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., PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., OLD MUTUAL S.A. hoy SKANDIA S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito el 20 de enero de 2021, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de COLPENSIONES, dentro del proceso promovido por la señora CLARA INÉS BELTRÁN HERRERA, cuya radicación corresponde al N°66001310500420190034301.

Se reconoce personería para actuar dentro del proceso de la referencia a la doctora PAULA ANDREA MURILLO BETANCUR, 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 30 de abril de 2021, incluido debidamente en el expediente digitalizado.

ANTECEDENTES

Pretende la señora Clara Inés Beltrán Herrera que la justicia laboral declare la nulidad de la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad 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 20 de enero de 1961, afiliándose al régimen de prima media con prestación definida el 2 de junio de 1987; suscribió formulario de afiliación el 3 de octubre de 1994 con la AFP Colfondos S.A., sin haber recibido la información que por Ley debía brindarle esa entidad, ya que uno de sus agentes comerciales solamente le dijo que en ese régimen pensional, la mesada de la pensión de vejez sería mucha más alta que la del RPM y que si no quería recibir la pensión, podía reclamar la devolución de saldos de su cuenta de ahorro individual junto con el valor del bono pensional; el 4 de septiembre de 1995 se movilizó hacía la AFP Protección S.A., debido a que uno de sus asesores le dijo que en ese fondo podría obtener mejores rendimientos financieros; en el mes de febrero de 1999 pasó a la AFP Porvenir S.A., porque se le aseguró que ese fondo privado era el único que realmente tenía solidez financiera; el 30 de abril de 2007 se movió hacía la AFP Old Mutual S.A. hoy Skandia S.A., quien le dijo a través de uno de sus agentes comerciales, que su mesada pensional sería mucho más alta y

que podría obtener mejores rendimientos financieros, retornando posteriormente a la AFP Porvenir S.A. en la que se encuentra actualmente. El 10 de enero de 2018, la Administradora Colombiana de Pensiones negó la petición de traslado al RPM elevado por ella, argumentando que se encontraba a menos de diez años de arribar a la edad mínima de pensión en ese régimen pensional.

Al dar respuesta a la demanda -pags.257 a 279- la AFP Old Mutual S.A. hoy Skandia S.A. únicamente se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra, por cuanto esa entidad nada tuvo que ver en el traslado de la afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, exponiendo que en el momento que ella pasó a ese fondo privado de pensiones, la entidad cumplió con el lleno de los requisitos exigidos en la época. Formuló las excepciones de mérito que denominó “Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación”, “Old Mutual no participó ni intervino en el momento de selección de régimen”, “Convalidación del acto jurídico”, “La demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de su edad y tiempo cotizado”, “Ausencia de configuración de causales de nulidad”, “Inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS”, “Ausencia de falta al deber de asesoría e información”, “Los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante”, “Prescripción”, “Buena fe” y “Genérica”.

El fondo privado de pensiones Protección S.A. respondió la acción -pags.20 a 51 del segundo cuaderno- manifestando que a pesar de que el acto que produjo el traslado de la señora Clara Inés Beltrán Herrera al RAIS no se realizó a través de esa entidad, la verdad es que según los documentos que acompañan la demanda muestran que ese suceso fue completamente lícito y ajustado a derecho en la medida en que su

voluntad fue consciente de las consecuencias jurídicas que ello generaría, agregando que la accionante no ha sido víctima de la inducción a error que proclama dentro del escrito inaugural. Se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso las excepciones de mérito que denominó “Genérica o innominada”, “Prescripción”, “Buena fe”, “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 previsional”, “Excepción de mérito cuotas de administración”.

La Administradora Colombiana de Pensiones contestó la demanda -pags.85 a 95 del segundo cuaderno- oponiéndose a la totalidad de las pretensiones señalando que el paso de la accionante al régimen de ahorro individual con solidaridad se efectuó con el lleno de los requisitos exigidos en la Ley, sin que se evidencie la configuración de uno de los vicios del consentimiento como lo insinúa la actora en la demanda, pero si así hubiere acontecido, la nulidad relativa que de allí se desprendería se saneó por el paso del tiempo. Formuló las excepciones de mérito que denominó “Inexistencia de la obligación”, “Prescripción”, “Imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal”, “Buena fe”, “Imposibilidad de condena en costas”, “Compensación” y “Genérica”.

