

Constancia Secretarial: vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 24 de agosto de 2021, la totalidad de los intervinientes remitieron en término los alegatos de conclusión al correo institucional, como se aprecia en las constancias de recepción que obran en la subcarpeta 06 de la carpeta de segunda instancia.

Pereira, 9 de septiembre de 2021.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

PEREIRA, VEINTIDÓS DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTIUNO

Acta de Sala de Discusión No 147 de 20 de septiembre 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 16 de junio de 2021, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de COLPENSIONES, dentro del proceso promovido por la señora EDY FORERO MAYORGA, cuya radicación corresponde al N°66001310500520190001901.

AUTO

Se acepta la renuncia a la sustitución de poder que en su momento hiciera el doctor José Octavio Zuluaga Rodríguez en su calidad de representante legal de la sociedad Conciliatus S.A.S. (apoderada general de la Administradora Colombiana de Pensiones), a la doctora Paula Andrea Murillo Betancur, quien remitió la correspondiente comunicación el pasado 7 de septiembre de 2021, cumpliendo los requisitos previstos en el inciso 4° del artículo 76 del Código General del Proceso.

Con dicha renuncia, la apoderada general de la Administradora Colombiana de Pensiones, a través de su representante legal, doctor José Octavio Zuluaga

Rodríguez, reasume la representación judicial de esa entidad en los términos establecidos en la escritura pública N°3367 de 2 de septiembre de 2019.

ANTECEDENTES

Pretende la señora Edy Forero Mayorga que la justicia laboral acceda a 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 3 de diciembre de 1961, afiliándose al régimen de prima media con prestación definida en el mes de julio de 1980, en donde realizó cotizaciones interrumpidas hasta antes del 10 de septiembre de 2004 cuando se afilió al fondo privado de pensiones Porvenir S.A., trasladándose de esa manera al régimen de ahorro individual con solidaridad; posteriormente se movilizó en dos oportunidades dentro de ese régimen pensional, pasando a la AFP Protección S.A. y retornando a la AFP Porvenir S.A. en donde se encuentra vinculada actualmente; para el momento en el que se ejecutó el cambio de régimen pensional, no se le brindó la información que por ley correspondía, situación que se repitió en los movimientos efectuados al interior del RAIS. El 27 de diciembre de 2018, ante solicitud elevada por ella, la Administradora Colombiana de Pensiones negó su retorno al RPM bajo el argumento de estar inmersa en la prohibición legal establecida en la ley 100 de 1993.

Al dar respuesta a la acción -págs.178 a 191 expediente digitalizado- la Administradora Colombiana de Pensiones sostuvo que el paso de la señora Edy Forero Mayorga del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad se hizo con el lleno de los requisitos exigidos en la ley, al haberse realizado de manera libre, voluntaria y sin presiones; acotando que en caso de que se hubiese configurado la nulidad alegada por la parte actora, 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 de la demanda y formuló las excepciones de mérito que denominó “*Validez de la afiliación al RAIS*” “*Aceptación*

implícita de la voluntad del afiliado”, “Saneamiento de una presunta nulidad”, “Prescripción”, “Buena fe”, “Imposibilidad de condena en costas” y “Genérica”.

Por su parte, la AFP Protección S.A. procedió con la contestación de la demanda - págs.218 a 230- sosteniendo que la afirmación expuesta por la señora Edy Forero Mayorga consistente en que no se le brindó información previa para trasladarse al RAIS resulta inverosímil, pues de ser cierta esa aseveración, no se entiende como tomó la decisión de cambiar de régimen pensional. Sin embargo, de demostrarse esa aseveración, considera que ese yerro se saneó por el paso del tiempo, como lo establece el artículo 1750 del código civil. Se opuso a las pretensiones de la acción y planteó como excepciones de fondo las de *“Prescripción”, “Validez y eficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad”, “Validez y eficacia de la afiliación a Protección S.A.”, “Buena fe y confianza legítima”, “Compensación”, “Pago” e “Innominada o genérica”.*

