

Constancia Secretarial: vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 20 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, 10 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, TREINTA DE JUNIO DE DOS MIL VEINTIUNO
Acta de Sala de Discusión No 103 de 28 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 Primero Laboral del Circuito el 17 de marzo de 2021, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de COLPENSIONES, dentro del proceso promovido por el señor **OSWALDO MATEUS MOSQUERA**, cuya radicación corresponde al N°66001310500120170058301.

Se reconoce personería para actuar dentro del proceso de la referencia a la doctora MARILUZ GALLEGU BEDOYA, como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones, en los términos y para los efectos del memorial de sustitución de poder que fue allegado al correo institucional el pasado 27 de mayo de 2021, incluido debidamente en el expediente digitalizado.

ANTECEDENTES

Pretende el señor Oswaldo Mateus Mosquera que la justicia laboral declare la ineficacia 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: nació el 7 de octubre de 1956, iniciando su vida laboral como médico el 16 de abril de 1982, momento en que se afilió al RPM a través del Instituto de Seguros Sociales, en donde cotizó hasta antes del 1° de junio de 1999 cuando se materializó el cambio de régimen pensional hacía el RAIS, a través de la AFP Protección S.A., sin que se le explicaran las consecuencias que conllevaba tomar esa determinación; en el mes de octubre de 2017 decidió buscar asesoría externa para que se le pusiera de presente cual era la diferencia económica entre la pensión en uno y otro régimen pensional, por lo que, una vez obtuvo la correspondiente respuesta, elevó solicitud a Colpensiones tendientes a obtener su retorno al RPM pidiendo que se declarara la ineficacia de su traslado hacía el RAIS, pero el 17 de noviembre de 2017 recibió respuesta negativa por parte de esa entidad, indicándole que su paso hacía el RAIS se había hecho de manera libre, voluntaria y sin presiones.

Al contestar la demanda -pags.140 a 147 del expediente digitalizado- la Administradora Colombiana de Pensiones manifestó que no existen elementos de juicio que permitan entrever que el cambio de régimen pensional efectuado por el afiliado se hizo bajo un actuar negligente y/o revestido de mala fe por parte del correspondiente fondo privado de pensiones, que implique que dicho acto jurídico deba reputarse inválido, agregando que tampoco sería viable acceder a las pretensiones de la demanda porque el señor Mateus Mosquera se encuentra incurso en 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. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones del actor y formuló las excepciones de mérito de *"Inexistencia de la obligación demandada"*, *"Prescripción"* y *"Declaratoria de otras excepciones"*.

La AFP Protección S.A. respondió la acción -pag.155 a 199 del expediente digitalizado- asegurando que el traslado ejecutado por el accionante del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad fue un acto consciente de su voluntad de pertenecer al RAIS, motivo por el que no ha sido víctima de la inducción a error que proclama en el escrito inaugural, ratificando su

voluntad de permanecer en ese régimen pensional con los movimientos efectuados a su interior, sin hacer uso de las herramientas legales para retornar en tiempo al RPM. Sin embargo, expuso que, de acreditarse eventualmente la configuración de un vicio en su consentimiento, la verdad es que él se saneó por el paso del tiempo. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y planteó las excepciones de fondo de *“Genérica o innominada”, “Buena fe”, “Prescripción”, “Compensación”, “Exoneración de condena en costas”, “Inexistencia de la obligación”, “Falta de causa para pedir”, “Falta de legitimación en la causa y/o ausencia de personería sustantiva por pasiva de mi representada”, “Inexistencia de la fuente de la obligación”, “Inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad”, “Ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados por parte de esta entidad llamada a juicio” y “Afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado”*.

La AFP Porvenir S.A. respondió la demanda -pags.250 a 269 del expediente digitalizado- señalando que si bien el cambio de régimen pensional del actor no se efectuó a través de esa sociedad, la verdad es que el mismo se hizo bajo el estricto cumplimiento de los requisitos exigidos en la ley, tal y como posteriormente lo efectuó esa entidad cuando el demandante decidió moverse dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad, acotando que, en caso de que se hubiere configurado la nulidad relativa que se alega en la demanda, ella se saneó por el paso del tiempo como lo determina el artículo 1750 del Código Civil. Se opuso a las pretensiones y presentó como excepciones de fondo las que denominó *“Validez de la afiliación e inexistencia de vicios en el consentimiento”, “Saneamiento de la supuesta nulidad relativa”, “Pago”, “Compensación”, “Prescripción”, “Buena fe” e “Innominada o genérica”*.

