

**Constancia Secretarial:** vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 11 de mayo 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, 2 de junio de 2021.

**DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ**  
Secretario

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**  
**SALA DE DECISIÓN LABORAL**  
**MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**  
**PEREIRA, VEINTITRES DE JUNIO DE DOS MIL VEINTIUNO**

Acta de Sala de Discusión No 99 de 21 de junio de 2021

**SENTENCIA ESCRITA**

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por las demandadas **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito el 13 de noviembre de 2020, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de **COLPENSIONES**, dentro del proceso promovido por la señora **NHORA CECILIA LOZANO DUARTE**, cuya radicación corresponde al N°66001310500220180019501.

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 13 de mayo de 2021, incluido debidamente en el expediente digitalizado.

**ANTECEDENTES**

Pretende la señora Nhora Cecilia Lozano Duarte 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

efectuado 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: se vinculó laboralmente el 4 de marzo de 1987, momento en el que se afilió al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS, en donde hizo cotizaciones hasta antes de trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad el 9 de marzo de 2000 por medio de la AFP Porvenir S.A.; para tomar esa determinación, un asesor comercial de esa entidad le informó que: i) En el RAIS podía pensionarse anticipadamente y con una mesada pensional mucho más alta que la ofrecida en el RPM, ii) Debía trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, debido a que el ISS iba a desaparecer, iii) De no tener beneficiarios de ley se perdería la pensión en el RPM, mientras que en el RAIS pasaría a sus herederos hasta el quinto grado de consanguinidad; iv) En caso de deceso, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual pasaría a manos de sus herederos hasta el quinto grado de consanguinidad; v) Era su decisión acceder a la pensión de vejez o a la devolución de saldos, independientemente de que tuviese reunidos los requisitos para reclamar la gracia pensional.

Con base en esos mismos argumentos que le expuso la AFP Protección S.A., decidió movilizarse dentro del RAIS en el año 2001, cuando se afilió a ese fondo privado de pensiones, pero en el año 2004 retornó a la AFP Porvenir S.A.

En documento emitido por la AFP Porvenir S.A. el 20 de diciembre de 2017 se le informa que a la fecha cuenta con un capital acumulado equivalente a \$175.818.156 producto de 1484 semanas cotizadas, indicándosele allí mismo, que al cumplir los 57 años de edad puede pensionarse con un salario mínimo legal mensual vigente, mientras que en el RPM puede acceder a una mesada de \$2.346.200; el 3 de enero de 2018 solicitó ante Colpensiones el retorno al RPM, sin embargo, dicha entidad respondió su petición negativamente, expresándole que se encontraba inmersa en la prohibición legal establecida en el artículo 13 de la ley 100 de 1993.

La Administradora Colombiana de Pensiones contestó la demanda -pags.137 a 148 del expediente digitalizado- manifestando que el acto jurídico por medio del

cual se produjo el cambio de régimen pensional de la actora cumplió con el lleno de los requisitos exigidos en la ley, ratificando su voluntad de permanecer y pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad con los movimientos que efectuó a su interior, acotando que en este tipo de casos no es viable acceder a las pretensiones de los accionantes, ya que ellos en la mayoría de casos se encuentran inmersos en la prohibición legal prevista en el artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, como acontece con la señora Nhora Cecilia Lozano Duarte quien está a menos de diez años de arribar a los 57 años. Se opuso a la totalidad de las pretensiones y formuló las excepciones de mérito que denominó *“Inexistencia de la obligación”, “Imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal”, “Buena fe” e “Imposibilidad de condena en costas”*.

El fondo privado de pensiones Porvenir S.A. respondió la acción -pags.174 a 195 del expediente digitalizado- oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la actora, afirmando que en traslado efectuado por la señora Lozano Duarte al RAIS a través de esa entidad el 9 de marzo de 2000 cumplió con el lleno de los requisitos exigidos en la ley, como consta con la suscripción del formulario de afiliación rubricado por ella en esa fecha, agregando que no se configuró la nulidad relativa que la accionante alega, pero que en caso de que así hubiere sido, la misma se saneó por el paso del tiempo. Planteó las excepciones de fondo de *“Validez de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento”, “Saneamiento de la supuesta nulidad relativa”, “Prescripción”, “Buena fe” e “Innominada o genérica”*.

