió salvar su voto, mientras que el Dr. Luis Benedicto Herrera Díaz resolvió aclararlo.

Con base en lo expuesto, los integrantes de esta Corporación Olga Lucía Hoyos Sepúlveda y Julio César Salazar Muñoz dan cumplimiento a la orden emitida por la mayoría en la sentencia STL4759 de 2020, dejando a salvo su criterio jurídico sobre el tema y salvando cualquier responsabilidad frente a los efectos que se produzcan con la emisión de la sentencia escrita por parte de esta Corporación.

Así las cosas, habiéndose surtido en este asunto ya válidamente la etapa de alegatos, procede la Sala de Decisión Laboral No. 3, conformada por los Magistrados Olga Lucía Hoyos Sepúlveda, Ana Lucía Caicedo Calderón y Julio César Salazar Muñoz, como ponente, a proferir por escrito la siguiente:

**SENTENCIA**

**Antecedentes**

Pretende la señora María Inés Espitia Lozano que la justicia laboral declare la nulidad o ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado el 15 de marzo de 1996 a través de la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. y con base en ello aspira que se le ordene girar a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones el monto que se encuentre en la cuenta de ahorro individual, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas procesales a su favor.

Refiere que: Se vinculó laboralmente el 26 de julio de 1982 con la sociedad Eléctricos Santa fe Ltda., afiliándose al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS; el 15 de marzo de 1996 los asesores comerciales de la AFP visitaron las dependencia de la entidad en que se encontraba prestando sus servicios laborales, ofreciendo sus servicios en el área pensional; en ese momento el asesor comercial le brindó información relacionada con los factores por los que debía trasladarse al RAIS, sin embargo, estima que esa información se tornaba insuficiente en la medida que no contenía la totalidad de las características que debía tener en cuenta para tomar una decisión informada en términos legales; según documento emitido el 31 de mayo de 2018 por la AFP demandada, ella contaba para ese momento en su cuenta de ahorro individual la suma de $388.733.737, saldo que le permitía acceder a una mesada pensional del orden de $1.511.100 en ese régimen pensional, mientras que en el RPM podría pensionarse con una mesada de $3.279.000; el 12 de junio de 2018 la Administradora Colombiana de Pensiones le negó la solicitud de traslado de régimen pensional elevada anteriormente por ella, sosteniendo que la petición era improcedente por cuanto se encontraba a menos de 10 años para cumplir la edad mínima para acceder a la gracia pensional.

Al contestar la demanda -fls. 72 a 78- la Administradora Colombiana de Pensiones se opuso a las pretensiones de la actora, manifestando que el acto por medio del cual se materializó la afiliación al RAIS goza de validez, al haberse hecho en pleno uso de sus capacidades y conforme a las reglas que regulaban la materia para la época. Formuló las excepciones de mérito que denominó “Inexistencia de la obligación” y “Prescripción”.

La AFP Porvenir S.A. al responder la demanda -fls. 110 a 119- sostuvo que la afiliación efectuada por la señora Espitia Lozano al RAIS a través de esa entidad se hizo conforme lo dispuesto en las normas que regían la materia en el año 1996, lo que permite concluir que ella nunca fue víctima de engaño que la pudiera inducir a error. Adicionalmente debe tenerse en cuenta que el paso del tiempo le impide reclamar la declaratoria de nulidad de acuerdo con lo previsto en el artículo 1750 del Código Civil. Se opuso a las pretensiones y planteó las excepciones de mérito de “Validez de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento”, “Saneamiento de la supuesta nulidad relativa”, “Prescripción”, “Buena fe” e “Innominada o genérica”.