Por su parte, la AFP Colfondos S.A. dio respuesta al libelo introductorio -pags.180 a 195 del segundo cuaderno- asegurando que ese fondo privado de pensiones con el que se surtió el cambio de régimen

pensional el 3 de octubre de 1994 se efectuó con el lleno de los requisitos exigidos en la ley, al haberse realizado de manera libre, voluntaria y sin presiones, como consta en el correspondiente formulario de afiliación. En caso de que ese acto hubiere estado viciado como lo sostiene la demandante, la nulidad que de allí se desprendería se saneó por el paso del tiempo. Se opuso a las prosperidad de las pretensiones y planteó las excepciones de fondo de “Validez de la afiliación al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos, 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”.

El fondo privado de pensiones Porvenir S.A. contestó la acción - pags.204 a 219 del segundo cuaderno- oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, alegando que la afiliación de la accionante al RAIS se ejecutó después de que se le pusiera de presente la información que la ley exigía para la época, tal y como también lo hizo esa entidad en los momentos en los que la actora se vinculó a ese fondo privado de pensiones. Propuso las excepciones de mérito de “Validez de la afiliación al fondo de pensiones obligatorias administrado por Porvenir, 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 declarare 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”, “Prescripción”, “Buena fe” e “Innominada o genérica”.

En sentencia de 20 de enero de 2021, la funcionaria de primera instancia, aplicando en su integridad la jurisprudencia que sobre el tema ha emitido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluyó que el cambio de régimen pensional efectuado por la accionante el 3 de octubre de 1994 es ineficaz, por cuanto la AFP Colfondos S.A. con la que se surtió ese acto jurídico, no cumplió con la carga probatoria consistente en demostrar que le brindó a la afiliada la información que la ley exigía para ese momento histórico, motivo por el que declaró ineficaz el traslado de la señora Clara Inés Beltrán Herrera del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, manifestando que todos los actos posteriores carecen de validez.

A continuación, y después de verificar que la señora Beltrán Herrera se encuentra afiliada actualmente a la AFP Porvenir S.A., la condenó a restituir la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con sus intereses y rendimientos financieros, además del valor del bono pensional en caso de existir.

Así mismo condenó a la totalidad de los fondos privados de pensiones accionados, a reintegrar con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, las sumas descontadas a la afiliada durante su permanencia en cada una de ellas y que estuvieron destinadas a cubrir los gastos o cuotas de administración, la garantía de pensión mínima y los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes.

Finalmente condenó a la AFP Colfondos S.A. en costas procesales en un 100% a favor de la parte actora.

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

La apoderada judicial de los fondos privados de pensiones Colfondos S.A. y Porvenir S.A. sostuvo que no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda, en la medida en que la acción elevada por la señora Clara Inés Beltrán Herrera no es la adecuada para resolver este tipo de casos en los que existe una auténtica inconformidad económica, siendo la acción de resarcimiento de perjuicios prevista en el Decreto 720 de 1994 la llamada a solucionar este tipo de inconformidades. En caso de que ese argumento no salga avante, estima que con las pruebas adosadas al plenario se demostró que la AFP Colfondos S.A. cumplió con la carga probatoria que le correspondía, ya que se demostró que le brindó a la accionante la información necesaria que la ley exigía para el 3 de octubre de 1994, advirtiéndole que del interrogatorio de parte no pueden tomarse los aspectos que le son favorables a la parte actora, sino los que le son desfavorables.

Si en gracia de discusión se confirma la declaratoria de ineficacia, considera que los únicos rubros que deben ser reintegrados son los concernientes a los aportes o cotizaciones al sistema general de pensiones, por cuanto los demás emolumentos fueron cobrados como consecuencia de la afiliación de la demandante al RAIS y por ministerio de la ley, realizando una excelente gestión de su cuenta de ahorro individual y permitiendo el cubrimiento de las contingencias de invalidez y sobrevivientes en los periodos en que estuvo afiliada a cada una de esas entidades, agregando que esa devolución con cargo a sus recursos y debidamente indexada representa un enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones y un detrimento patrimonial de los fondos privados de pensiones. Finalmente, respecto a las costas procesales

impuestas a Colfondos S.A., solicita su absolución, por cuanto esa entidad ha enmarcado su accionar en el estricto cumplimiento de la ley y la aplicación del principio de la buena fe.

