

Constancia Secretarial: vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 7 de diciembre 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 la subcarpeta 07 de la carpeta de segunda instancia.

Pereira, 18 de enero de 2022.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ
Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
PEREIRA, VEINTISÉIS DE ENERO DE DOS MIL VEINTIDÓS
Acta de Sala de Discusión No 09 de 24 de enero de 2022

SENTENCIA ESCRITA

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito el 15 de julio de 2021, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de COLPENSIONES, dentro del proceso promovido por la señora LEDY DEL CARMEN PARADA REYES, cuya radicación corresponde al N°66001310500120180037101.

AUTO

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

ANTECEDENTES

Pretende la señora Ledy del Carmen Parada Reyes que la justicia laboral acceda a la nulidad de la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad a través del fondo privado de pensiones Protección S.A. y consecuentemente que se declare válida y vigente la afiliación primigenia efectuada al régimen de prima media con prestación definida. Con base en ello, aspira que se condene a los fondos privados de pensiones demandados a girar la totalidad de los emolumentos a que haya lugar a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, lo que resulte probado extra y ultra petita, además de las costas procesales a su favor.

Refiere que: después de estar afiliada al régimen de prima media con prestación definida, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través del fondo privado de pensiones Protección S.A., sin embargo, para tomar esa decisión, el agente comercial designado por esa entidad para llevar a cabo el cambio de régimen pensional, no le brindó la totalidad de la información que la ley exigía, pues únicamente le dijo que el Instituto de Seguros Sociales iba a desaparecer, motivo por el que debía vincularse al RAIS, en donde podría obtener la pensión de vejez de manera anticipada y con una mesada mucho más alta que la ofrecida en el RPM; así mismo le comunicó que en caso de fallecimiento el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual podía pasar a manos de sus herederos y además, afirmó, que llegada la edad mínima de pensión, era ella quien definía si quería acceder a la pensión de vejez o por el contrario recibir la totalidad de los dineros inmersos en la cuenta de ahorro individual; con base en esos mismos argumentos se movilizó a la AFP Porvenir S.A., quien tampoco cumplió con el deber de suministrarle la información que por ley correspondía.

En documento emitido el 17 de abril de 2018, el fondo privado de pensiones Colfondos S.A. le informó que en su cuenta de ahorro individual tenía acumulado un capital equivalente a la suma de \$427.004.217, pero que al momento de arribar a la edad mínima de pensión podría acceder a una pensión equivalente a la suma de \$1.671.900; pero, con esa misma densidad de cotizaciones, podría acceder a una mesada pensional de \$6.418.100 en el RPM.

El 18 de julio de 2018, ante solicitud elevada por ella, Colpensiones negó su traslado al RPM, expresándole que ese movimiento no era procedente al encontrarse incurso en una prohibición legal.

Al contestar la acción -págs.76 a 83 expediente digitalizado- la Administradora Colombiana de Pensiones se opuso a la totalidad de las pretensiones manifestando que, de acuerdo con los documentos inmersos en el expediente, no existe prueba que acredite que la accionante fue inducida a error por parte del fondo privado de pensiones Protección S.A. con el que se materializó el traslado al régimen de prima media con prestación definida el 10 de enero de 1995, motivo por el que ese acto jurídico se reputa válido; añadiendo que en este tipo de casos tampoco es dable acceder a las pretensiones ya que los afiliados se encuentran inmersos en la prohibición legal prevista en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003. Formuló las excepciones de mérito que denominó *“Inexistencia de la obligación demandada”, “Prescripción” y “Declaratoria de otras excepciones”*.

La AFP Protección S.A. respondió la demanda -págs.134 a 167 expediente digitalizado- sosteniendo que el acto jurídico que significó el traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad es lícito y ajustado a derecho en la medida en que la voluntad de la afiliada fue totalmente consciente de las consecuencias jurídicas que de allí se desprendían, aseverando a renglón seguido que la demandante no fue víctima de la inducción a error que se proclama dentro del escrito inaugural, pero que, en caso de así hubiere sido, el mismo 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 propuso las excepciones de mérito de *“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” y “Afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado”*.

