

Constancia Secretarial: vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 25 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, 16 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, SIETE DE JULIO DE DOS MIL VEINTIUNO

Acta de Sala de Discusión No 107 de 6 de julio de 2021

SENTENCIA ESCRITA

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito el 5 de abril de 2021, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de COLPENSIONES, dentro del proceso promovido por el señor JOSÉ LUIS VÁSQUEZ GÓMEZ, cuya radicación corresponde al N°66001310500520180051301.

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

ANTECEDENTES

Pretende el señor José Luis Vásquez Gómez que la justicia laboral declare la nulidad de la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad y consecuentemente que se declare válida y vigente la afiliación primigenia efectuada al régimen de prima media con prestación definida. Con base en esas declaraciones aspira que se condene a los fondos privados de pensiones demandados a girar la totalidad de los emolumentos a que haya lugar, lo que resulte probado extra y ultra petita, además de las costas procesales a su favor.

Refiere que: nació el 12 de junio de 1960, afiliándose al régimen de prima media con prestación definida por medio del Instituto de Seguros Sociales en el año 1979, en donde hizo cotizaciones interrumpidas hasta antes de trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad en el año 1994; para el momento en que firmó el formulario de afiliación con el que se produjo el cambio de régimen pensional, no recibió la asesoría que por ley correspondía por parte de la AFP Protección S.A.; en el año 2001 pasó a la AFP Porvenir S.A., pero tampoco recibió la debida asesoría legal y financiera por parte de ese fondo privado de pensiones. El 10 de septiembre de 2018 elevó solicitud de traslado al régimen de prima media con prestación definida, la cual fue resuelta negativamente por la Administradora Colombiana de Pensiones, argumentando que se encontraba a menos de diez años de acceder a la edad mínima de pensión en el RPM.

La Administradora Colombiana de Pensiones contestó la demanda - pags.225 a 251- manifestando que el acto jurídico por medio del cual se produjo el traslado del señor José Luis Vásquez Gómez al régimen de ahorro individual con solidaridad cumple con las exigencias previstas en la ley para el año 1994, razón por la que ese acto jurídico se reputa válido, aclarando que en caso de que se hubiere configurado la nulidad relativa que se alega, ella se saneó por el paso del tiempo como lo determina el artículo 1750 del código civil. Se opuso a la totalidad de las pretensiones y formuló las excepciones de mérito que denominó “Validez de la Afiliación al RAIS”, “Aceptación implícita de la voluntad del afiliado”, “Carga de la prueba a instancia de la parte actora”, “Saneamiento de una presunta nulidad”, “Prescripción”, “Buena fe”, “Imposibilidad de condena en costas” y “Genérica”.

La AFP Porvenir S.A. contestó la demanda -págs.354 a 383- manifestando que en el evento en que se hubiere producido un vicio en el consentimiento en la afiliación del demandante a la AFP Protección S.A. que significó el cambio de régimen pensional, lo cierto es que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del código civil, la nulidad relativa que eventualmente se configuró quedó saneada por el paso del tiempo; asegurando a renglón seguido, que el paso del afiliado a la AFP Porvenir S.A. cumplió con el lleno de los requisitos exigidos en la ley. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y planteó las excepciones de fondo de “Validez de la afiliación a Porvenir e inexistencia de vicios en el consentimiento”, “Saneamiento de la supuesta nulidad relativa”, “Prescripción”, “Buena fe” e “Innominada o genérica”.

El fondo privado de pensiones Protección S.A. respondió la acción - págs.501 a 557- expresando que el cambio de régimen pensional efectuado por el señor José Luis Vásquez Gómez fue completamente

lícito y ajustado a derecho en la medida en que su voluntad fue consciente de las consecuencias jurídicas que ello generaría, agregando que el accionante no ha sido víctima de la inducción a error que proclama dentro del escrito inaugural. Se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso las excepciones de mérito que denominó “Genérica o innominada”, “Prescripción”, “Buena fe”, “Compensación”, “Exoneración de condena en costas”, “Inexistencia de la obligación”, “Falta de causa para pedir”, “Falta de legitimación en la causa y/o ausencia de personería sustantiva por pasiva de mi representada”, “Inexistencia de la fuente de la obligación”, “Inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad”, “Ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados por parte de esta entidad llamada a juicio”, “Afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado”.

En sentencia de 5 de abril de 2021, la funcionaria de primera instancia, aplicando en su integridad la jurisprudencia que sobre el tema ha emitido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluyó que el cambio de régimen pensional efectuado por la accionante el 25 de julio de 1994 es ineficaz, por cuanto la AFP Protección S.A. con la que se surtió ese acto jurídico, no cumplió con la carga probatoria consistente en demostrar que le brindó al afiliado la información que la ley exigía para ese momento histórico, motivo por el que declaró ineficaz el traslado del señor José Luis Vásquez Gómez del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, manifestando que todos los actos posteriores carecen de validez; declarando a continuación válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación primigenia efectuada por el actor al régimen de prima media con prestación definida.

