

**Constancia Secretarial:** vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 29 de abril de 2021, la totalidad de los intervinientes remitieron en término los alegatos de conclusión al correo institucional, tal y como se ve en las constancias de recepción que obran en el expediente digitalizado.

Pereira, 19 de mayo de 2021.

**DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ**

Secretario

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

**PEREIRA, ONCE DE JUNIO DE DOS MIL VEINTIUNO**

Acta de Sala de Discusión No 089 de 8 de junio de 2021

**SENTENCIA ESCRITA**

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito el 8 de marzo de 2021, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de COLPENSIONES, dentro del proceso promovido por la señora GLORIA ESPERANZA JAIME ORTEGA, cuya radicación corresponde al N°66001310500320190054001.

Se reconoce personería para actuar dentro del proceso de la referencia a la doctora MARILUZ GALLEGU 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 el pasado 6 de mayo de 2021, incluido debidamente en el expediente digitalizado.

## **ANTECEDENTES**

Pretende la señora Gloria Esperanza Jaime Ortega que la justicia laboral declare la nulidad de la afiliación efectuada el 6 de marzo de 1996 al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Colfondos S.A. y consecuentemente que se declare válida y vigente la afiliación primigenia efectuada al régimen de prima media con prestación definida. Con base en esas declaraciones aspira que se condene a los fondos privados de pensiones demandados a girar la totalidad de los emolumentos a que haya lugar, además de las costas procesales a su favor.

Refiere que: nació el 21 de octubre de 1963, afiliándose al régimen de prima media con prestación definida en el mes de junio de 1986, en donde realizó cotizaciones interrumpidas hasta antes del 6 de marzo de 1996, día en que suscribió el formulario de afiliación con la AFP Colfondos S.A., trasladándose de esa manera al régimen de ahorro individual con solidaridad; para dar ese paso, un asesor comercial de ese fondo privado de pensiones le dijo que: i) La mesada pensional sería mucho más alta en ese régimen pensional, ii) si no quería pensionarse, podía pedir la devolución de saldos junto con el valor del bono pensional, iii) el Instituto de Seguros Sociales iba a desaparecer, por lo que sus aportes quedarían en riesgo de perderse; el movimiento posterior efectuado en el año 1999 a la AFP Protección S.A. lo hizo porque un agente comercial de esa sociedad le aseguró que en esa entidad podía alcanzar una pensión mucho más alta que la que se le ofrecía en Colfondos S.A.. El 29 de noviembre de 2019, ante solicitud

elevada por ella, la Administradora Colombiana de Pensiones negó su retorno al RPM, expresándosele que estaba a menos de diez años de arribar a la edad mínima de pensión.

Al contestar la demanda -pag.188 a 192 del archivo 01.- la Administradora Colombiana de Pensiones manifestó que el traslado de la accionante al RAIS operó bajo el imperio de la Ley, agregando que en este tipo de procesos no es posible acceder a las pretensiones porque la mayoría de los afiliados se encuentran inmersos en la prohibición legal establecida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003. Se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de mérito que denominó “Inexistencia de la obligación demandada” y “Prescripción”.

La AFP Colfondos S.A. contestó el libelo introductorio -pag.1 a 16 del archivo 05- asegurando que la afiliación de la accionante al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuada a través de esa entidad el 6 de marzo de 1996 cumplió con el lleno de los requisitos que la Ley exigía en ese momento, como se desprende del acto voluntario de suscripción del formulario de afiliación; por cuanto la información que se le brindó antes de que estampara su firma en ese documento fue completa, veraz y oportuna. En todo caso, de haberse presentado el vicio en el consentimiento que se alega, él se saneó por el paso del tiempo como lo prevé el artículo 1750 del Código Civil. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y planteó las excepciones de mérito que denominó “Validez y eficacia de la afiliación al RAIS e Inexistencia de vicios en el consentimiento”, “Saneamiento de la eventual nulidad relativa”, “Inexistencia de la obligación de trasladar la comisión de administración en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS”, “Inexistencia de la obligación de trasladar el pago al seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al

RAIS”, “Pago”, “Compensación”, “Prescripción”, “Buena fe” e “Innominada o genérica”.