En sentencia de 26 de julio de 2019, la funcionaria de primera instancia luego de hacer una exposición de las características del sistema general de pensiones y de los dos régimen pensionales coexistentes, determinó con base en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral que en todos los casos en los que se estudie la ineficacia del acto jurídico por medio del cual se materialice la afiliación a uno de éstos dos regímenes pensionales, es obligación de las administradoras demostrar que cumplieron con el deber legal de información y buen consejo, por lo que en este evento, independientemente de que la actora fuera o no beneficiaria del régimen de transición, era deber de la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A., demostrar que le había suministrado toda la información para que su afiliación al RAIS fuera eficaz; sin que dentro del trámite procesal lo haya podido acreditar, motivo por el que accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia de la afiliación de la señora María Inés Espitia Lozano al RAIS materializado el 15 de marzo de 1996, ordenándole a continuación a la AFP accionada que proceda a realizar la devolución de las sumas que se encuentren actualmente en la cuenta de ahorro individual de la demandante, correspondiéndole a la Administradora Colombiana de Pensiones habilitar la afiliación y actualizar la historia laboral de ella.

Inconformes con la decisión, los apoderados judiciales de las entidades demandadas interpusieron recurso de apelación en los siguientes términos:

La AFP Porvenir S.A. sostuvo que en el proceso quedó debidamente acreditado que antes de proceder con la suscripción del formulario de afiliación que produjo el traslado del RPM al RAIS, el asesor comercial de esa entidad le brindó la información necesaria sobre las características propias del sistema general de pensiones de conformidad con las normas que regulaban el tema para la época, razones por las que no resulta viable que se acceda a las pretensiones de la demanda.

La Administradora Colombiana de Pensiones manifestó que en el presente caso no se evidencia que la AFP Porvenir S.A. haya inducido a error a la señora María Inés Espitia Lozano, pues con las pruebas allegadas al proceso se probó la diligencia que tuvo la AFP al brindar la información necesaria para que la accionante tomará una decisión informada de acuerdo con los parámetros establecidos en la Ley 100 de 1993.

Al haber resultado afectada con la decisión la Administradora Colombiana de Pensiones, también se dispuso el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

**Alegatos**

Dentro del término procesal dispuesto, las apoderadas judiciales de las entidades demandadas hicieron uso del derecho a presentar alegatos de conclusión. En aplicación del principio de consonancia, las entidades recurrentes reiteraron y ratificaron los argumentos que en su momento expusieron en la sustentación del recurso de apelación, agregando que, de acuerdo con la postura adoptada por dos de las Salas de Decisión de la Corporación, la acción tendiente a resolver este tipo de casos no es la dirigida en este evento por la demandante.

Por su parte, la apoderada judicial de la señora María Inés Espitia Lozano, dejó transcurrir el término para alegar en silencio, en consideración a que no participó de la diligencia.

Atendidas las argumentaciones, a esta Sala de Decisión le corresponde resolver los siguientes:

**Problemas jurídicos:**

**¿Hay lugar a declarar ineficaz la afiliación de la señora María Inés Espitia Lozano al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?**

**De ser afirmativa la respuesta al interrogante anterior ¿Además de restituir los emolumentos que se encuentran inmersos en la cuenta de ahorro individual a la Administradora Colombiana de Pensiones, existen otras consecuencias que se deriven de la declaración de ineficacia?**

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

**3. La suscripción del formulario de afiliación.**

Respecto al valor probatorio del formulario de afiliación suscrito entre la AFP y el potencial afiliado, la alta magistratura en la providencia que se viene referenciando sostiene que ese documento por si 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.”.*

**CASO CONCRETO**

Con la solicitud de vinculación N° 496940 elevada el 15 de marzo de 1996 ante la AFP Horizonte S.A. hoy AFP Porvenir S.A. -fl.50-, la señora María Inés Espitia Lozano se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, no obstante, se queja la actora que esa afiliación es nula o ineficaz, en la medida en que a ese acto no le precedió la entrega completa y veraz de la información que debía suministrarle el fondo privado de pensiones, lo que trajo como consecuencia que se viciara su consentimiento.

Conforme con lo señalado por la demandante, se verificará, siguiendo las reglas jurisprudenciales expuestas anteriormente, si la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. cumplió con el deber legal de información que le correspondía para el 15 de marzo de 1996 (primera etapa).

