

Constancia Secretarial: Vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 16 de diciembre de 2021, la totalidad de los intervinientes remitieron en término los alegatos de conclusión al correo institucional, como se aprecia en las constancias de recepción que obran en la subcarpeta 06 de la carpeta de segunda instancia.

Pereira, 18 de enero de 2022.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

PEREIRA, NUEVE DE FEBRERO DE DOS MIL VEINTIDÓS

Acta de Sala de Discusión No 16 de 7 de febrero de 2022

SENTENCIA ESCRITA

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el demandante JESÚS GERMÁN RUSINQUE FORERO en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito el 28 de julio de 2021, dentro del proceso que le promueve a los fondos privados de pensiones COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A., así como a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, cuya radicación corresponde al N°66001310500320190010501.

AUTO

Se reconoce personería para actuar dentro del proceso de la referencia a la doctora MARILUZ GALLEGO BEDOYA, 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, incluido debidamente en el expediente digitalizado.

ANTECEDENTES

Pretende el señor Jesús Germán Rusinque Forero que la justicia laboral acceda a la nulidad de la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como los movimientos ejecutados al interior de ese régimen pensional 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 demandados a girar a favor de Colpensiones la totalidad de los emolumentos a que haya lugar, lo que resulte probado extra y ultra petita, además de las costas procesales a su favor.

Refiere que: nació el 18 de febrero de 1962; después de haberse afiliado al régimen de prima media con prestación definida a través del

Instituto de Seguros Sociales, se trasladó el 3 de mayo de 2001 al régimen de ahorro individual con solidaridad por medio del fondo privado de pensiones Porvenir S.A., sin haber recibido la asesoría que por ley correspondía; el 26 de junio de 2003 se movilizó dentro del RAIS hacía la AFP Colfondos S.A., quienes tampoco cumplieron con el deber de asesoría que les incumbía; retornó al fondo privado de pensiones Porvenir S.A. el 8 de noviembre de 2004, sin recibir la información que debía de brindársele.

Según reporte entregado por la AFP Porvenir S.A. el 18 de febrero de 2019, acumula en su cuenta de ahorro individual un total de \$199.411.901.

El 22 de febrero de 2019, ante solicitud elevada por él, la Administradora Colombiana de Pensiones negó su retorno al RPM bajo el argumento de estar a menos de diez años de arribar a la edad mínima de pensión exigida en ese régimen pensional.

La Administradora Colombiana de Pensiones dio respuesta a la acción -págs.131 a 136 expediente digitalizado- manifestando que, al revisar la historia laboral del señor Jesús Germán Rusinque Forero inmersa en sus bases de datos, se evidencia la aprobación por parte del Instituto de Seguros Sociales del traslado de régimen pensional efectuado por él el 3 de mayo de 2001 a través de la AFP Porvenir S.A., el cual tiene plena validez, añadiendo que la negativa de

Colpensiones de recibir nuevamente al accionante se encuentra acorde con lo establecido en la ley, al encontrarse a menos de diez años de arribar a la edad mínima de pensión en el RPM. Se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló las excepciones de mérito que denominó “Inexistencia de la obligación demandada” y “Prescripción”.

Al contestar la demanda -págs.155 a 174 expediente digitalizado- el fondo privado de pensiones Porvenir S.A. sostuvo que el traslado ejecutado por el señor Jesús Germán Rusinque Forero se realizó cumpliendo la totalidad de las exigencias legales, ya que contrario a lo que él afirma, esa entidad le suministró la totalidad de la información que debía ponerle de presente, motivo por el que no se configuró la nulidad relativa que se aduce en la demanda, pero que, de haber sido así, la misma se saneó por el paso del tiempo como lo determina el artículo 1750 del código civil. Planteó las excepciones 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”.