En sentencia de 17 de marzo de 2021, la funcionaria de primera instancia, aplicando en su integridad la jurisprudencia vigente que sobre el tema ha emitido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluyó, después de analizar las pruebas allegadas al proceso, que la AFP Porvenir S.A. no cumplió con la carga probatoria que le incumbía en este proceso, al verificar que no le brindó la totalidad de la información que debía ponerle de presente al señor Oswaldo Mateus Mosquera, esto es, las características de ambos regímenes pensionales con sus ventajas y desventajas, razón por la que declaró ineficaz el traslado al RAIS surtido el 1° de junio de 1999; motivo por el que declaró también válida y vigente la

afiliación primigenia efectuada al régimen de prima media con prestación definida por medio del Instituto de Seguros Sociales.

Como consecuencia de esas declaraciones, condenó a la AFP Protección S.A., a la que se encuentra afiliado actualmente, a restituir a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, la totalidad de los aportes efectuados a la cuenta de ahorro individual junto con sus intereses y rendimientos financieros, así como el valor del bono pensional en caso de existir.

Seguidamente condenó a los fondos privados de pensiones Protección S.A. y Porvenir S.A. a reintegrar a favor de Colpensiones, la totalidad de los dineros que esas entidades descontaron al afiliado por concepto de gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como los dineros destinados a financiar la garantía de pensión mínima, todo ello con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados.

Finalmente, condenó a la AFP Protección S.A., con la que se materializó el cambio de régimen pensional, en costas procesales en un 100% a favor del demandante.

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

La apoderada judicial de la AFP Protección S.A. sostuvo que en el curso del proceso quedó demostrado que esa entidad cumplió con el deber legal de información que se exigía para el año 1999, tal y como da fe el formulario de afiliación suscrito en esa época por el afiliado y con lo dicho por él en el interrogatorio de parte, en donde reconoce que se le pusieron de presente todas las ventajas y beneficios que conllevaba estar afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad. Así mismo, estima que en este caso no es posible acceder a las pretensiones de la demanda, ya que el actor está inmerso en 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, al haber cumplido la edad mínima de pensión prevista en el RPM. En torno a las condenas de orden económico, señala que la única obligación que se deriva de la declaratoria de ineficacia es la restitución de los dineros recaudados por concepto de cotizaciones o aportes al sistema general de pensiones, y no los demás emolumentos

ordenados por la *a quo*, ya que la obligación de cobrar esos dineros surge con ocasión del acto jurídico que se declara inexistente. Finalmente, cuestiona la condena en costas procesales, indicando que esa entidad ha actuado en estricto cumplimiento de la ley y bajo el principio de la buena fe.

La apoderada judicial de la AFP Porvenir S.A. señala que, contrario a lo concluido por el juzgado de conocimiento, en el proceso se demostró que el señor Oswaldo Mateus Mosquera recibió la información que por ley debían suministrarle los fondos privados de pensiones accionados, habiendo ratificado su voluntad de pertenecer y permanecer en el RAIS con los actos de relacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia, al haberse movilizado dentro del RAIS y estar afiliado haciendo cotizaciones por más de veinte años; motivo por el que no hay lugar a declarar la ineficacia del acto jurídico que produjo el cambio de régimen pensional.

Coincide con su antecesora, en que la única obligación que surgiría de la eventual confirmación de la declaratoria de ineficacia, sería la restitución de las sumas recibidas por concepto de aportes o cotizaciones al sistema general de pensiones, lo cual ya hizo en su momento esa entidad cuando el actor pasó de esa entidad hacía la AFP Protección S.A., quien recibió las sumas recaudadas por ese concepto más los intereses y rendimientos financieros que se generaron a favor del afiliado durante su permanencia en esa entidad, agregando frente a ese ítem que, ordenar la restitución de las demás sumas de dinero con cargo a sus propios recursos y debidamente indexadas, genera un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones y un detrimento patrimonial en contra de ese fondo privado de pensiones, quien lo único que hizo fue cobrar esas sumas de dinero por imperativo legal, lo que permitió que la cuenta de ahorro individual del accionante creciera ostensiblemente, al punto que el 74% del dinero que allí se encuentre proviene de los rendimientos financieros que fueron gestionados por esa entidad gracias a su excelente administración, además de que en todo ese periodo ha estado cubierto ante el eventual acaecimiento de los riesgos de invalidez y sobrevivientes.

Concuerda también en que en este caso no se puede acceder a las pretensiones porque el señor Mateus Mosquera se encuentra inmerso en 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.