A su turno, la AFP Protección S.A. respondió la acción -pag.1 a 29 del archivo 08- sosteniendo que, a pesar de que el traslado al RAIS de la señora Gloria Esperanza Jaime Ortega no se hizo a través de esa entidad, lo cierto es que el acto ejecutado por ella el 6 de marzo de 1996 fue un acto consciente en el que expresó su voluntad de pertenecer a ese régimen pensional, razón por la que no ha sido víctima de la inducción a error que proclama, ratificando esa voluntad de permanecer en el RAIS, con el movimiento realizado a la AFP Protección S.A. en el año 1999, continuando afiliada por más de veinte años en ese régimen pensional, sin que hubiere hecho uso de las herramientas legales que le permitían su retorno en tiempo al régimen de prima media con prestación definida. Sin embargo, de acreditarse eventualmente que existió un vicio en su consentimiento, la verdad es que él se saneó por el paso del tiempo. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y planteó las excepciones de fondo de “Genérica o innominada”, “Buena fe”, “Prescripción”, “Compensación”, “Exoneración de condena en costas”, “Inexistencia de la obligación”, “Falta de causa para pedir”, “Falta de legitimación en la causa y/o ausencia de personería sustantiva por pasiva de mi representada”, “Inexistencia de la fuente de la obligación”, “Inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad”, “Ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados por parte de esta entidad llamada a juicio”, “Afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado”, “Excepción de mérito seguro provisional” y “Excepción de mérito cuotas de administración”.

En sentencia de 8 de marzo 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 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 Gloria Esperanza Jaime Ortega, esto es, las características de ambos regímenes pensionales con sus ventajas y desventajas, razón por la que declaró ineficaz el traslado al RAIS surtido el 6 de marzo de 1996; motivo por el que declaró también válida y vigente la afiliación primigenia efectuada al régimen de prima media con prestación definida por medio del Instituto de Seguros Sociales.

Como consecuencia de esas declaraciones, la *a quo*, en la parte considerativa de la providencia expresó que la AFP Protección S.A. a la que se encuentra vinculada actualmente, debía girar a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones la totalidad del capital que se encuentra acumulado en la cuenta de ahorro individual de la actora, indicando que allí debían estar incluidos los aportes, intereses, frutos y rendimientos financieros, bonos pensionales en caso de existir, así como los gastos de administración y las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, sin embargo, al momento de emitir la parte resolutive de la providencia simplemente le ordenó al fondo privado de pensiones Protección S.A., al que se encuentra afiliada actualmente, que *“proceda a remitir ante COLPENSIONES el capital que aparece en la cuenta de ahorro individual en los términos que se explicaron en precedencia.”*, es decir, sin pormenorizar detalladamente los conceptos incluidos allí.

Finalmente, respecto a la AFP Colfondos S.A., únicamente la condenó a cancelar las costas procesales en un 100% a favor de la parte actora,

al haber sido la entidad con la que se generó el cambio de régimen pensional.

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

La apoderada judicial de la AFP Colfondos S.A. sostuvo que esa entidad cumplió con el deber legal de información que le asistía con la afiliada para el año 1996, ejecutando su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad bajo los postulados exigidos en la Ley y la jurisprudencia de la época, tal y como quedó demostrado con el formulario de afiliación suscrito por la señora Jaime Ortega de manera libre, voluntaria y sin presiones, lo cual fue corroborado en el interrogatorio de parte, en el que adicionalmente la accionante reveló haber recibido información por parte del asesor comercial de esa entidad.

Igualmente considera que la demandante ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS con el movimiento posterior efectuado a la AFP Protección S.A. y con las cotizaciones realizadas en ese régimen pensional durante más de veinte años, lo que demuestra los actos de relacionamiento de los que trata la sentencia SL3752 de 2020 emitida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En cuanto a las consecuencias que genera una eventual ratificación de la declaratoria de ineficacia, señala que únicamente es jurídicamente viable la restitución de los valores recibidos por concepto de aportes y cotizaciones al sistema general de pensiones, de los cuales ya se desprendió en el momento en el que la demandante pasó a la AFP Protección S.A. en el año 1999.

No es posible que se emita condena en costas en su contra, por cuanto las actuaciones ejecutadas se han efectuado dentro del marco de la ley y en aplicación del principio de la buena fe.

El apoderado judicial de la AFP Protección S.A. solicitó la revocatoria de la sentencia proferida por la a quo argumentando que la línea jurisprudencial emitida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que lleva a emitir este tipo de decisiones, contrarían abiertamente las disposiciones legales que regulan la materia objeto de estudio, en otras palabras, la actual línea jurisprudencial del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral viola la ley, no respeta los principios de consonancia y congruencia, confunde la teoría de la caducidad de las acciones con la prescripción, ordena la aplicación de las facultades extra y ultra petita a los jueces de segunda instancia, entre muchas otras deficiencias que compone la actual postura jurisprudencial, como por ejemplo no otorgarle el valor que la ley le ha dado a la voluntad de suscripción del formulario de afiliación a los fondos privados de pensiones; sin haberse dado cuenta, que lo que verdaderamente se alega en estos casos es una insatisfacción de orden económica, ya que lo que quieren la totalidad de los demandantes es retornar a un régimen pensional que le ofrece la posibilidad de soportar la mesada pensional en los aportes efectuados por una base solidaria de cotizantes, mientras que en el RAIS se hace justicia, en consideración a que la mesada que se otorga es la que realmente se puede financiar con los propios aportes efectuados por el afiliado.