Seguidamente, y después de verificar que el señor José Luis Vásquez Gómez se encuentra afiliado 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, a reintegrar con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, las sumas descontadas al afiliado 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 al fondo privado de pensiones Protección S.A., con el que se surtió el cambio de régimen pensional, en un 100% a favor de la parte actora.

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

La apoderada judicial de la AFP Protección S.A. sostiene que en el curso del proceso quedó demostrado que el traslado efectuado por el señor José Luis Vásquez Gómez en el año 1994 se hizo bajo los parámetros establecidos de ley, tal y como se determinó con el formulario de afiliación y el interrogatorio de parte absuelto por él, ratificando su voluntad de permanecer en el RAIS por mas de veinticinco años en los que ha estado efectuando cotizaciones al sistema general de pensiones a través de ese régimen pensional, añadiendo que el actor no hizo uso de los mecanismos legales para retornar en tiempo al régimen de prima media con prestación definida.

En caso de que se confirme la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, considera que no es posible que se condene a esa entidad a restituir los gastos o cuotas de administración, ya que es la propia la ley la que establece el cobro de esos rubros con el objeto de gestionar correctamente las cuentas de ahorro individual, lo que precisamente genera la obtención de unos muy buenos rendimientos financieros.

La apoderada judicial de la AFP Porvenir S.A. sostiene que existe incongruencia entre el objeto de la litis y las condenas económicas emitidas por la falladora de primera instancia, ya que en el cuerpo de la demanda no fueron dirigidas pretensiones relacionadas con la restitución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como los dineros cobrados para financiar la garantía de pensión mínima, lo que pone de manifiesto que en el trámite procesal no se controvertieron los hechos que pudieran derivar en una condena en ese sentido bajo las facultades extra y ultra petita; añadiendo frente a la devolución de los gastos de administración, que esa decisión trae consigo un enriquecimiento sin justa causa por parte de Colpensiones y un detrimento patrimonial para esa sociedad, que lo único que hizo fue cobrar esos dineros por ministerio de la ley, con el objeto de gestionar correctamente la cuenta de ahorro individual del actor.

Además de lo expuesto, señala que en el proceso quedó probado que el señor José Luis Vásquez Gómez recibió la información que por ley correspondía para el 26 de julio de 1994 por parte de la AFP Protección S.A. y posteriormente por parte de la AFP Porvenir S.A.; pero en caso de que no se atiendan esos argumentos, cierto es que la acción iniciada por el actor no es la que resuelve la inconformidad económica que se revela en el escrito inaugural y en el interrogatorio

de parte, siendo la acción resarcitoria de perjuicios prevista en el artículo 10 del decreto 720 de 1994 la llamada a resolver este tipo de controversias.

La apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones sostiene que en el curso del proceso quedó demostrado que el traslado al RAIS efectuado por el señor José Luis Vásquez Gómez cumplió con el lleno de los requisitos exigidos en la ley, tal y como se evidencia con la suscripción del formulario de afiliación a Protección S.A. en el año 1994, así como con lo dicho por el propio demandante en el interrogatorio de parte, en el que adicionalmente se corroboró que la inconformidad del accionante es de índole económico, por lo que era la acción resarcitoria de perjuicios la llamada a zanjar tal situación y no la de nulidad elevada por el actor en la demanda. Como si lo anterior no fuera suficiente, en este tipo de casos no es viable el retorno de aquellos afiliados que se encuentren a menos de diez años de cumplir la edad mínima de pensión, tal y como ocurre en el presente evento, configurándose 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.

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 Quinto 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 del señor José Luis Vásquez Gómez al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada?

¿Con el movimiento efectuado por el demandante dentro del RAIS y su permanencia en ese régimen pensional durante más de veinticinco 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 no es procedente condenarlos a restituir los emolumentos fijados por la *aquo*?

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

¿Existe algún inconveniente en torno a que el afiliado este próximo a arribar a la edad mínima de pensión prevista en el RPM?

Con el propósito de dar solución a los interrogantes en el caso concreto, la Sala considera necesario precisar, el siguiente:

FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL

1. Análisis jurídico que debe abordar el juez cuando se alega ausencia de información parcial o total por parte de las administradoras en los traslados entre regímenes pensionales.

En sentencia STL4759 de 22 de julio de 2020, la Sala de Casación Laboral indicó:

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

Y más adelante reiteró:

*“Así, en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL452-2019, CSJ SL1688-2019 y SL1689- 2019, esta Sala ha determinado de manera pacífica que la reacción del ordenamiento jurídico -artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993- a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. **Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, tiene que abordarse desde la***

institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales.” (Negrillas fuera de texto).