Por su parte el apoderado judicial de la AFP Protección S.A. sostiene que la línea jurisprudencial que soporta este tipo de sentencias vulnera la constitución, la ley y los principios generales del derecho, explicando a renglón seguido que, la acción tendiente a resolver este tipo de procesos es la resarcitoria de perjuicios establecida en el artículo 10 del Decreto 720 de 1994 y no la de nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales que viene profesando insistentemente la Corte Suprema de Justicia. Dentro de ese marco, asegura que se contrarían las normas procesales, cuando la prueba que soporta la decisión proviene directamente del interrogatorio de parte, que como bien es sabido solo puede tenerse en cuenta en la medida en que de ella se desprenda una confesión, sin embargo, como viene sucediendo, esa prueba se toma para favorecer los intereses de la propia parte actora.

Es incomprensible que se ordene la devolución de los gastos o cuotas de administración, el valor de las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, ya que esos rubros fueron cobrados por orden de la ley; pero resulta aún mas desatinado, que se ordene la devolución de esos dineros y de los rendimientos financieros, ya que los rendimientos se obtienen por la gestión de los fondos privados de pensiones, por lo que siendo así las cosas, las entidades deben conservar el valor de los gastos de administración que permitieron que se hiciera una gestión en pro de la cuenta de ahorro individual de la accionante.

Se vulnera también el principio de congruencia, ya que en la demanda no existe ninguna pretensión dirigida en contra de los fondos privados

de pensiones, solicitando la restitución de todos aquellos emolumentos que son ordenados por los jueces.

La apoderada judicial de la AFP Old Mutual S.A, hoy Skandia S.A. coincide con los planteamientos que efectúa su antecesor respecto a la equivocada decisión de reintegrar los gastos de administración y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. En caso de que se confirme esa decisión, considera que los dineros que fueron cobrados por ese concepto se encuentran cobijados por el fenómeno de la prescripción.

A su turno, el apoderado judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones sostiene que en este caso quedó probada la voluntad de la afiliada, no solamente de trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad el 3 de octubre de 1994, sino también de permanecer en ese régimen pensional por mas de veinte años, tal y como se acredita con los movimientos efectuados por ella al interior del RAIS y las cotizaciones efectuadas en ese largo periodo. Estima que esa entidad no está llamada a recibir a los afiliados que están próximos a pensionarse, ya que esa carga pone en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema.

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, tanto la apoderada judicial de la parte actora solicita la confirmación integral de la sentencia emitida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito.

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 Clara Inés Beltrán Herrera al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada el 3 de octubre de 1994?

¿Con los movimientos efectuados 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?

¿Les asiste razón a los fondos privados de pensiones accionados cuando afirman que solo es viable la restitución de los dineros provenientes de las cotizaciones al sistema general de pensiones?

En caso de que no sea así ¿Le son aplicables a dichos emolumentos el término trienal de prescripción previsto en el artículo 151 del CPT y de la SS?

¿Qué decisión debe adoptarse ante la posibilidad de que se haya redimido 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:

Etapas acumulativas	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	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

	<i>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</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 y 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; por lo que bajo esa única y exclusiva postura, no les asiste razón a las entidades

recurrentes cuando afirman que la acción tendiente a resolver este tipo de controversias es la resarcitoria de perjuicios prevista en el artículo 10 del Decreto 720 de 1994.

Resuelto lo anterior, se tiene entonces que con la solicitud de vinculación N°491587 -pag.74 del primer cuaderno-, la señora Clara Inés Beltrán Herrera se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad el 3 de octubre de 1994 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 totalidad de la información sobre las consecuencias que conllevaba tomar esa decisión; viciándose de esa manera su consentimiento.

Conforme con lo señalado por la demandante, se procederá a verificar, siguiendo, única y exclusivamente las reglas jurisprudenciales expuestas anteriormente, si la AFP Colfondos S.A. -quien tiene la carga probatoria en este tipo de procesos (como se explicó en el punto cuatro del fundamento jurisprudencial)-, cumplió con el deber legal de información que le correspondía para el 3 de octubre de 1994 (primera etapa).