A su turno, el fondo privado de pensiones Porvenir S.A. dio respuesta a la acción - págs.271 a 289 expediente digitalizado” aceptando que la señora Edy Forero Mayorga suscribió formulario de afiliación con esa entidad el 10 de septiembre de 2004, trasladándose de esa manera del RPM al RAIS, pero aclarando que ese acto jurídico cumplió con el lleno de los requisitos legales exigidos para ese momento histórico; informando que posteriormente la demandante pasó a la AFP Protección S.A., movilizándose nuevamente dentro del RAIS al regresar a Porvenir S.A., donde se encuentra válidamente afiliada en la actualidad. A pesar de que estima que no se ha viciado el consentimiento de la actora, señala que, si en gracia de discusión así hubiere sido, la nulidad que de ello se derivaría se habría saneado por el paso del tiempo, conforme lo previsto en el artículo 1750 del código civil. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas por la accionante y propuso las excepciones de mérito de *“Validez y eficacia de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento”, “Saneamiento de la supuesta nulidad relativa”, “Prescripción”, “Buena fe” e “Innominada o genérica”.*

En sentencia de 16 de junio 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 a la señora Edy Forero Mayorga, esto es, las características de ambos regímenes pensionales con sus ventajas y desventajas, razón por la que accedió a la ineficacia del traslado al RAIS surtido el 10 de septiembre de 2004; motivo por el que declaró 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 al fondo privado de pensiones Porvenir S.A., al que se encuentra vinculada actualmente, a restituir a la Administradora Colombiana de Pensiones el capital existente en la cuenta de ahorro individual de la accionante que correspondan a los aportes al sistema, junto con sus intereses y rendimientos financieros.

Posteriormente condenó a los fondos privados de pensiones Porvenir S.A. y Protección S.A. a reintegrar, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores que fueron descontados a la afiliada durante su permanencia en cada una de esas entidades y que estuvieron dirigidos a cancelar los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como las sumas destinadas a financiar la garantía de pensión mínima.

Seguidamente ordenó comunicar la decisión adoptada en el 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 10 de septiembre de 2004, procediendo, de ser el caso, a anular o dejar sin vigencia el bono pensional que se generó a favor de la demandante y que tenía como fecha normal de redención el 3 de diciembre de 2021.

Finalmente condenó en costas procesales a los fondos privados de pensiones Porvenir S.A. y Protección S.A. en un 100% a favor de la demandante.

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

La apoderada judicial de los fondos privados de pensiones Porvenir S.A. y Protección S.A. sostuvo que no hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de la señora Edy Forero Mayorga al régimen de ahorro individual con solidaridad, en la medida en que dentro del trámite procesal, más precisamente con el interrogatorio de parte absuelto por ella, quedó demostrado que la AFP Porvenir S.A. cumplió con el deber legal de información que le asistía para el 10 de septiembre de 2004, quedando demostrado que fue ella quien bajo su propia voluntad decidió permanecer afiliada por más de veinte años en el RAIS.

En caso de que se confirme la declaratoria de ineficacia, considera que las únicas sumas de dinero que deben ser restituidas a la Administradora Colombiana de Pensiones son las provenientes de las cotizaciones al sistema general de pensiones, pues las demás fueron cobradas con ocasión de la afiliación al RAIS que en este caso carecería de efectos, agregando que la orden impartida a devolver los gastos de administración, primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, constituyen un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones y un detrimento patrimonial de los fondos privados de pensiones demandados, quienes lo único que hicieron fue cumplir una orden legal, consistente en cobrar esos dineros para destinarlos a la gestión de la cuenta de ahorro individual de la demandante, protegerla frente a los riesgos de invalidez y muerte, entre otras cosas. Estima que no hay lugar a que se les condene en costas procesales, pues su comportamiento siempre se ha enmarcado en el cumplimiento de la ley en aplicación del principio de buena fe.

Finalmente solicita que se valore el interrogatorio de parte de la accionante, con el objeto de determinar si eventualmente hay lugar a compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación para que investigue si se configuró el delito de falso testimonio.