También estima que las sumas por concepto de gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y la garantía de pensión mínima, son rubros que deben ser cobrados por la entidad por ministerio de la ley, razón por la que no

es dable su devolución a Colpensiones, resultando incoherente que se ordene el restablecimiento de las cosas al estado en el que se encontraban, cuando se condena a esa entidad a remitir la totalidad de los frutos y rendimientos financieros que fueron obtenidos precisamente por la excelente administración de la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo que se constituye en un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

Por su parte, el apoderado judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones, coincidió con el fondo privado de pensiones Colfondos S.A., en el sentido de señalar que esa entidad cumplió con la carga probatoria que le incumbía, demostrándose con el formulario de afiliación allegado al plenario, que le brindó a su afiliada la información que la Ley exigía para el 6 de marzo de 1996; concordando también con la entidad codemandada, en que la actora ejecutó actos de relacionamiento que permiten concluir que ella de manera libre y voluntaria quiso permanecer afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad.

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

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Conforme se dejó plasmado en la constancia emitida por la Secretaría de la Corporación, la totalidad de los intervinientes hicieron uso del derecho a presentar alegatos de conclusión en término.

En cuanto al contenido de los alegatos de conclusión remitidos por las entidades recurrentes, 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 cada una de ellas coinciden con los expuestos en la sustentación de los recursos de apelación.

Por su parte, la apoderada judicial de la actora solicitó la confirmación integral de la sentencia emitida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito el 8 de marzo de 2021.

### **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 Gloria Esperanza Jaime Ortega al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada el 6 de marzo de 1996?**

**¿Con el movimiento efectuado por la demandante dentro del RAIS y su permanencia en ese régimen pensional 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?**

**¿Tienen razón los fondos privados demandados cuando afirman que solamente es viable ordenar el traslado de los dineros provenientes de los aportes o cotizaciones al sistema general de pensiones?**

**En virtud del grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de Colpensiones ¿Hay lugar a condenar a la AFP Colfondos S.A. a restituir a Colpensiones algún tipo de emolumento?**

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

**¿Existe algún inconveniente en torno a que la afiliada haya arribado a la edad mínima de pensión prevista en el RPM?**

**¿Hay lugar a absolver a la AFP Colfondos S.A. de la condena en costas procesales fulminada en el curso de la primera instancia?**

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.**”.* (Negritas 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:*

<b><i>Etapas acumulativas</i></b>	<b><i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i></b>	<b><i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i></b>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>

	<i>laborales y autonomía personal</i>	
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014, Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

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

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

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

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

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

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

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

#### **4. Carga de la prueba.**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Y más adelante continuó expresando:

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

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

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

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

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

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

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

*“En ese orden de ideas, se advierte que, si bien las conclusiones del Tribunal fueron inicialmente desacertadas, en el sentido de asignarle la carga de probar al afiliado*

*los presuntos vicios del consentimiento en los que incurrió y no a las administradoras de pensiones, lo cierto es que tal desatino no sería relevante teniendo en cuenta la situación jurídica concreta de la señora Lara Rodríguez.*

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

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

## **CASO CONCRETO**

Conforme se expuso en el primer punto del fundamento jurisprudencial, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene definido que la acción que se debe estudiar cuando se reclama la ausencia total o parcial del deber de información por parte de los fondos privados de pensiones, no es otra que la ineficacia del acto jurídico que permitió el traslado entre regímenes pensionales, por lo que al haber orientado 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 traslado de la 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°337154 -pag.63 archivo 01 del expediente digitalizado-, la señora Gloria Esperanza Jaime Ortega se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad el 6 de marzo de 1996 cuando se vinculó a la AFP Colfondos S.A., sin embargo, la 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 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 6 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 Gloria Esperanza Jaime Ortega en la casilla denominada “*voluntad de selección y 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 Gloria Esperanza Jaime Ortega, ante las preguntas efectuadas por los apoderados judiciales de las entidades accionadas y de la directora del proceso, manifestó que en el año 1996 los asesores comerciales de la AFP Colfondos S.A. visitaron