Por su parte, la AFP Protección S.A. respondió el libelo introductorio -pags.221 a 236 del expediente digitalizado- oponiéndose a las pretensiones de la acción, argumentando que el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por la demandante el 9 de marzo de 2000 y los movimientos ejecutados al interior de ese régimen pensional cumplieron el lleno de los requisitos exigidos por la ley para cada momento, motivo por el que esos actos jurídicos se reputan válidos, al haberse respetado la libre escogencia del régimen pensional al que quiso pertenecer la señora Nhora Cecilia Lozano Duarte. Propuso las excepciones de mérito de *“Prescripción”, “Validez y eficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad”, “Validez y eficacia de la afiliación con Protección S.A.”, “Buena fe y confianza legítima”, “Compensación”, “Pago” e “Innominada o genérica”*.

En sentencia de 13 de noviembre de 2020, 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 9 de marzo de 2000 es ineficaz, por cuanto la AFP Porvenir 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 Nhora Cecilia Lozano Duarte 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 Lozano Duarte 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 los dos fondos privados de pensiones accionados en los que estuvo afiliada la actora, esto es, Porvenir S.A. y Protección S.A., 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 en costas procesales a los fondos privados de pensiones Porvenir S.A. y Protección S.A. en un 80% y 20% respectivamente, 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 Porvenir S.A. y Protección S.A. solicitó la revocatoria íntegra de la sentencia proferida por el juzgado de conocimiento, argumentando que en el trámite procesal se demostró por parte de esas entidades el deber de información que les asistía con la señora Nhora Cecilia Lozano Duarte, por lo que bajo el estudio de la ineficacia del

traslado entre regímenes pensionales no es viable acceder a las pretensiones de la actora. Es que lo que se evidencia desde la redacción de la demanda, es que su inconformidad realmente es de tipo económico, motivo por el que debió iniciar la acción resarcitoria de perjuicios prevista en el artículo 10 del Decreto 720 de 1994 y al no haberlo hecho así, indefectiblemente se debe absolver a las entidades accionadas de las pretensiones elevadas por la demandante.

Si en gracia de discusión se confirmara la declaratoria de ineficacia, considera que únicamente resulta procedente la restitución de los dineros que se han recaudado como producto de las cotizaciones o aportes al sistema general de pensiones, señalando en lo atinente a los gastos o cuotas de administración y las primas de los seguros previsionales, que esos dineros son cobrados por ministerio de la ley, con el fin de gestionar la cuenta de ahorro individual de la afiliada y cubrir los riesgos de invalidez y muerte, configurándose con la decisión de devolver esos recursos con cargo a su propio patrimonio y debidamente indexado a Colpensiones, un detrimento patrimonial para los fondos privados de pensiones accionados y en consecuencia un enriquecimiento sin causa por parte de la entidad que recibe esos emolumentos.

En lo atinente a las costas procesales, manifiesta que Porvenir S.A. y Protección S.A. han edificado su accionar en el estricto cumplimiento de la ley y la aplicación del principio de la buena fe, razones por las que solicita la exoneración de esa condena emitida en primera instancia.

La Administradora Colombiana de Pensiones sostiene que en el curso del proceso quedó demostrado que el traslado al RAIS efectuado por la señora Nhora Cecilia Lozano Duarte cumplió con el lleno de los requisitos exigidos en la ley, evidenciándose que la motivación para iniciar la presente acción es netamente económica, añadiendo que, en cualquier caso, no es viable su retorno al RPM al estar incurso 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. No obstante, de confirmarse la declaratoria de ineficacia, solicita que se condene a los fondos privados de pensiones a cancelar, a título de sanción, un cálculo actuarial equivalente al valor de las potenciales mesadas pensionales que eventualmente devengaría la actora en el RPM.