A su turno, la apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones coincidió con su antecesora respecto al cumplimiento del deber legal de información por parte de la AFP Porvenir S.A., agregando que en el proceso quedaron demostrados los actos de relacionamiento de los que trata la Corte Suprema de Justicia, pues como bien lo expuso la demandante, antes de llegar al límite temporal de traslado entre regímenes pensionales, se le informó que cuando le faltaren menos de diez años para arribar a la edad mínima de pensión, no podía

retornar al RPM, lo que implica que, al tener ese conocimiento y no haber tomado la decisión de regresar al RPM en tiempo, convalidó su afiliación y permanencia en el RPM. Es que lo que se vislumbra realmente en este proceso, es la inconformidad económica de la actora frente a la eventual mesada pensional que podría percibir en el RAIS, por lo que, siendo así realmente las cosas, la acción que debió impetrar fue la resarcitoria de perjuicios prevista en el artículo 10 del decreto 720 de 1994.

En todo caso, de no acogerse los argumentos expuestos anteriormente, considera que tampoco es viable acceder a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que la señora Forero Mayorga se encuentra inmersa en la prohibición legal establecida en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003.

Finalmente, conforme lo pide la apoderada judicial de los fondos privados de pensiones accionados, solicita que se analice el interrogatorio de parte de la accionante para que se defina si hay lugar a que se compulsen copias a la Fiscalía General de la Nación para que investiguen si incurrió en el delito de falso testimonio.

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 accionante solicitó la confirmación integral de la sentencia proferida 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 de la señora Edy Forero Mayorga al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada el 10 de septiembre de 2004?

¿Con la permanencia de la afiliada en el régimen de ahorro individual con solidaridad durante más de veinte años y su movilidad dentro del RAIS

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 no es correcto ordenar la devolución de los gastos o cuotas de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes?

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

¿Existe algún inconveniente en torno a que la afiliada se encuentre a menos de diez años de arribar a la edad mínima de pensión prevista en el régimen de prima media con prestación definida?

¿Hay lugar a exonerar a los fondos privados de pensiones de la condena emitida en su contra por concepto de costas procesales?

¿Existen motivos para compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación para que investigue a la señora Edy Forero Mayorga respecto a lo expuesto por ella en el interrogatorio de parte?

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</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>

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

3. La suscripción del formulario de afiliación.

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

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

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

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino

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

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

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

4. Carga de la prueba.

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

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

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

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

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

En sentencia SL3752 de 15 de septiembre de 2020, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, advirtiendo la importancia constitucional y legal que caracteriza el derecho a la seguridad social, recordó la necesidad de resolver los asuntos que son puestos en conocimiento de la jurisdicción teniendo en cuenta la verdadera intención que tienen los afiliados a través de sus actuaciones y no con base en las formalidades y protocolos; trayendo a colación como ejemplos los temas que han sido resueltos desde esa arista, como el relacionado con la desafiliación al sistema general de pensiones cuando no existe el reporte de la novedad de retiro del sistema, o como en los casos en que, sin existir afiliación a una administradora pensional, el afiliado realiza aportes durante un periodo importante, que conllevan a concluir que se ha presentado una afiliación tácita a pesar de no haberse diligenciado el correspondiente formulario; mostrando que, como en esos eventos, existen muchos otros en los que las manifestaciones efectuadas por los afiliados al sistema general de pensiones denotan su verdadera intención de permanecer vinculados en determinado régimen pensional.

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

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

Y más adelante continuó expresando:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

Conforme se expuso en el primer punto del fundamento jurisprudencial, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene definido que la acción que se debe estudiar cuando se reclama la ausencia total o parcial del deber de información por parte de los fondos privados de pensiones, no es otra que la ineficacia del acto jurídico que permitió el traslado entre regímenes pensionales, por lo que al haber orientado la actora la demanda en ese sentido, por imperativo jurisprudencial, independientemente de que la señora Forero Mayorga haya invocado la acción de nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, lo que corresponde es analizar el caso en la forma determinada por la Corte Suprema de Justicia, esto es, si el cambio de régimen pensional del demandante se dio en términos de eficacia; como correctamente lo abordó la funcionaria de primera instancia; por lo que bajo esa única y exclusiva postura, no le asiste razón a la apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones cuando sostiene en la sustentación del recurso de apelación que la acción que dirime este tipo de conflictos es la resarcitoria de perjuicios prevista en el artículo 10 del decreto 720 de 1994.