Por su parte, la apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones manifestó que al verificarse el contenido de la demanda, sale a relucir que la inconformidad del afiliado es netamente económica, por lo que de conformidad con lo expuesto en el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, la acción que debe incoarse en este tipo de eventos en donde se reprocha la ausencia de información por parte de los fondos privados de pensiones es la resarcitoria de perjuicios y no la ineficacia del acto jurídico que produjo el traslado entre regímenes pensionales como equivocadamente lo invoca la parte actora; motivo por el que solicita que se revoque en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito.

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, el apoderado judicial de la parte actora solicitó la confirmación integral de la sentencia emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito el 17 de marzo de 2021.

Cuestión previa

Pese a que este Ponente no comparte la justificación ni la interpretación que realiza la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia frente al literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100/1993 y por ello en providencias anteriores como la proferida el

22/07/2020, Rad. No. 2018-00269-01, entre otras, bajo la autorización emitida por las sentencias C-836 de 2001 y C-621 de 2015 se había apartado del criterio expuesto por el alto tribunal al amparo de la autonomía judicial, para anunciar que cuando un trabajador alega engaño por una AFP para obtener un traslado de régimen pensional, debe presentar una acción de resarcimiento de perjuicios tal como obliga el artículo 10º del Decreto 720 de 1994, lo cierto es que ocasión a la sentencia de tutela de primer grado emitida por ese alto tribunal con número de expediente STL4759-2020, a través de la cual se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado por esa corporación en los asuntos de ineficacia de afiliación, bajo el debido respeto por el superior, se obedecerá en este caso y en los sucesivos la posición mayoritaria que ostenta la mencionada Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Así las cosas, atendidas las argumentaciones a esta Sala de Decisión le corresponde resolver los siguientes:

PROBLEMAS JURÍDICOS

¿Es la acción de ineficacia la llamada a resolver los casos en los que se alega ausencia total o parcial de la información por parte de los fondos privados de pensión?

¿En cabeza de quien se encuentra en este tipo de procesos la carga probatoria de acreditar el deber legal de información?

¿Hay lugar a declarar ineficaz la afiliación del señor Oswaldo Mateus Mosquera al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada el 1º de junio de 1999?

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

¿Cuáles son las consecuencias prácticas de declarar las ineficacias de los traslados surtidos entre regímenes pensionales?

¿Tienen razón los fondos privados de pensiones accionados cuando afirman que la única suma que debe restituirse a Colpensiones ante la eventual declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, son los dineros que fueron recaudados por concepto de aportes o cotizaciones al sistema general de pensiones?

¿Qué decisión debe adoptarse ante la posibilidad de que se haya redimido un bono pensional a favor del afiliado?

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

¿Hay lugar a exonerar a la AFP Protección S.A. de la condena emitida en su contra por concepto de costas procesales?

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.” (Negritas 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:

| <i>Etapas acumulativas</i> | <i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i> | <i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i> |
|------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <i>Deber de información</i> | <i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i> | <i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i> |
| <i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i> | <i>Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 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</i> |

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

3. La suscripción del formulario de afiliación.

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

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

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

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

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su

*objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

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

4. Carga de la prueba.

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

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

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

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

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

En sentencia SL3752 de 15 de septiembre de 2020, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, advirtiendo la importancia constitucional y legal que caracteriza el derecho a la seguridad social, recordó la necesidad de resolver los asuntos que son puestos en conocimiento de la jurisdicción teniendo en cuenta

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

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

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

Y más adelante continuó expresando:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

Conforme se expuso en el primer punto del fundamento jurisprudencial, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene definido que la acción que se debe estudiar cuando se reclama la ausencia total o parcial del deber de información por parte de los fondos privados de pensiones, no es otra que la ineficacia del acto jurídico que permitió el traslado entre regímenes pensionales, por lo que al haber orientado la actora la demanda en ese sentido, por imperativo jurisprudencial, lo que corresponde es analizar el caso en la forma determinada por la Corte Suprema de Justicia, esto es, si el traslado del demandante al RAIS se dio en términos de eficacia; por lo que bajo esa única y exclusiva postura, no le asiste razón a la Administradora Colombiana de Pensiones cuando afirma que la acción que debió incoar el señor Oswaldo Mateus Mosquera era 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°9979288 -pag.200 del expediente digitalizado-, el señor Oswaldo Mateus Mosquera se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad el 1° de junio de 1999 cuando se vinculó a la AFP Protección S.A., sin embargo, el demandante inicia la presente acción al considerar que el cambio del RPM al RAIS no se cumplió con el lleno de los requisitos legales, al no habersele suministrado la información sobre las consecuencias que conllevaba tomar esa decisión; viciándose de esa manera su consentimiento.