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 parte actora solicita la confirmación integral de la sentencia emitida por el Juzgado Segundo 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 Nhora Cecilia Lozano Duarte al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada el 9 de marzo de 2000?***

***¿Con los movimientos efectuados por la demandante dentro del RAIS y su permanencia en ese régimen pensional durante más de quince 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?***

***¿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 este próxima a arribar a la edad mínima de pensión prevista en el RPM?***

***¿Es procedente condenar a los fondos privados de pensiones demandados a cancelar a la Administradora Colombiana de Pensiones, a título de sanción, una suma igual al valor de las eventuales mesadas pensionales que se le pudieren otorgar a la demandante en el régimen de prima media con prestación definida?***

***¿Hay lugar a absolver a los fondos privados de pensiones accionados 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 sentencia STL4759 de 22 de julio de 2020, la Sala de Casación Laboral indicó:

*“En el caso bajo estudio, se hace necesario precisar, que en reiterada jurisprudencia esta Sala de Casación Laboral ha dejado clara su postura al indicar que la elección a cualquiera de los dos regímenes pensionales existentes, **debe estar precedida de una decisión libre y voluntaria, de suerte que las administradoras de pensiones tienen el deber de brindar a sus afiliados una asesoría que les permita tener los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión tomada al momento del traslado, sin importar si la persona es o no beneficiaria del régimen de transición, o si está próximo a pensionarse.**”* (Negrillas fuera de texto).

Y más adelante reiteró:

*“Así, en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL452-2019, CSJ SL1688-2019 y SL1689- 2019, esta Sala ha determinado de manera pacífica que la reacción del ordenamiento jurídico -artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993- a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. **Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, tiene que abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales.**”* (Negrillas fuera de texto).

## **2. Sobre el deber de información.**

Frente a este ítem, la Corte Suprema de Justicia en providencia SL1452 de 3 de abril de 2019, señaló que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones ha sido exigible desde el momento de su creación, identificando tres etapas en el que el nivel de exigencia en la información se ha incrementado de acuerdo con la evolución histórica de las normas que regulan la materia; lo que expuso en resumen así:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

<b>Etapa acumulativa</b>	<b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>	<b>Contenido mínimo y alcance del deber de dar información</b>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

Respecto al valor probatorio del formulario de afiliación suscrito entre la AFP y el potencial afiliado, la alta magistratura en la providencia que se viene referenciando sostiene que ese documento por 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 los fondos privados de pensiones 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°0388674 -pag.54 del expediente digitalizado-, la señora Nhora Cecilia Lozano Duarte se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad el 9 de marzo de 2000 cuando se vinculó a la AFP Porvenir 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 Porvenir S.A. -quien tiene la carga probatoria en este tipo de procesos (como se explicó en el punto cuatro del fundamento jurisprudencial)-, cumplió con el deber legal de información que le correspondía para el 9 de marzo de 2000 (primera etapa).

En lo que concierne al formulario de afiliación, más allá de que en dicho documento se evidencia la rúbrica de la señora Nhora Cecilia Lozano Duarte en la casilla denominada “*voluntad 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 Nhora Cecilia Lozano Duarte manifestó que en el año 2000 los asesores comerciales de la AFP Porvenir S.A. visitaron las instalaciones de la entidad para la que prestaba sus servicios en la época, y en una reunión colectiva les dijeron que el Instituto de Seguros Sociales donde estaba afiliada iba a desaparecer, por lo que su única y mejor opción era trasladarse al RAIS a través de esa sociedad, asegurándosele que iba a pensionarse a más temprana edad y con una mesada pensional más alta que la del RPM, pero que, si su voluntad no era la de pensionarse, podía solicitar la devolución del capital acumulado en la vida laboral, independientemente si había reunido los requisitos para acceder a la gracia pensional; en torno a los movimientos efectuados al interior del RAIS indicó que ellos se dieron porque, primero Protección S.A. y después Porvenir S.A., en su momento, le dijeron que esas entidades tenían mejor respaldo financiero y por tanto sus rendimientos podían ser muy superiores, sin embargo, en ninguna de las tres oportunidades se le habló sobre las desventajas que le acarrearía tomar la decisión de afiliarse al RAIS y de permanecer en él, añadiendo, ante preguntas efectuadas por la apoderada judicial de los fondos privados de pensiones demandados, que esas entidades nunca le pusieron de presente que podía retractarse de la decisión adoptada, ni tampoco le expusieron que tenía la facultad de retornar al RPM en el periodo de gracia del año 2003 al año 2004, ni mucho menos que existía un límite temporal para regresar al régimen de prima media con prestación definida.