A su turno, la AFP Colfondos respondió el libelo introductorio -archivo 04 carpeta primera instancia- se opuso únicamente frente a las pretensiones dirigidas en su contra, sosteniendo que, en caso de que se llegare a acceder a la declaración de nulidad o ineficacia del traslado surtido por el actor al RAIS a través de Porvenir S.A., entidad

con la que se encuentra vinculado actualmente el afiliado, no habría lugar a emitir ninguna condena en contra de Colfondos S.A., por cuanto esa entidad ya giró a Porvenir S.A. la totalidad de los dineros que fueron recaudados por concepto de aportes o cotizaciones al sistema general de pensiones, junto con los intereses y rendimientos financieros; además de que en ese corto periodo cumplió con el deber legal de descontar los gastos de administración y las primas de los seguros previsionales, los cuales no puede ser devueltos por esa entidad, ya que ello constituiría un detrimento patrimonial para ese fondo privado de pensiones, así como un enriquecimiento sin justa causa por parte de Colpensiones. Propuso las excepciones de fondo de “Inexistencia de la obligación de trasladar la comisión de administración y el pago al seguro previsional, en caso de que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS”, “Pago”, “Compensación”, “Prescripción” e “Innominada o genérica”.

En sentencia de 28 de julio de 2021, la funcionaria de primera instancia, aplicando en su integridad la jurisprudencia vigente que sobre el tema ha emitido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluyó, después de analizar las pruebas allegadas al proceso, que la AFP Porvenir S.A. no cumplió con la carga probatoria que le incumbía en este proceso, al verificar que no le brindó la totalidad de la información que debía ponerle de presente al señor Jesús Germán Rusinque Forero, esto es, las características de ambos regímenes pensionales con sus ventajas y desventajas; sin

embargo, a continuación, sostuvo que en este caso se presentaron los actos de relacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia, ya que en el plenario quedó demostrada la movilidad que tuvo el afiliado dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad, además de haber aceptado en el interrogatorio de parte que al momento de producirse el cambio de régimen pensional el 3 de mayo de 2001 y posteriormente con los movimientos efectuados por él, los fondos privados de pensiones le informaron que el Instituto de Seguros Sociales iba a desaparecer, así como la posibilidad de pensionarse de manera anticipada y de obtener unos buenos réditos por su vinculación a ese régimen pensional, además de haber recibido publicidad por parte de esas entidades; hechos que catalogó como configurativos de esos actos de relacionamiento que la llevaron a determinar que el actor ha tenido la voluntad de permanecer y pertenecer a ese régimen pensional; razones por las que negó la totalidad de las pretensiones elevadas por el señor Rusinque Forero, además de condenarlo en costas procesales en un 100% a favor de las demandadas.

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación, manifestando que en el presente asunto no se dan los presupuestos establecidos por la jurisprudencia para negar las pretensiones de la demanda, ya que los fondos privados de pensiones demandados no cumplieron con la carga probatoria que les correspondía, ya que ninguno de ellos acreditó

haberle suministrado al señor Jesús Germán Rusinque Forero la información que la ley exigía, no solamente para la fecha en que se produjo el cambio de régimen pensional, sino también para las calendas en las que se ejecutaron los movimientos al interior del régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que con el paso del tiempo se hayan concretado los actos de relacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia; motivos por los que solicita que se revoque en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito, para que en su lugar se acceda a la totalidad de las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Conforme se dejó plasmado en la constancia emitida por la Secretaría de la Corporación, la totalidad de los intervinientes remitieron en término los alegatos de conclusión al correo institucional.

En cuanto al contenido de los alegatos de conclusión remitidos por la parte recurrente, 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 emitidos por ella coinciden con los expuestos en la sustentación del recurso de apelación.

A su turno, las entidades accionadas reiteraron los argumentos defensivos expuestos en las contestaciones de la demanda, además de coincidir con la falladora de primer grado en torno a la configuración de los actos de relacionamiento de los que habla la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al haber quedado demostrado en el proceso que el afiliado se ha movilizó dentro del RAIS, cotizándose durante veinte años al sistema general de pensiones a través de ese régimen pensional; razones por las que solicitan la confirmación de la sentencia recurrida.

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 prevalece en 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 del señor Jesús Germán Rusinque Forero al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada el 3 de mayo de 2001?

¿Con los movimientos efectuados por el demandante dentro del RAIS y su permanencia en ese régimen pensional durante veinte años, desapareció la asimetría en la información que se echa de menos en la presente acción?

De acuerdo con la respuesta al interrogante anterior ¿Se configuraron los actos de relacionamiento de los que habla la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia?

¿Hay lugar a revocar la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito el 28 de julio de 2021?

De ser afirmativa la respuesta al interrogante anterior ¿Cuáles son las consecuencias prácticas de declarar la ineficacia del cambio de régimen pensional de los afiliados?