Resuelto lo anterior, se tiene entonces que con la solicitud de vinculación N°6230087 -pág.290 expediente digitalizado-, la señora Edy Forero Mayorga se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad el 10 de septiembre de 2004 cuando se vinculó a la AFP Porvenir S.A., sin embargo, la demandante inicia la presente acción al considerar que el cambio del RPM al RAIS no se cumplió con el lleno de los requisitos legales, al no habersele suministrado la información sobre las consecuencias que conllevaba tomar esa decisión; viciándose de esa manera su consentimiento.

Conforme con lo señalado por la demandante, se procederá a verificar, siguiendo, única y exclusivamente las reglas jurisprudenciales expuestas anteriormente, si la AFP Porvenir S.A. -quien tiene la carga probatoria en este tipo de procesos (como se explicó en el punto cuatro del fundamento jurisprudencial)-, cumplió con el deber legal de información que le correspondía para el 10 de septiembre de 2004 (primera etapa).

En lo que concierne al formulario de afiliación, más allá de que en dicho documento se evidencia la rúbrica de la señora Edy Forero Mayorga en la casilla denominada “*voluntad de afiliación – pensiones obligatorias*” en la que se hace constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la efectúa de manera libre, espontánea y sin presiones, y que los datos proporcionados son verdaderos; lo cierto es que, según lo dice la Sala de Casación Laboral, esa prueba no resulta suficiente para tener por demostrado el deber de información, pues, como mucho, demuestra un consentimiento, pero no informado.

Ahora, en el interrogatorio de parte, la señora Edy Forero Mayorga informó que se encuentra activa actualmente como cotizante al sistema general de pensiones, al estar prestando sus servicios como empleada pública a favor de la Fiscalía General de la Nación. A continuación, de acuerdo con las preguntas efectuadas por la falladora de primera instancia, la accionante informó que en el año 2004 suscribió de manera libre, voluntaria y sin presiones el formulario de afiliación que le entregó un asesor comercial del fondo privado de pensiones Porvenir S.A., indicando que previo a ese momento, recibió una charla por parte de ese agente comercial, quien le manifestó que en el régimen de ahorro individual con solidaridad podía pensionarse a cualquier edad, teniendo la posibilidad de ganar unos muy buenos rendimientos financieros, pero dependiendo si ella escogía un riesgo de inversión alto, medio o bajo, razón por la que ella decidió que sus rendimientos estuvieran en un riesgo de inversión medio; posteriormente, ante pregunta realizada por la *a quo*, manifestó que ese asesor comercial no le explicó nada más sobre las características del régimen de ahorro individual con solidaridad y mucho menos sobre el de prima media con prestación definida, expresando que no sabía cuáles eran las modalidades pensionales dentro del RAIS, ni tampoco que era la garantía de pensión mínima; frente a esos mismos aspectos, pero ante interrogantes hechos por la apoderada judicial de los fondos privados de pensiones accionados, respondió que no se le informó nada sobre el derecho de retracto y que había un periodo de gracia para regresar al RPM.

Continuando con el interrogatorio de parte, la directora del proceso le preguntó a la señora Edy Forero Mayorga si ella se movilizó dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad, respondiendo la demandante afirmativamente y explicando que lo hizo en el año 2016 con la AFP Protección S.A. (como en efecto se ve en el formulario de afiliación N°151188531 suscrito por ella el 25 de julio de

2016 -págs.248 y 249 expediente digitalizado-); después de esa respuesta, la *a quo*, le pregunta que cuantos años tenía para ese momento, respondiendo la demandante que tenía aproximadamente 45 años (sin embargo, como se ve en la copia de la cédula de ciudadanía visible en la página 29 del expediente digitalizado, la señora Edy Forero Mayorga nació el 3 de diciembre de 1961, lo que muestra que para el 25 de julio de 2016 ella tenía cumplidos 54 años de edad); sin corregir el yerro en el que incurrió la demandante, la falladora de primer grado continuó el interrogatorio y le preguntó cuál fue la información que le brindó Protección S.A. en ese momento, esto es, en el año 2016, respondiendo la accionante que ese fondo privado de pensiones le dijo que allí sus rendimientos serían mucho más altos que en Porvenir S.A., indicándole adicionalmente que ella ya no podía regresar al régimen de prima media con prestación definida.