Por su parte, el fondo privado de pensiones Porvenir S.A. respondió la demanda - págs.193 a 231 expediente digitalizado-, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones de la señora Ledy del Carmen Parada Reyes, bajo los mismos argumentos que en su momento expuso el fondo privado de pensiones Protección S.A., planteando también las doce excepciones de mérito relacionadas anteriormente.

En sentencia de 15 de julio 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 que el fondo privado de pensiones Protección S.A. no cumplió con la carga probatoria que le incumbía en este proceso, al constatar que no le brindó la totalidad de la información que debía ponerle de presente a la afiliada Ledy del Carmen Parada Reyes, esto es, las características de ambos regímenes pensionales con sus ventajas y desventajas, razón por la que decidió acceder a la ineficacia del traslado al RAIS surtido el 10 de enero de 1995; 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 decisiones, condenó a la AFP Porvenir S.A., entidad a la que se encuentra afiliada actualmente la actora, a restituir a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, la totalidad de las sumas de dinero provenientes de los aportes o cotizaciones efectuados al sistema general de pensiones, junto con sus intereses y rendimientos financieros, además del valor del bono pensional que eventualmente se hubiere consignado en la cuenta de ahorro individual de la accionante.

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

Finalmente, condenó a la AFP Protección S.A. en costas procesales en un 100% a favor de la demandante, determinando a renglón seguido que, para la correspondiente liquidación que realice la secretaría del juzgado en el momento procesal oportuno, se deberá incluir la suma de \$4.542.630 por concepto de agencias en derecho.

Inconformes con la decisión, los fondos privados de pensiones Protección S.A., Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones interpusieron recursos de apelación en los siguientes términos:

La apoderada judicial del fondo privado de pensiones Protección S.A. sostiene que no es jurídicamente procedente que se le ordene a esa entidad restituir las sumas descontadas a la afiliada durante su permanencia en ese fondo pensional por concepto de gastos o cuotas de administración, por cuanto esas sumas fueron cobradas por ministerio de la ley, lo que permitió que se administrara y gestionara adecuadamente la cuenta de ahorro individual de la señora Ledy del Carmen Parada Reyes, generando unos excelentes rendimientos financieros a su favor. Así mismo, estima que no es correcto que se condene a esa entidad en costas procesales, debido a que su actuar se ha ceñido al estricto cumplimiento de la ley, en aplicación del principio de buena fe.

Por su parte, la apoderada judicial de la AFP Porvenir S.A. asegura que en el curso del proceso quedó demostrado que la accionante, no solamente recibió la información que por ley correspondía cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, sino que al movilizarse dentro de ese régimen pensional y permanecer afiliada en él por más de veinte años, ratificó su voluntad de pertenecer a él, acreditándose de esta manera los actos de relacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia, razón por la que no se puede acceder a las pretensiones de la demanda.

A continuación, sostuvo que la razón por la que se promueve el presente ordinario laboral de primera instancia es netamente económica, ya que lo que pretende la demandante es regresar al RPM para posteriormente devengar una mesada pensional superior a la que puede financiarse con sus cotizaciones; por lo que, siendo así las cosas, no era la acción de ineficacia la llamada resolver esos problemas jurídicos, sino la resarcitoria de perjuicios prevista en el decreto 720 de 1994.

Finalmente, considera que tampoco hay lugar a que se ordene la devolución de los gastos de administración, ni las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, ya que esas sumas fueron descontadas por ministerio de la ley, situación que permitió la adecuada gestión de la cuenta de ahorro

individual de la demandante, además de haberla protegida frente a los riesgos de invalidez y muerte; agregando que ordenar la devolución de esos rubros constituyen un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones y un detrimento patrimonial para los fondos privados de pensiones.

Por su parte, la apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones manifestó que de acuerdo con lo establecido en el artículo 10 del decreto 720 de 1994, la acción que debió elevarse en este caso era la resarcitoria de perjuicios y no la de nulidad o ineficacia del traslado elevada por la parte actora.