Conforme con lo señalado por el demandante, se procederá a verificar, siguiendo, única y exclusivamente las reglas jurisprudenciales expuestas anteriormente, si la AFP Protección 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 1° de junio de 1999 (primera etapa).

En lo que concierne al formulario de afiliación, más allá de que en dicho documento se evidencia la rúbrica del señor Oswaldo Mateus Mosquera 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, el señor Oswaldo Mateus Mosquera, quien se encuentra activo como cotizante al desempeñar su profesión como médico en la clínica Chicamocha, manifestó que en el año 1999 fue abordado por un agente comercial de la AFP Protección S.A., quien en una sesión personalizada le dijo que el Instituto de Seguros Sociales iba a desaparecer, indicándosele que en el RAIS iba a tener grandes ventajas, como eran pensionarse de manera anticipada y con una mesada mucho más alta que la ofrecida en el RPM, pero no se le hizo una exposición amplia, no solamente de las demás ventajas que pudieren existir, sino de las desventajas que esa decisión acarrearía; en el año 2001 se movilizó hacia Porvenir S.A., quien a través de un asesor comercial le aseguró que en ese fondo privado de pensiones tendría una mayor rentabilidad que en la AFP Protección S.A., información que lo motivó a pasarse a ese fondo privado de pensiones, retornando después a la AFP Protección S.A., porque esa entidad le dijo que podía tener mejores rendimientos, prometiéndole una pensión anticipada y muy alta, siempre y cuando hiciera un depósito grande por concepto de aportes voluntarios, situación que le causó gran sensación y lo llevó a consignar por ese concepto una suma de \$30.000; sin embargo, nunca se le pusieron de presente, sobre todo, las desventajas que producía su permanencia en el RAIS; dándose cuenta en el año 2017 que realmente no era cierto lo que se le había prometido, ya que la mesada pensional a la que podría aspirar en el año 2018 cuando cumplía los 62 años de edad, no era la esperada, razón que lo llevó a iniciar todos los trámites tendientes a obtener su regreso al RPM antes de que llegara a esa edad.

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, debe decirse que, ni del formulario de afiliación, ni del interrogatorio de parte absuelto por el señor Oswaldo Mateus Mosquera, ni de ninguna de las pruebas allegadas al plenario se desprende el cumplimiento del deber legal de información por parte de la AFP Protección S.A., sin que tampoco exista prueba en el expediente digitalizado que acredite que la asimetría en la información que se produjo el 1° de junio de 1999 dejó de prolongarse con el paso de los años, pues a pesar de que el accionante se movilizó dentro del RAIS, más precisamente el 27 de febrero de 2001 cuando pasó a la AFP Porvenir S.A. y el 25 de febrero de 2011 cuando regresó a la AFP Protección S.A., en donde permanece vinculado en la actualidad, estando afiliado en el RAIS

por más de veinte años, lo cierto es que esas entidades tampoco acreditaron haberle puesto de presente al afiliado la información mínima que la ley exigía para cada momento histórico, demostrándose por el contrario que con sus omisiones prolongaron la asimetría en la información que se presentó con el cambio de régimen pensional; pues por ejemplo no hicieron uso de sus canales informativos para ponerle de presente a su afiliado la posibilidad que tenía de retornar al régimen de prima media durante el periodo de gracia dispuesto en el Decreto 3008 de 2003, ni mucho menos le informaron sobre la limitación que tenía para trasladarse al RPM después de cumplir los 52 años de edad; quedando demostrado por el contrario que, una vez recibió la asesoría externa efectuada en el mes de octubre de 2017, como consta en documento que obra en la página 48 del expediente digitalizado en el que se le informa que en el RAIS podía aspirar a una pensión que oscilaría entre \$1.750.520 y \$2.950.868, mientras que en el RPM podía acceder a una mesada del orden de \$7.464.282, inmediatamente después, más precisamente el 18 de diciembre de 2017 decidió iniciar la presente acción -pag.102-, antes de arribar a los 62 años el 7 de octubre de 2018, al haber nacido en la misma calenda del año 1956, tal y como se evidencia con la copia de su cédula de ciudadanía -pag.33 del expediente digitalizado-.