Ante esa última respuesta, la funcionaria de primer grado, sin tener en cuenta que la accionante realmente no tenía 45 años para el 25 de julio de 2016, le preguntó porqué decidió continuar en el RAIS si tenía la posibilidad de trasladarse al RPM dentro de los dos años siguientes, a lo que la actora respondió que para el momento en el que se movilizó hacía Protección S.A. ella ya no tenía la posibilidad de regresar al régimen de prima media con prestación definida, como se lo había advertido Protección S.A.; pero, como la directora del proceso asumió que la actora realmente tenía 45 años cuando pasó a ese fondo privado de pensiones, estimó que la accionante estaba contradiciéndose y le pidió que dijera la verdad, ante lo que la señora Forero Mayorga aseguró que así lo estaba haciendo, reiterando que cuando se movió hacía Protección S.A. se le dijo que no podía regresar al RPM, indicando que seguramente se había equivocado en algo que hubiere dicho anteriormente, pero sin determinar que había incurrido en un lapsus en torno a la edad que realmente tenía para el 25 de julio de 2016, esto es, 54 años y no 45 como lo expresó en su momento.

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, cabe concluir que del formulario de afiliación y del interrogatorio de parte absuelto por la señora Edy Forero Mayorga, ni de ninguna de las pruebas allegadas al plenario se desprende el cumplimiento del deber legal de información por parte de la AFP Porvenir S.A., siendo pertinente señalar que tampoco existe prueba en el expediente que acredite que la asimetría en la información que se produjo el 10 de septiembre de 2004 dejó de prolongarse con su permanencia en el régimen de ahorro individual con

solidaridad por más de veinte años, no solamente porque esos hechos per se, no demuestran los actos de relacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia, sino porque no es verdad que a la accionante se le haya informado a los 45 años de edad, que el límite temporal para regresar en tiempo al régimen de prima media con prestación definida vencía cuando ella cumpliera los 47 años de edad, pues como se vio anteriormente, lo que pasó en este evento, más precisamente en el interrogatorio de parte, es que la señora Edy Forero Mayorga incurrió en un lapsus cuando dijo que para el momento en que se movió hacía Protección S.A. en el año 2016 tenía 45 años de edad, pues como ya se vio anteriormente, para la fecha exacta en que suscribió el formulario de afiliación con ese fondo privado de pensiones, esto es, el 25 de julio de 2016, ella ya había sobrepasado el límite temporal para retornar en tiempo al RPM al tener cumplidos 54 años; situación ésta que demuestra que la actora no estaba incurriendo en contradicción con sus dichos, pues efectivamente para ese momento, como se lo dijo Protección S.A., ella ya no podía trasladarse al RPM; por lo que, de acuerdo con lo expuesto por la Sala de Casación Laboral, realmente no quedó demostrado que la asimetría en la información que nació con el acto jurídico que materializó el cambio de régimen pensional, desapareciera durante todo el tiempo que estuvo vinculada en el RAIS, pues, por ejemplo, no obtuvo en tiempo la información que le permitiera la posibilidad de regresar en tiempo al RPM, pues se itera, para la fecha en la que se lo dijeron, 25 de julio de 2016, ella ya no podía hacer uso de esa herramienta legal para retornar a ese régimen pensional; por lo que no les asiste razón a las apoderadas judiciales de las entidades accionadas cuando afirman que a la demandante se le entregó en tiempo la información que le permitía decidir libremente sobre su permanencia en el RAIS o en su defecto regresar al RPM antes de los 47 años; por lo que, como ya se advirtió, no quedaron demostrados los referidos actos de relacionamiento.