las instalaciones de la empresa en la cual prestaba sus servicios y en una reunión colectiva, se les dijo que el ISS iba a desaparecer, por lo que la mejor opción que tenían era trasladarse al RAIS, asegurándoseles que en ese régimen pensional y en particular en ese fondo privado, podían obtener grandes beneficios que se circunscribían en tener una cuenta privada de ahorro individual que podía generar intereses y rendimientos financieros y que la mesada pensional sería mucho más alta, afirmándose que sus aportes en el ISS estaban en riesgo de perderse, sin embargo, no se le explicó nada sobre el uso del derecho de retracto, ni sobre las consecuencias negativas que traería su paso al régimen de ahorro individual con solidaridad; indicó que en el año 1999 se pasó a la AFP Protección S.A., porque un asesor comercial de esa entidad le aseguró que esos mismos beneficios económicos de los que le habían hablado, serían mejores en ese fondo privado de pensiones; finalmente sostuvo que en ninguna de las dos asesorías se le informó sobre el periodo de gracia, ni mucho menos se le hizo saber que la fecha límite para retornar al régimen de prima media coincidía con el cumplimiento de los 47 años de edad.

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, del formulario de afiliación y del interrogatorio de parte absuelto por la señora Gloria Esperanza Jaime Ortega, 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., sin que tampoco exista prueba en el plenario que acredite que la asimetría en la información que se produjo el 6 de marzo de 1996 dejó de prolongarse con el paso de los años, pues a pesar de que la accionante se movilizó dentro del RAIS, más precisamente a la AFP Protección S.A. en el año 1999 y que se ha mantenido por más de veinte años afiliada a ese régimen pensional, lo cierto es que esa entidad tampoco acreditó haberle puesto de presente a la afiliada la información mínima que la ley exigía para ese momento

histórico y por el contrario, lo que hizo fue prologar esa asimetría que se presentó con el traslado entre regímenes pensionales, ya que no hizo uso de sus canales informativos para ponerle de presente a su afiliada la posibilidad que tenía de retornar al régimen de prima media durante el periodo de gracia dispuesto en el Decreto 3008 de 2003, ni mucho menos le informó sobre la limitación de retornar al RPM después de cumplir los 47 años de edad; siendo evidente, por el contrario, que una vez tuvo conocimiento que al arribar a los 57 años de edad tan solo podía acceder a la garantía de pensión mínima, tal y como se lo hizo saber la AFP Protección S.A. en documento emitido el 28 de noviembre de 2019 -pags.31 a 36- inmediatamente después, esto es, el 18 de diciembre de 2019 -pag.164- inició la presente acción con el objeto de devolver las cosas al estado en el que se encontraban antes de que se materializara el traslado del RPM al RAIS.

Por lo expuesto, no les asiste razón a la AFP Colfondos S.A. y a la Administradora Colombiana de Pensiones cuando afirman que a la accionante se le brindó la información que por ley correspondía y que se presentaron actos de relacionamiento que hicieron desaparecer la asimetría en la información que se produjo el 6 de marzo de 1996, motivo por el que, indefectiblemente, conforme con lo sentado por la Corte Suprema de Justicia, 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 en la fecha referida anteriormente, por lo que todos los actos posteriores ejecutados dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad carecen de validez.

Así las cosas, al no tener ningún efecto jurídico el traslado efectuado por la señora Gloria Esperanza Jaime Ortega al régimen de ahorro

individual con solidaridad, se confirmará la condena emitida por la *a quo* en contra de la AFP Protección S.A. a la que se encuentra afiliada actualmente, consistente en girar a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones el capital existente en la cuenta de ahorro individual, pero para mayor claridad, se modificará el ordinal tercero de la sentencia recurrida en el sentido de pormenorizar que los emolumentos que debe reintegrar ese fondo privado de pensiones son los provenientes de las cotizaciones 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 SL1688 de 8 de mayo de 2019 en la que la Corte Suprema de Justicia indicó 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, tal y como en su momento lo expresó la falladora de primer grado en la parte motiva de la providencia, sin embargo, no puede perderse de vista que el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral sentó en esa providencia que la restitución de esas sumas de dinero debe realizarse con cargo a los propios recursos de la AFP Protección S.A. y debidamente indexados; por lo que siguiendo esa línea jurisprudencial, en atención al grado jurisdiccional de consulta y con el objeto de que quede debidamente consignada la orden en la providencia, se adicionará la sentencia emitida por el juzgado de conocimiento en ese sentido.