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 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

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

3. La suscripción del formulario de afiliación.

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

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

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

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además

el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

4. Carga de la prueba.

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

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

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

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

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

En sentencia SL3752 de 15 de septiembre de 2020, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, advirtiendo la

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

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

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

Y más adelante continuó expresando:

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

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

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

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

quede duda del deseo del trabajador de pertenecer a un régimen pensional determinado.

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

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

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

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

Lo anterior, puesto que a través de los actos de relacionamiento que quedaron plenamente acreditados dentro del proceso, esto es, el traslado horizontal constante entre administradoras de pensiones dentro del Régimen de Ahorro Individual, la información, aunque parcial, dio cada uno de los fondos y el regreso permanente a la primera entidad elegida, se puede razonablemente entender la

vocación que tenía la accionante de permanecer vinculada en el Régimen de Ahorro y, sobre todo, de no retornar a Colpensiones pese a las prerrogativas con las que allí inicialmente contaba.

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

CASO CONCRETO

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

Resuelto lo anterior, se tiene entonces que con la solicitud de vinculación N°01555528 -pág.42 expediente digitalizado-, el señor Jesús Germán Rusinque se afilió al régimen de ahorro individual con

solidaridad el 3 de mayo de 2001 cuando se vinculó a la AFP Porvenir S.A., sin embargo, el demandante inicia la presente acción al considerar que el cambio del RPM al RAIS no se cumplió con el lleno de los requisitos legales, al no habersele suministrado la información sobre las consecuencias que conllevaba tomar esa decisión; viciándose de esa manera su consentimiento.

Conforme con lo señalado por el demandante, se procederá a verificar, siguiendo, única y exclusivamente las reglas jurisprudenciales expuestas anteriormente, si la AFP Porvenir S.A. **-quien tiene la carga probatoria en este tipo de procesos** (como se explicó en el punto cuatro del fundamento jurisprudencial)-, cumplió con el deber legal de información que le correspondía para el 3 de mayo de 2001 (primera etapa).

En lo que concierne al formulario de afiliación, más allá de que en dicho documento se evidencia la rúbrica del señor Jesús Germán Rusinque Forero 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, el señor Jesús Germán Rusinque Forero manifestó que en el año 2001 fue abordado en los pasillos de la entidad para la que prestaba sus servicios por una de las asesoras del fondo privado de pensiones Porvenir S.A., quien en una charla muy breve le indicó que debía trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, debido a que el Instituto de Seguros Sociales al que él estaba vinculado iba a desaparecer, expresándole además que en ese régimen pensional se podía pensionar anticipadamente y con una mesada pensional mucho más alta que la ofrecida en el RPM; después de que se le dijera eso, le preguntó a la agente comercial de esa sociedad que como era la forma como podía pensionarse en esos términos y como se hacía en el ISS, pero lo único que se le dijo la asesora es que tenía más posibilidades de acceder a la pensión de vejez en el RAIS que en el RPM; eso mismo aconteció con los dos movimientos que hizo al interior del RAIS, ya que solo se mencionaban esos tres aspectos y se le brindaba un souvenir para cambiar de fondo.

Seguidamente, la apoderada judicial de los fondos privados de pensiones accionado lo ilustró sobre el derecho de retracto y del periodo de gracia que se presentó entre los años 2003 y 2004, para preguntarle porque no había hecho uso de esas herramientas legales para regresar en término al RPM, respondiendo el afiliado que no había hecho uso de ellos debido a que durante todo el tiempo que ha estado afiliado al RAIS no se le puso de presente esa información; posteriormente, la profesional del derecho le preguntó si había hecho

uso de los canales dispuestos por los fondos privados de pensiones para recibir información, respondiendo el demandante que no, que lo único que recibía por parte de esas entidades eran los extractos en los que se mostraban las cotizaciones efectuadas por sus empleadoras y el saldo acumulado en la cuenta de ahorro individual.

A continuación, la directora del proceso le preguntó si durante el proceso en el que se presentó el cambio de régimen pensional y posteriormente había recibido información adicional a la expuesta, contestando el actor que no, que lo único que se le dijo fue lo que ya indicó, agregando que se le entregaban unos folletos que contenía la publicidad de cada una de esas entidades en las que figuraba el nombre del correspondiente fondo privado de pensiones y los canales de atención, pero no contenía ninguna otra información; finalmente le dijo a la *a quo*, que cuando intentó regresar al régimen de prima media con prestación definida a través de Colpensiones, esa entidad le dijo que no era posible debido a que estaba a menos de diez años de cumplir los 62 años de edad.