Así mismo, sostiene que en el curso del proceso quedó demostrado que el fondo privado de pensiones Protección S.A. le brindó a la señora Ledy del Carmen Parada Reyes la información que la ley exigía para el 10 de enero de 1995, razón por la que no es dable acceder a las pretensiones de la acción.

Tampoco se puede ordenar el regreso de la accionante al RPM, por cuanto la demandante 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, en caso de que se confirme la decisión de primera instancia, solicita que se adicione la sentencia imponiéndole a la AFP Colfondos S.A. un término perentorio para que cumpla con las condenas emitidas en el proceso.

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 solicitó la confirmación integral de la sentencia emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito el 15 de julio de 2021.

Cuestión previa

Pese a que este Ponente no comparte la justificación ni la interpretación que realiza la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia frente al literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100/1993 y por ello en providencias anteriores como la proferida el 22/07/2020, Rad. No. 2018-00269-01, entre otras, bajo la autorización emitida por las sentencias C-836 de 2001 y C-621 de 2015 se había apartado del criterio expuesto por el alto tribunal al amparo de la autonomía judicial, para anunciar que cuando un trabajador alega engaño por una AFP para obtener un traslado de régimen pensional, debe presentar una acción de resarcimiento de perjuicios tal como obliga el artículo 10º del Decreto 720 de 1994, lo cierto es que ocasión a la sentencia de tutela de primer grado emitida por ese alto tribunal con número de expediente STL4759-2020, a través de la cual se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado por esa corporación en los asuntos de ineficacia de afiliación, bajo el debido respeto por el superior, se obedecerá en este caso y en los sucesivos la posición mayoritaria que ostenta la mencionada Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

PROBLEMAS JURÍDICOS

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

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

¿Hay lugar a declarar ineficaz la afiliación de la señora Ledy del Carmen Parada Reyes al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada el 10 de enero de 1995?

¿Con el movimiento ejecutado por la afiliada al interior del RAIS y su permanencia en ese régimen pensional durante más de veinte años, desapareció la asimetría en la información que se echa de menos en la presente acción?

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

¿Les asiste razón a los fondos privados de pensiones cuando afirman que no es dable ordenar la restitución de los dineros que fueron cobrados por concepto de gastos de administración y primas de los seguros previsionales?

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

¿Existe algún inconveniente en torno a que el afiliado se encuentre a menos de diez años de arribar a la edad mínima de pensión prevista en el RPM?

¿Les corresponde a los jueces emitir un término perentorio para el cumplimiento de las sentencias?

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

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

FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL

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

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

En 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:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo

	<i>Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

3. La suscripción del formulario de afiliación.

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

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

demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

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

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

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

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

4. Carga de la prueba.

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

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

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

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

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

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

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

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

Y más adelante continuó expresando:

“En ese orden de ideas, es dable concluir que, aun cuando no haya certeza de si el afiliado recibió al momento de su traslado toda la información

requerida, existen otros mecanismos que permiten colegir que la persona tenía vocación de permanecer en el régimen y que contaba con todos los elementos para forjar con plena convicción su elección.

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

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

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

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

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

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

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

Lo anterior, puesto que a través de los actos de relacionamiento que quedaron plenamente acreditados dentro del proceso, esto es, el traslado horizontal constante entre administradoras de pensiones dentro del Régimen de Ahorro Individual, la información, aunque parcial, dio cada uno de los fondos y el regreso permanente a la primera entidad elegida, se puede

razonablemente entender la vocación que tenía la accionante de permanecer vinculada en el Régimen de Ahorro y, sobre todo, de no retornar a Colpensiones pese a las prerrogativas con las que allí inicialmente contaba.

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

CASO CONCRETO

Conforme se expuso en el primer punto del fundamento jurisprudencial, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene definido que la acción que se debe estudiar cuando se reclama la ausencia total o parcial del deber de información por parte de los fondos privados de pensiones, no es otra que la ineficacia del acto jurídico que permitió el traslado entre regímenes pensionales, por lo que al haber orientado la actora la demanda en ese sentido, por imperativo jurisprudencial, lo que corresponde es analizar el caso en la forma determinada por la Corte Suprema de Justicia, esto es, si el traslado del demandante al RAIS se dio en términos de eficacia; por lo que bajo esa única y exclusiva postura, no le asiste razón a las apoderadas judiciales del fondo privado de pensiones Porvenir S.A. y de la Administradora Colombiana de Pensiones cuando afirman que la acción que debió incoar la señora Ledy del Carmen Parada Reyes era la resarcitoria de perjuicios prevista en el artículo 10 del Decreto 720 de 1994.