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, del formulario de afiliación y del interrogatorio de parte absuelto por la señora Nhora Cecilia Lozano Duarte, ni de ninguna de las pruebas allegadas al plenario se desprende el cumplimiento del deber legal de información por parte de la AFP Porvenir S.A., sin que tampoco exista prueba en el plenario que acredite que la asimetría en la

información que se produjo el 9 de marzo de 2000 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; al punto que la AFP Protección S.A. y nuevamente la AFP Porvenir S.A. tampoco acreditaron haberle suministrado a la actora la información que la ley les exigía para los momentos en que se produjeron esos movimientos, sin que el hecho de permanecer por más de quince años en el RAIS, demuestre per se los actos de co-relacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia, pues como ya se ha dicho, lo importante es que con esos movimientos 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; evidenciándose por el contrario, que una vez se le puso de presente la simulación pensional efectuada por Porvenir S.A. el 20 de diciembre de 2017 -pags.50 a 53 del expediente digitalizado- en donde se le informó que a los 57 años de edad podía acceder a una pensión de salario mínimo en el RAIS, mientras que en el RPM podía devengar una mesada del orden de \$2.346.200, inmediatamente después, esto es, el 18 de abril de 2018 -pag.115 del expediente digitalizado- decidió interponer la presente acción, con la intención de reestablecer las cosas al estado en el que se encontraban para el 9 de marzo de 2000.

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 Porvenir 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 Segundo 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 9 de marzo de 2000, 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 Lozano Duarte al régimen de ahorro individual con solidaridad, correcta resultó 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 del

actor 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.

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 Nhora Cecilia Lozano Duarte después del 9 de marzo de 2000.

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 los dos fondos privados de pensiones demandados 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 demandante 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 9 de marzo de 2000, se generó en ese momento un bono pensional tipo A en favor de la señora Nhora Cecilia Lozano Duarte, nacida el 13 de noviembre de 1964 como consta en su cédula de ciudadanía -pag.34 del expediente digitalizada-, 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 él se redimiría normalmente el 13 de noviembre de 2024, 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 9 de marzo de 2000, 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 ordenó la *a quo*, para posteriormente adicionar la providencia 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 9 de marzo de 2000, 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 Lozano Duarte y que tenía como fecha de redención normal el 13 de noviembre de 2024, aplicando con ello lo previsto en el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995 modificado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 hoy recopilado en el Decreto 1833 de 2016.

En torno al hecho consistente en que la accionante está próxima a arribar a la edad mínima de pensión el 13 de noviembre de 2021, 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.

Frente a la petición elevada por la Administradora Colombiana de Pensiones relativa a que se condene a los fondos privados de pensiones accionados a

cancelar a título de sanción una suma igual al valor de las futuras mesadas pensionales que eventualmente pudieren reconocérsele a la accionante en el régimen de prima media con prestación definida, lo primero que cabe señalar es que la etapa de alegatos no es el acto procesal previsto para realizar pretensiones, resultando claro por demás que la demandante no dirigió ninguna pretensión en ese sentido, mientras que las consecuencias prácticas de la declaratoria de ineficacia son las que la Corte Suprema de Justicia ha reseñado en su línea jurisprudencial en este tipo de asuntos y que ya han sido aplicadas en estricto sentido en este caso. Por lo expuesto, no hay lugar a acceder a la petición condenatoria elevada por la Administradora Colombiana de Pensiones en la sustentación del recurso de apelación.

Respecto a la condena en costas emitida en el curso de la primera instancia en contra de los fondos privados de pensiones accionados, 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 el ordinal TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito, el cual quedarán así:

**“TERCERO. CONDENAR** al fondo privado de pensiones PORVENIR S.A. a girar a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro de la señora NHORA CECILIA LOZANO DUARTE, 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 emitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito, en el sentido de **COMUNICAR** a la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO la decisión adoptada en este proceso, con el objeto de que, en un trámite interno y a través de canales institucionales, ejecute todas las acciones a que haya lugar para dejar las cosas en el estado en el que se encontraban para el 9 de marzo de 2000, 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 NHORA CECILIA LOZANO DUARTE y que tenía como fecha de redención normal el 13 de noviembre de 2024.

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

Quienes integran la Sala,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado Ponente

**Aclara Voto**

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Magistrada

**GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**

Magistrado

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

**Firmado Por:**

**JULIO CESAR SALAZAR MUÑOZ**

**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**

**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:

**fd4d5d52af46ef3f0d510ea7cf0be77f9e02d8bbf12722378e11437d80d0b2**

Documento generado en 23/06/2021 07:08:49 a. m.