2. Sobre el deber de información.

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

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

<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</i>	<i>Artículo 3, literal c) de la Ley 100 de 1993</i>	<i>Implica el análisis previo,</i>

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

3. La suscripción del formulario de afiliación.

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

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

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

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo

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

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

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

4. Carga de la prueba.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Y más adelante continuó expresando:

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

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

Por esta misma razón, en casos como el presente, donde se discute la materialización del acto jurídico de la afiliación o traslado, es relevante tener en cuenta los aportes al sistema, no como un requisito ad substantiam actus de la afiliación, como lo sostuvo el Tribunal, sino como una señal nítida de la voluntad

del trabajador cuando existen dudas razonables sobre su genuino deseo de cambiarse de régimen.

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

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

Conforme se expuso en el primer punto del fundamento jurisprudencial, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene definido que la acción que se debe estudiar cuando se reclama la ausencia total o parcial del deber de información por parte de los fondos privados de pensiones, no es otra que la ineficacia del acto jurídico que permitió el traslado entre regímenes pensionales, por lo que al haber orientado el actor la demanda en ese sentido, por imperativo jurisprudencial, lo que corresponde es analizar el caso en la forma determinada por la Corte Suprema de Justicia, esto es, si el traslado del demandante al RAIS se dio en términos de eficacia, como acertadamente lo abordó la falladora de primera instancia; por lo que bajo esa única y exclusiva postura, no les asiste razón a la AFP Porvenir S.A. y a la Administradora Colombiana de Pensiones cuando afirman que en este caso se debió elevar la acción 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°109337 -págs.97 y 559-, el señor José Luis Vásquez Gómez se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad el 26 de julio de 1994 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 totalidad de 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 26 de julio de 1994 (primera etapa).

En lo que concierne al formulario de afiliación, más allá de que en dicho documento se evidencia la rúbrica del señor José Luis Vásquez Gómez 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 José Luis Vásquez Gómez expresó que en el año 1994 se vinculó laboralmente con el fondo privado de pensiones Protección S.A., trasladándose inmediatamente al

régimen de ahorro individual con solidaridad, indicando que fue contratado por esa entidad para desempeñarse como asesor comercial, actividad que desempeñó durante un año aproximadamente, motivo por el que recibió capacitación por parte de la jefe del grupo de vendedores, quien les dijo que la directriz era la de conseguir la mayor cantidad posibles de afiliaciones, manifestándoles que lo que debían saber para proceder a informar a los clientes, era que el Instituto de Seguros Sociales iba a desaparecer y que la única opción que tenían era trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el que obtendrían una mesada pensional muy superior a la que ofrecía el RPM, agregando la jefe del grupo, que el RAIS generaba una gran ventaja que consistía en que, independientemente si el afiliado reunía los requisitos para pensionarse, era él mismo quien definía si quería acceder a la gracia pensional o si reclamaba la totalidad del saldo acumulado en la cuenta de ahorro individual; a continuación dijo que durante ese año que ejecutó esas tareas, era esa la información que le brindaba a los potenciales afiliados, indicando que en ese periodo no recibió ninguna capacitación adicional por parte de la AFP Protección S.A.; ante varios interrogantes efectuados por la *a quo*, el accionante dijo que desconocía cuales eran las modalidades de pensión que existían en el RAIS, ni tampoco tenía conocimiento de la garantía de pensión mínima, ya que sobre eso no se le dijo nada en la capacitación, advirtiéndole que él reprodujo durante ese año como asesor, lo que anteriormente expuso; una vez retirado de esa entidad, quedó cesante durante un par de años, vinculándose a la empresa Mazautos, en donde ha estado vinculado por más de veintidós años; unos años más tarde, un asesor comercial de Porvenir S.A. visitó las instalaciones de la entidad empleadora, indicándole que ese fondo tenía una mayor tasa de rentabilidad, afirmación que lo llevó a moverse hacia esa administradora pensional, asegurando a continuación, que durante todos esos años estaba convencido que su mesada pensional sería

más alta cuando arribara a la edad de pensión o que en su defecto podría retirar los dineros de la cuenta de ahorro individual en caso de no querer pensionarse, que fue lo que le dijeron precisamente en la capacitación que recibió en el año 1994, sin embargo, en el año 2018 cuando se le hizo la simulación pensional, se dio cuenta que todo eso no era cierto, motivo por el que procedió con el trámite de la presente acción.