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 correcta resultó la consideración expresada por la *a quo* en la parte motiva de la providencia consistente en que la AFP Protección S.A. debe cancelar los valores que descontó a la actora para pagar las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, sin embargo, no tuvo en cuenta la funcionaria de primera instancia que la devolución de esos emolumentos debe hacerse con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, razón por la que, acudiendo nuevamente al grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de Colpensiones, se adicionará la sentencia objeto de análisis en ese sentido, condenando adicionalmente a Protección S.A. a reintegrar las sumas descontadas durante la permanencia de la actora en esa entidad y que estuvieron dirigidas a financiar la garantía de pensión mínima, también con cargo a sus recursos y debidamente indexados; sin que con esa decisión se esté afectando los intereses de terceros que no asistieron al proceso, 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.

De acuerdo con las mismas consideraciones realizadas anteriormente y teniendo en cuenta que la accionante estuvo afiliada a la AFP Colfondos S.A. entre el 6 de marzo de 1996 y 20 de enero de 1999, acudiendo nuevamente al grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de Colpensiones, se adicionará la sentencia proferida el 8 de marzo de 2021 en el sentido de condenar también a ese fondo privado de pensiones a restituir con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores que descontó durante la permanencia de la afiliada a esa entidad y que estuvieron direccionados a cancelar los gastos o cuotas de administración, los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y los dirigidos a financiar la garantía de pensión mínima.

En este punto de la providencia es pertinente referir que al haber operado un traslado desde el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 6 de marzo de 1996, se generó en ese momento un bono pensional tipo A en favor de la señora Gloria Esperanza Jaime Ortega, nacida el 21 de octubre de 1963 como se aprecia en su cédula de ciudadanía -pag.28 archivo 01-, 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 21 de octubre de 2023, fecha en que la accionante cumple los 60 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 6 de marzo de 1996, necesario resulta modificar el ordinal tercero de la sentencia objeto de estudio, con el fin de no incluir dentro de la condena la restitución de los bonos pensionales en caso de existir, como lo consideró la *a quo*, para posteriormente añadirla 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 6 de marzo de 1996, 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 Jaime Ortega y que tenía como fecha de redención normal el 21 de octubre de 2023, 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 la accionante arribó a los 57 años de edad el pasado 21 de octubre de 2020, 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.

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

Como quiera que en la sentencia STL10364-2020 la Sala de Casación Laboral instó a esta Sala a tener en cuenta que la condena en costas se debe fulminar con independencia de los factores subjetivos que pudieren existir en favor de la persona que resulte vencida o de aquella a quien se resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, las costas en esta instancia corren a cargo de las entidades recurrentes en un 100% y por partes iguales, a 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 para adicionar el ordinal TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito, el cual quedarán así:

*“**TERCERO. CONDENAR** al fondo privado de pensiones PROTECCIÓN S.A. a girar a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la señora GLORIA ESPERANZA JAIME ORTEGA, proveniente de las cotizaciones efectuadas al sistema general de pensiones, junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado.*

**SEGUNDO. ADICIONAR** la sentencia proferida el 8 de marzo de 2021, en el sentido de **CONDENAR** a los fondos privados de pensiones PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. a reintegrar con cargo a sus propios recursos y debidamente indexadas, las sumas de dinero que fueron descontadas a la demandante durante su permanencia en cada una de esas entidades 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.

**TERCERO. ADICIONAR** la sentencia emitida por el Juzgado Tercero 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 6 de marzo de 1996, 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 GLORIA ESPERANZA JAIME ORTEGA y que tenía como fecha de redención normal el 21 de octubre de 2023.

**CUARTO. CONFIRMAR** la sentencia recurrida y consultada en todo lo demás.

**QUINTO. CONDENAR** en costas en esta instancia a las entidades recurrentes en un 100% y por partes iguales, a favor de la parte actora.

Notifíquese a las partes por estado y a través del correo electrónico registrado por sus apoderados en la Secretaría de esta Corporación

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**

**DESPACHO 2 SALA LABORAL TRIBUNAL SUPERIOR PEREIRA**

**ANA LUCIA CAICEDO CALDERON**

**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**

**DESPACHO 1 SALA LABORAL TRIBUNAL SUPERIOR PEREIRA**

**GERMAN DARIO GOEZ VINASCO**

**MAGISTRADO**

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 003 SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD 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:

**c4b64103554446c39afc6c56d4335f3f2e9b831442344165f5aad98247795396**

Documento generado en 11/06/2021 07:07:37 AM