En lo que concierne al formulario de afiliación, más allá de que en dicho documento se evidencia la rúbrica de la señora María Inés Espitia Lozano en la que deja constancia que realiza de forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia del régimen de ahorro individual con solidaridad y que los datos allí proporcionados son verdaderos; según lo dice la Sala de Casación Laboral, esa prueba no resulta suficiente para tener por probado el deber de información, pues, como mucho, demuestra un consentimiento, pero no informado.

Ahora, al absolver el interrogatorio de parte, la señora María Inés Espitia Lozano indicó que los asesores comerciales de la AFP Horizonte S.A. hoy AFP Porvenir S.A. visitaron las instalaciones de la empresa en la que prestaba sus servicios personales para ese entonces, y pasando puesto por puesto, les fueron dando información muy atractiva a cada uno de los empleados sobre el régimen de ahorro individual con solidaridad; en ese aspecto le expresaron que en ese régimen pensional los afiliados tenían su propia cuenta de ahorro individual y que cuando ellos lo decidieran, podían retirar los recursos allí inmersos, que de permanecer en ese fondo privado, se les garantizaría una mesada pensional muy superior a la que eventualmente podía reconocerse en el régimen de prima media con prestación definida, que en caso de fallecimiento los ahorros podían pasar a sus herederos hasta el quinto grado de consanguinidad; información que fue anclada al hecho de que, según el agente comercial que la abordó, el ISS iba a desaparecer y con él el monto de las cotizaciones efectuados por los afiliados que no se trasladasen el RAIS. A continuación, ante pregunta efectuada por la apoderada judicial de la AFP, manifestó que esa fue la única información que se le suministró, ya que no le hablaron de capitalización, ni rendimientos (dando respuesta a lo preguntado por la abogada), ni mucho menos las desventajas que representaba dejar el ISS y pasar a ese régimen pensional. Así las cosas, no hubo confesión.

Además del formulario de afiliación y del interrogatorio de parte, la AFP Porvenir S.A. allegó otras pruebas (historia laboral consolidada, certificado de vinculaciones emitido por el SIAFP y respuestas a varios derechos de petición) -fls.122 a 173- de las que no se desprende el cumplimiento del deber legal de información que le asistía con la señora María Inés Espitia Lozano, razón por la que, de acuerdo con los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia, al no cumplir la AFP Horizonte S.A. hoy AFP Porvenir S.A. con la carga probatoria que le correspondía, no queda otro camino que confirmar la decisión emitida por el Juzgado Tercero 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, correspondiéndole a dicha entidad girar a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones la totalidad del capital que se encuentre inmerso en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con los rendimientos e intereses financieros que se hayan producido.

Ahora, en atención al grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones se dispondrá también la restitución, con cargo a sus propios recursos, de los gastos de administración debidamente indexados, en consideración a que la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1688 de 8 de mayo de 2019, indicó que otra de las consecuencias prácticas que trae la declaración de ineficacia, es precisamente la restitución de esos emolumentos.

Dando alcance al referido grado jurisdiccional, se dispondrá también la devolución de los valores que fueron cobrados por la AFP para cancelar las primas que respaldan la garantía de pensión mínima, así como las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, pues como es de público conocimiento, el paso del tiempo afecta el valor adquisitivo de la moneda en Colombia.

De esta manera quedan resueltos los recursos de apelación interpuestos por las entidades demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones.

Las costas en esta sede estarán a cargo de las entidades recurrentes en un 100% y por partes iguales.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Laboral Nº 3 del Tribunal Superior de Pereira**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO. ADICIONAR** la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito, en el sentido de **CONDENAR** a las AFP HORIZONTE S.A. hoy AFP PORVENIR S.A. a restituir con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores que fueron cobrados a la accionante por concepto de gastos de administración, así como aquellos que fueron destinados a financiar la garantía de pensión mínima y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, a favor de la ADMNISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES.

**SEGUNDO. CONFIRMAR** en todo lo demásla sentencia recurrida y consultada.

**TERCERO. CONDENAR** en costas en esta sede a las entidades recurrentes en un 100% y por partes iguales.

Los Magistrados,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Ponente

Aclara voto

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Magistrada