Por lo expuesto, al no quedar probado en el proceso que a la accionante se le brindó la información que por ley correspondía y mucho menos que se presentaron actos de relacionamiento que hicieron desaparecer la asimetría en la información que se produjo el 10 de septiembre de 2004, 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 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 10 de septiembre de 2004, por lo que todos los actos posteriores ejecutados dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad carecen de validez como correctamente lo definió la *a quo*.

Así las cosas, al no tener ningún efecto jurídico el traslado efectuado por la señora Edy Forero Mayorga al régimen de ahorro individual con solidaridad, correcta resultó la decisión de condenar a la AFP Porvenir S.A., a la que se encuentra vinculada en la actualidad, más precisamente desde el 27 de mayo de 2017 cuando pasó desde la AFP Protección S.A., a restituir los dineros inmersos en la cuenta de ahorro individual de la actora 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 SL3034 de 7 de julio de 2021 en la que la Corte Suprema de Justicia reiteró 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 ordenó el juzgado de conocimiento a las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A.

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 Porvenir S.A. y Protección S.A. a reintegrar a la Administradora Colombiana de Pensiones, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores que fueron cobrados a la actora 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 destinados 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 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 10 de septiembre de 2004, se generó en ese momento un bono pensional tipo A en favor de la señora Edy Forero Mayorga nacida el 3 de diciembre de 1961 como se aprecia en su cédula de ciudadanía - pag.29 expediente digitalizado-, 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 3 de diciembre de 2021, fecha en que la accionante cumple los 60 años de edad.

Así las cosas, como la declaratoria de ineficacia trae como consecuencia que las cosas se reestablezcan al estado en el que se encontraban antes del 10 de septiembre de 2004, necesario resulta 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 10 de septiembre de 2004, procediendo, entre otras cosas y de ser el caso, a anular o dejar sin vigencia el bono pensional que se generó a favor de la señora Edy Forero Mayorga y que tenía como fecha de redención normal el 3 de diciembre de 2004, 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; como acertadamente lo ordenó la *a quo*.

En torno al hecho de que la afiliada se encuentre a menos de diez años de arribar a la edad mínima de pensión exigida en el RPM, ello en nada afecta 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 los fondos privados de pensiones accionados, es pertinente recordar que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece que “*Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso*”, lo que permite concluir que de acuerdo con el resultado arrojado en el proceso, el cual fue desfavorable a sus intereses, le correspondía a la *a quo* emitir condena en su contra por dicho concepto, la cual encuentra debidamente ajustada a derecho esta Corporación.

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

Finalmente, respecto a la solicitud de compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación para que investigue la actuación de la actora en este proceso, considera la Corporación que la misma no resulta procedente, en la medida en que, como se explicó anteriormente, lo que realmente se presentó en el interrogatorio de parte absuelto por ella fue un lapsus frente a la edad que tenía para el año 2016, lo que llevó a pensar equivocadamente a la funcionaria de primera instancia, que la demandante se estaba contradiciendo con sus dichos; error del cual se hubiesen podido percatar fácilmente ella y las apoderadas judiciales recurrentes, si revisan la cédula de ciudadanía de la accionante de la que se podía colegir sin equívocos que para el 25 de julio de 2016 la accionante ya había sobrepasado el límite temporal para trasladarse al RPM bajo los presupuestos del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, lo que concuerda con lo explicado por ella consistente en que la AFP Protección S.A. le informó en ese momento que no podía volver al RPM; razones por las que se resuelve negativamente la petición elevada en ese sentido por las entidades recurrentes.

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. CONFIRMAR la sentencia recurrida y consultada.

SEGUNDO. 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

**Sala 2 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

**German Dario Goez Vinasco
Magistrado
Sala 003 Laboral
Tribunal Superior 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:
04611b676b26ae8586c94552235ae4565f74e64b5c640d6d5a394cc51c1474b2
Documento generado en 22/09/2021 07:01:10 AM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**