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, del interrogatorio de parte absuelto por el señor José Luis Vásquez Gómez, 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 plenario que acredite que la asimetría en la información que se produjo el 26 de julio de 1994 dejó de prolongarse con el paso de los años, pues no se acreditaron actos expresos o tácitos por parte del 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 afiliado al RAIS a sabiendas de las consecuencias que ello le traía; siendo pertinente señalar que el hecho de que el actor haya sido vinculado por la AFP Protección S.A. en el año 1994 para prestar sus servicios como asesor comercial, no significa que la capacitación que recibió por parte de la jefe del grupo de agentes comerciales fuera suficiente y sobre todo idónea, pues como se evidencia con lo dicho por el actor, la finalidad principal era obtener la mayor cantidad de afiliaciones, entregándoseles información que no era acorde con lo establecido en la ley, como por ejemplo lo dicho sobre la posibilidad de reclamar la devolución de saldos, independientemente de acreditarse los requisitos exigidos para acceder a la pensión de vejez, de lo que quedó convencido el actor y que lo llevó a replicar una información que realmente contraría lo

dispuesto en la ley 100 de 1993; sin que tampoco se acreditase el cumplimiento del deber legal de información por parte de la AFP Porvenir S.A. para el momento en el que el señor José Luis Vásquez Gómez se movió a ese fondo privado de pensiones, sin que el hecho de permanecer por más de veinticinco años en ese régimen pensional, demuestre per se los actos de correlacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia, pues como ya se ha dicho, lo importante es que 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 el actor recibió la simulación pensional efectuada por Protección S.A. el 29 de agosto de 2018 -págs.59 a 63- en la que se le dijo que a los 62 años de edad podía recibir una pensión de salario mínimo en el RAIS, mientras que en el RPM podía ascender a la suma de \$1.908.500; inmediatamente después, más exactamente el 10 de octubre de 2018 -pag.167- decidió iniciar la presenta acción tendiente a restituir las cosas al estado en el que se encontraban antes del 26 de julio de 1994.

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 Protección 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 Quinto 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 26 de julio de 1994, por lo que todos los actos posteriores ejecutados dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad carecen de validez.

Así las cosas, al no tener ningún efecto jurídico el traslado efectuado por el señor José Luis Vásquez Gómez al régimen de ahorro individual con solidaridad, correcta resultó la decisión de condenar a la AFP Porvenir S.A., a la que se encuentra afiliado 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 los dos fondos privados de pensiones en los que estuvo afiliado el señor José Luis Vásquez Gómez después del 26 de julio de 1994.

Bajo esa misma óptica, es del caso recordar que el traslado declarado ineficaz implica que ningún acto posterior al mismo produzca efectos, por lo que correcta resultó la decisión de la *a quo* consistente en condenar a los dos fondos privados de pensiones en los que estuvo afiliado el actor, a reintegrar a la Administradora Colombiana de Pensiones, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores que fueron cobrados al afiliado 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 26 de julio de 1994, se generó en ese momento un bono pensional tipo A en favor del señor José Luis Vásquez Gómez, nacido el 12 de junio de 1960 como se aprecia en su cédula de ciudadanía -pag.44-, por lo que, a pesar de que no existe prueba que demuestre el estado actual de ese instrumento de deuda pública, lo cierto es que el mismo se redimiría normalmente el 12 de junio de 2022, fecha en que el accionante cumple los 62 años de edad.

Así las cosas, como la declaratoria de ineficacia trae como consecuencia que las cosas se reestablezcan al estado en el que se encontraban antes del 26 de julio de 1994, necesario resulta modificar el numeral 2° de la sentencia objeto de estudio, con el fin de no incluir dentro de la condena la restitución de los bonos pensionales, como lo ordenó la *a quo*, para posteriormente adicionar la sentencia 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 26 de julio de 1994, procediendo, entre otras cosas y de ser el caso, a anular o dejar sin vigencia el bono pensional que se generó a favor del señor José Luis Vásquez Gómez y que tenía como fecha de redención normal el 12 de junio de 2022, 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 el accionante está a menos de diez años de arribar a la edad mínima de pensión, 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 el demandante siempre ha estado afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por Colpensiones, lo que muestra que de ninguna manera se está ordenando un nuevo traslado entre regímenes pensionales y por tanto no se transgrede la prohibición legal prevista en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

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 numeral 2° de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito, el cual quedarán así:

*“2. **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 JOSÉ LUIS VÁSQUEZ GÓMEZ, 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 Quinto 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 26 de julio de 1994, procediendo, entre otras cosas y de ser el caso, a anular o dejar sin vigencia, el bono pensional que se generó a favor del señor JOSÉ LUIS VÁSQUEZ GÓMEZ y que tenía como fecha de redención normal el 12 de junio de 2022.

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
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:

455efd499aab6e128db1745b2489cd87e20f5ce60ca30e3e7d9539125833cd9e

Documento generado en 07/07/2021 07:14:22 AM