En lo que concierne al formulario de afiliación, más allá de que en dicho documento se evidencia la rúbrica de la señora Clara Inés Beltrán Herrera 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 Clara Inés Beltrán Herrera manifestó que en el año 1994 cuando se encontraba trabajando con Concasa, un asesor comercial de la AFP Colfondos S.A. visitó las instalaciones de esa entidad y en una reunión colectiva les dijo que el Instituto de Seguros Sociales iba a desaparecer y con él los aportes que ellos habían efectuado hasta ese momento en toda su vida laboral y a continuación les preguntó que si ellos tenían conocimiento de cuanto era el dinero que representaba esas cotizaciones, respondiendo todos de manera negativa, razón por la que el asesor les dijo que ellos si iban a estar pendientes del valor de sus cotizaciones, y para reforzar su relato, les mostró unos recortes de periódico en donde se leía que el ISS no estaba reconociendo las pensiones de vejez a sus afiliados; esa información la hizo entrar en pánico y fue lo que conllevó a que tomara la decisión de trasladarse al RAIS; indicó que en esa reunión finalizó después de que se les dijera que podía pensionarse con una mesada mucho más alta producto de los rendimientos financieros, pero que si no quería acceder a la gracia pensional, independientemente de que tuviera los requisitos para pensionarse, podía retirar la totalidad del saldo de la cuenta de ahorro individual.

Ante varios interrogantes efectuados por los apoderados judiciales, la actora informó que los cambios de fondos privados los efectuaba cada que cambiaba de trabajo, ya que en esos momentos los asesores comerciales de esas entidades se encontraban en las oficinas de recursos humanos, sin embargo, como veían que ella ya estaba en el RAIS, solamente le decían que el fondo correspondiente tenía mayor solidez financiera, pero no se le suministraba más información.

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, del formulario de afiliación y del interrogatorio de parte absuelto por la señora Clara Inés Beltrán Herrera, 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 3 de octubre de 1994 dejó de prolongarse con el paso de los años, pues no se acreditaron actos expresos o tácitos por parte de la accionante que permitieran concluir que su conocimiento sobre las características de los regímenes pensionales que componen el sistema general de pensiones le permitieron tomar la decisión de continuar afiliada al RAIS a sabiendas de las consecuencias que ello le traía; por lo que no le asiste razón al apoderado judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones cuando afirma en la sustentación del recurso de apelación que los movimientos efectuados por la señora Beltrán Herrera al interior del RAIS y sus cotizaciones por más de veinte años acreditan por si solas los actos de correlacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia, ya que lo que debe acreditarse es que con esos movimientos se le va poniendo de presente a los afiliados las características de los regímenes pensionales que componen el sistema general de pensiones, con sus pros y contras, permitiendo que con esa información desaparezca por completo esa asimetría que nace con el acto jurídico que materializa el cambio de régimen pensional, lo cual no aconteció en el presente asunto.

Por lo expuesto, al no cumplirse con la carga probatoria que les asistía a los fondos privados de pensiones y en particular a la AFP Colfondos S.A. con la que se surtió el cambio de régimen pensional, indefectiblemente, conforme con lo sentado por la Corte Suprema de Justicia, no queda otro camino que confirmar la decisión emitida por el Juzgado Cuarto 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 el 3 de octubre de 1994, 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 Clara Inés Beltrán Herrera al régimen de ahorro individual con solidaridad, correcta aparece la decisión de condenar a la AFP Porvenir S.A., a la que se encuentra afiliada actualmente, a restituir los dineros inmersos en la cuenta de ahorro individual de la afiliada provenientes de los aportes o cotizaciones 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; indicando desde ya, que ninguno de los rubros o emolumentos que se deberán restituir a Colpensiones se encuentra afectado por el fenómeno jurídico de la prescripción, por cuanto el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral ha sido claro en señalar en las providencias expuestas a lo largo del presente proveído, que la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y sus consecuencias jurídicas gozan del carácter de imprescriptibles, y ello es así, porque no resulta posible aplicar ese fenómeno jurídico respecto a unos rubros que fueron cobrados a partir de unos actos jurídicos que nunca nacieron a la vida jurídica, ya que todos los actos ejecutados después del 3 de octubre de 1994 no produjeron efectos; por lo que desde ahora debe decirse que no le asiste razón a la apoderada judicial de la AFP Skandia S.A. cuando solicita la aplicación de la prescripción trienal prevista en el artículo 151 del CPT y de la SS.