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, cabe concluir que ni del formulario de afiliación, ni del interrogatorio de parte absuelto por el señor Jesús Germán Rusinque Forero, ni de ninguna de las pruebas allegadas al plenario se desprende el cumplimiento del deber legal de información por parte de la AFP Porvenir S.A., sin que tampoco exista prueba en el plenario que acredite que **la asimetría en**

la información que se produjo el 3 de mayo de 2001 dejó de prolongarse con el paso de los años, pues a pesar de que el accionante se movilizó dentro del RAIS y se mantuvo activo como cotizante dentro de ese régimen pensional durante veinte años, lo cierto es que en el plenario no quedó acreditado el cumplimiento del deber legal de información por parte de cada uno de los fondos privados de pensiones accionados, siendo del caso señalar que estos hechos, esto es, la movilidad dentro del RAIS y su permanencia en él durante todo ese tiempo, no demuestran per se los actos de correlacionamiento 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, contrario a lo concluido por la *a quo*, no es cierto que en este caso se hayan configurado los actos de relacionamiento de los que habla la Sala de Casación Laboral, ya que no existen pruebas en el proceso que demuestren que el señor Rusinque Forero 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 o en el RPM, ni mucho menos tiene

conocimiento sobre las diferentes modalidades de pensión existentes en el régimen de ahorro individual con solidaridad, además de no existir prueba que demuestre que a él se le dio la reasesoría antes de cumplir los 52 años, con el fin de que se le pusiera de presente su situación pensional y se le aconsejara a cuál de los dos regímenes pensionales le convenía estar afiliado; siendo del caso especificar que al rendir el interrogatorio de parte el actor hizo alusión a unos folletos que le entregaron las asesoras comerciales de los fondos privados de pensiones accionados, los cuales contenían la publicidad de cada uno de ellas, en la que se encontraba inmerso el nombre de la entidad con los canales de atención, sin que reconociera que en ellos se brindaba información sobre las características de los regímenes pensionales, pues por el contrario lo que dijo es que allí no había información frente a esos aspectos; 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 3 de mayo de 2001 no desapareció mientras el accionante estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Por lo expuesto, conforme con lo sentado por la Corte Suprema de Justicia, no queda otro camino que revocar en su integridad la decisión emitida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito, para en su lugar declarar la ineficacia del acto jurídico por medio del cual el accionante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad en la fecha referida

anteriormente, por lo que todos los actos posteriores ejecutados dentro del RAIS carecen de validez; quedando válida y vigente la afiliación primigenia efectuada por el accionante al RPM, actualmente administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones.

Así las cosas, al no tener ningún efecto jurídico el traslado efectuado por el señor Jesús Germán Rusinque Forero al régimen de ahorro individual con solidaridad, se condenará a la AFP Porvenir S.A., a la que se encuentra vinculado actualmente el afiliado, a que restituya a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones la totalidad del capital existente en la cuenta de ahorro individual correspondiente a las sumas provenientes de las cotizaciones o aportes efectuados al sistema general de pensiones, junto con sus intereses y rendimientos financieros, 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, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los gastos o cuotas de administración descontados por los fondos privados de pensiones durante la permanencia de los afiliados en esas entidades, motivo por el que se fulminará sentencia en contra de los

fondos privados de pensiones accionados en ese sentido, quienes deberán reintegrar esos dineros a Colpensiones por los periodos en los que estuvo afiliado el señor Rusinque Forero en cada una de ellas.

Bajo esa misma óptica, es del caso recordar que el traslado declarado ineficaz implica que ningún acto posterior al mismo produzca efectos, por lo que se condenará a las AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A. a cancelar a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores descontados durante la permanencia del afiliado en cada una de ellas y que estuvieron dirigidos a pagar las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como aquellos que fueron 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 afiliación al RAIS.