Por lo expuesto, no le asiste razón a las entidades recurrentes cuando afirman que al accionante se le brindó la información que por ley correspondía y que se presentaron actos de relacionamiento que hicieron desaparecer la asimetría en la información que se produjo el 1° de mayo de 1999, motivo por el que, indefectiblemente, conforme con lo sentado por la Corte Suprema de Justicia, no queda otro camino que confirmar la decisión emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito, consistente en declarar la ineficacia del acto jurídico por medio del cual el accionante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 1° de junio de 1999, 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 el señor Oswaldo Mateus Mosquera al régimen de ahorro individual con solidaridad, se confirmará la condena emitida por la *a quo* en contra de la AFP Protección S.A., en donde se encuentra afiliado actualmente, consistente en girar a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones el capital existente en la cuenta de

ahorro individual, pero para mayor claridad, se modificará el ordinal tercero de la sentencia recurrida en el sentido de pormenorizar que los emolumentos que debe reintegrar ese fondo privado de pensiones son los provenientes de las cotizaciones con sus intereses y rendimientos financieros, tal y como lo ha sentado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las providencias relacionadas a lo largo de la presente providencia.

Además de restituir los emolumentos relacionados líneas atrás, necesario resulta traer a colación la sentencia SL1688 de 8 de mayo de 2019 en la que la Corte Suprema de Justicia indicó que otra de las consecuencias prácticas que trae la declaración de ineficacia, es la de restituir los gastos o cuotas de administración descontados por los fondos privados de pensiones durante la permanencia de los afiliados en esas entidades, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, como correctamente lo determinó el juzgado de conocimiento.

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 fondos privados de pensiones Protección S.A. y Porvenir S.A. a reintegrar a la Administradora Colombiana de Pensiones, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores que fueron cobrados al actor 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, como atinadamente lo ordenó la *a quo*; sin que con esa decisión se esté afectando los intereses de terceros que no asistieron al proceso, pues precisamente la orden dirigida en ese sentido lo que lleva es a que los fondos privados de pensiones respondan con su patrimonio por las deficiencias en que incurrieron al momento de efectuar la afiliación al RAIS.

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 1° de junio de 1999, se generó en ese momento un bono pensional tipo A en favor del señor Oswaldo Mateus Mosquera, nacida el 7 de octubre de 1956 como se advirtió anteriormente, 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 7 de octubre de 2018,

fecha en que el accionante cumplió los 62 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 del demandante antes del 7 de noviembre de 2018; razón por la que, al tener que restituirse las cosas al estado en el que se encontraban para el 1° de junio de 1999, al carecer de efectos jurídicos el traslado al RAIS ejecutado en esa calenda, se modificará el ordinal tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito en el que se ordenó a la AFP Skandia S.A. a girar a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones la totalidad del capital existente en la cuenta de ahorro individual, incluyendo el valor de bono pensional, para en su lugar 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 Protección 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 del 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 1° de junio de 1999.

En torno al hecho de que el accionante haya arribado a la edad mínima de pensión en el RPM, la verdad es que ese suceso no afecta en nada la decisión tomada en este proceso, por cuanto, como se ha explicado recurrentemente a lo largo de la presente providencia la declaratoria de ineficacia trae como consecuencia jurídica que los actos emitidos a partir de ese momento no tienen ninguna validez, lo que lleva a que las cosas se reestablezcan al estado en el que se encontraban, es decir, que al no haberse consumado legalmente el cambio de régimen pensional, el mismo no tiene validez y por tanto 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 Protección 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 el ordinal TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito, el cual quedarán así:

“TERCERO. 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 del señor OSWALDO MATEUS MOSQUERA, proveniente de las cotizaciones efectuadas al sistema general de pensiones, junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado.

B. CONDENAR al fondo privado de pensiones PROTECCIÓN S.A a restituir, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexadas, las sumas de dinero que fueron descontadas al señor OSWALDO MATEUS MOSQUERA durante su permanencia en esa entidad y que fueron destinadas a pagar los gastos o cuotas de administración, así

como aquellas que fueron dirigidas a financiar la garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes; a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES.”.

SEGUNDO. ADICIONAR el ordinal TERCERO, con un literal del siguiente tenor:

*“C. **CONDENAR** a la AFP PROTECCIÓN S.A., de haber recibido el pago del bono pensional en favor del demandante, a restituir la suma pagada por ese concepto a 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 su propio patrimonio.”.*

TERCERO. ADICIONAR la sentencia emitida por el Juzgado Primero 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 que una vez redimido debió ser pagado por parte de esa entidad a favor de la cuenta de ahorro individual del 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 1° de junio de 1999.

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

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

Notifíquese 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
En uso de Permiso

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

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:
ce46df21c737affaae6143135315264ab6a09e6f031790ed7707f0e37353c5dc

Documento generado en 30/06/2021 07:15:48 AM