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, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, como correctamente se lo ordenó el juzgado de conocimiento a cada una de los fondos privados de pensiones en los que estuvo afiliada la señora Beltrán Herrera después del 3 de octubre de 1994.

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 decisión de la *a quo* consistente en condenar a la totalidad de los fondos privados de pensiones en los que estuvo afiliada la actora, a reintegrar a la Administradora Colombiana de Pensiones, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores que fueron cobrados a la afiliada durante su permanencia en cada una de esas entidades y que estuvieron destinados a cancelar las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como los valores dirigidos a financiar la garantía de pensión mínima; sin que con esa decisión se esté afectando los intereses de terceros que no asistieron al proceso, pues precisamente la orden impartida en ese sentido lo que lleva es a que los fondos privados de pensiones respondan con su patrimonio por las deficiencias en que incurrieron en los afiliaciones ejecutados por la actora desde el cambio de régimen pensional y los movimientos ejecutados al interior del RAIS.

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 3 de octubre de 1994, se generó en ese momento un bono pensional tipo A en favor de la señora Clara Inés Beltrán Herrera, nacida el 20 de enero de 1961 como se

evidencia en la copia de la cédula de ciudadanía -pag.34 primer cuaderno-, 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 redimió normalmente el pasado 20 de enero de 2021, fecha en que la accionante cumplió los 60 años de edad; por lo que, teniendo en cuenta que el artículo 17 del Decreto 1748 de 1995 dispone que esta clase de bonos se pagan dentro del mes siguiente a la fecha de redención (sin necesidad de solicitud previa), claro es que el mismo debió entrar a la cuenta de ahorro individual de la demandante antes del 20 de febrero de 2021; razón por la que, al tener que restituirse las cosas al estado en el que se encontraban para el 3 de octubre de 1994, al carecer de efectos jurídicos el traslado al RAIS ejecutado en esa calenda, se modificará el ordinal segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito en el sentido de no incluir dentro de la condena emitida en contra de la AFP Porvenir S.A. lo concerniente a la devolución del valor de bono pensional a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, adicionando posteriormente ese mismo ordinal, en el sentido de condenar a esa entidad a restituir la suma pagada por ese concepto pero a favor de la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, suma que deberá estar debidamente indexada, precisándose que esa actualización del valor del bono pensional debe ser cancelada con los recursos propios del fondo privado de pensiones Porvenir S.A.

Así mismo, se adicionará la sentencia proferida por la *a quo* en el sentido de comunicar a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público la decisión adoptada en el presente caso, con el objeto de que tenga conocimiento de la orden impartida frente al bono pensional tipo A redimido y pagado por parte de esa entidad a favor de la cuenta de ahorro individual de la accionante, y para que posteriormente, haciendo uso de trámites internos y a través de canales institucionales, ejecute todas las

acciones pertinentes para retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban para el 3 de octubre de 1994.

En torno al hecho consistente en que la accionante arribó a la edad mínima de pensión el 20 de enero de 2018, lo cierto 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 la AFP 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 SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito, el cual quedarán así:

*“**SEGUNDO. A. 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 de la señora CLARA INÉS BELTRÁN HERRERA, proveniente de las cotizaciones efectuadas al sistema general de pensiones, junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado.*

***B. CONDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. a restituir a la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO -si ya lo hubiere recibido- el valor del bono pensional tipo A que haya sido pagado a favor de la cuenta de ahorro individual de la señora CLARA INÉS BELTRÁN HERRERA.*

***C. CONDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. a indexar, con cargo a sus propios recursos, el valor del bono pensional tipo A que debe reintegrar a favor de la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.”.*

SEGUNDO. ADICIONAR la sentencia emitida por el Juzgado Cuarto 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 tenga conocimiento de la orden impartida frente al bono pensional tipo A redimido y pagado por parte de esa entidad a favor de la cuenta de ahorro individual de la accionante, y para que haciendo uso de trámites internos 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 octubre de 1994.

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

CUARTO. 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 sus apoderados judiciales al correo electrónico registrado 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: **6f7ab8ffe00830640a0415882a17261f0e68a9bf77f24cba916b8fa689cf30ff**

Documento generado en 11/06/2021 07:08:29 AM