Al haber operado un traslado desde el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 3 de mayo de 2001, se generó en ese momento un bono pensional tipo A en favor del señor Jesús Germán Rusinque Forero, nacido el 18 de febrero de 1962 como se aprecia en su cédula de ciudadanía -pag.22

expediente digitalizado-, por lo que, a pesar de que no existe prueba que demuestre el estado actual de ese bono de deuda pública, lo cierto es que el mismo se redimiría normalmente el 18 de febrero de 2024, fecha en que el accionante cumple los 62 años de edad.

Así las cosas, como la declaratoria de ineficacia trae como consecuencia que las cosas se reestablezcan al estado en el que se encontraban el 3 de mayo de 2001, necesario resulta 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 3 de mayo de 2001, procediendo, entre otras cosas y de ser el caso, a anular o dejar sin vigencia el bono pensional que se generó en favor del señor Jesús Germán Rusinque Forero y que tenía como fecha de redención normal el 14 de diciembre de 2026, 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 de que el accionante se encuentra a menos de diez años de arribar a la edad mínima de pensión en el RPM, la verdad es que ese suceso no afecta en nada la decisión tomada en este proceso, por cuanto, como se ha explicado recurrentemente a lo largo de la presente providencia, la declaratoria de ineficacia trae como consecuencia jurídica que los actos emitidos a partir de ese momento

no tienen ninguna validez, lo que lleva a que las cosas se reestablezcan al estado en el que se encontraban, es decir, que al no haberse consumado legalmente el cambio de régimen pensional, el mismo no tiene validez y por tanto el demandante siempre ha estado afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por Colpensiones, lo que muestra que de ninguna manera se está ordenando un nuevo traslado entre regímenes pensionales y por tanto no se transgrede la prohibición legal prevista en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

En cuanto a las costas procesales en ambas instancias, teniendo en cuenta que las entidades accionadas se opusieron a la prosperidad de las pretensiones que surgieran en su contra por cuenta de la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS por parte del accionante y al haber sido vencidas en el proceso, conforme con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 365 del CGP se fulminará condena por este concepto en contra de ellas en un 100% y por partes iguales, a favor de la parte actora.

De esta manera queda resuelto el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial del señor Jesús Germán Rusinque Forero.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito el 28 de julio de 2021.

SEGUNDO. DECLARAR la ineficacia de la afiliación efectuada por el señor JESÚS GERMÁN RUSINQUE FORERO al régimen de ahorro individual con solidaridad el 3 de mayo de 2001 a través del fondo privado de pensiones PORVENIR S.A., y consecuentemente los movimientos efectuados por el accionante al interior del régimen de ahorro individual con solidaridad; quedando válida y vigente la afiliación primigenia efectuada por el accionante al régimen de prima media con prestación definida, ejecutada en ese entonces ante el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES.

TERCERO. CONDENAR al fondo privado de pensiones PORVENIR S.A. a girar a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del señor JESÚS GERMÁN RUSINQUE FORERO, proveniente de las cotizaciones efectuadas al sistema general de

pensiones, junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado.

CUARTO. CONDENAR al fondo privado de pensiones PORVENIR S.A a restituir, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexadas, las sumas de dinero que fueron descontadas al señor JESÚS GERMÁN RUSINQUE FORERO 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.

QUINTO. CONDENAR al fondo privado de pensiones COLFONDOS S.A. a reintegrar con cargo a sus propios recursos y debidamente indexadas, las sumas de dinero que fueron descontadas al demandante 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 de invalidez y sobrevivientes; a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES.

SEXTO. 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 3 de mayo de 2001, procediendo, entre otras cosas y de ser el caso, a anular o dejar sin vigencia, el bono pensional que se generó a favor del señor JESÚS GERMÁN RUSINQUE FORERO y que tenía como fecha de redención normal el 18 de febrero de 2024.

SÉPTIMO. CONDENAR en costas en ambas instancias a las entidades accionadas en un 100% y por partes iguales, a favor de la parte actora.

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

Quienes integran la Sala,

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
Magistrado Ponente
Aclara Voto

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN
Magistrada

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO
Magistrado

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

Firmado Por:

Julio Cesar Salazar Muñoz
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 2 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

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

German Dario Goez Vinasco
Magistrado
Sala 003 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**7be6371ce98fed1409c066fc7506509fcff8ed10deaf9e5bbca56c464ee
13318**

Documento generado en 09/02/2022 07:00:05 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la
siguiente URL:**

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>