Resuelto lo anterior, se tiene entonces que con la solicitud de vinculación N°0430372 -págs.47 y 168 expediente digitalizado-, la señora Ledy del Carmen Parada Reyes se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad el 10 de enero de 1995 cuando se vinculó a la AFP Protección S.A., sin embargo, la demandante inicia la presente acción al considerar que el cambio del RPM al RAIS no se cumplió con el lleno de los requisitos legales al no habersele suministrado la totalidad de la información sobre las consecuencias que conllevaba tomar esa decisión; viciándose de esa manera su consentimiento.

Conforme con lo señalado por la demandante, se procederá a verificar, siguiendo, única y exclusivamente las reglas jurisprudenciales expuestas anteriormente, si la AFP 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 10 de enero de 1995 (primera etapa).

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

Ahora, en el interrogatorio de parte, la señora Ledy del Carmen Parada Reyes sostuvo que en el año 1995 fue abordada por un asesor comercial de la AFP Protección S.A., quien le manifestó que debía trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, por cuanto en ese régimen pensional podía pensionarse de manera anticipada y con una mesada mucho más alta que la que se ofrecía en el régimen de prima media con prestación definida; también se le dijo que en caso de fallecimiento, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual podía pasar a manos de sus herederos; de la misma manera se le comunicó que al llegar a la edad mínima de pensión, sería ella quien definiría si accedía a la pensión de vejez o reclamaba la totalidad del saldo acumulado en la cuenta de ahorro individual; sin embargo, no se le dijo nada más sobre las consecuencias que conllevaba trasladarse del RPM al RAIS; pues no se le dijo cuáles eran las herramientas legales que tenía para regresar en término al régimen de prima media con prestación definida; tampoco se le dijo como era la forma en la que se iba a pensionar de manera anticipada. En torno al movimiento efectuado dentro del RAIS, manifestó que la información que en su momento se le entregó no varió, pues se le dijo exactamente lo mismo.

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, ni del formulario de afiliación, ni del interrogatorio de parte absuelto por la señora Ledy del Carmen Parada Reyes, ni de ninguna de las pruebas allegadas al plenario se desprende el cumplimiento del deber legal de información por parte de la AFP Protección S.A., sin que tampoco exista prueba en el expediente digitalizado que acredite que la asimetría en la información que se produjo el 10 de enero de 1995 dejó de

prolongarse con el paso de los años, pues a pesar de que la accionante se movilizó dentro del RAIS cuando se afilió a la AFP Porvenir S.A., entidad en la que se encuentra vinculada actualmente, y ha permanecido afiliada al RAIS por más de veinte años realizando cotizaciones al sistema general de pensiones a través de ese régimen pensional, la verdad es que ese fondo privado de pensiones tampoco acreditó haberle suministrado a la afiliada la información que la ley exigía para el momento en que decidió movilizarse hacia Porvenir S.A., además de que el hecho de permanecer afiliado por tantos años a ese régimen pensional no es una situación que 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 durante ese periodo en el que los afiliados permanecen en el RAIS desaparezca por completo esa asimetría en la información que nace con el acto jurídico que materializa el cambio de régimen pensional, lo cual no aconteció en el presente asunto.

Por lo expuesto, al no haberse demostrado que a la accionante se le brindó la información que por ley correspondía y que su permanencia en el RAIS durante más de veinte años no hizo desaparecer la asimetría en la información que se produjo el 10 de enero de 1995, indefectiblemente, conforme con lo sentado por la Corte Suprema de Justicia, no queda otro camino que confirmar la decisión emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito, consistente en declarar la ineficacia del acto jurídico por medio del cual la accionante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 10 de enero de 1995, por lo que todos los actos posteriores ejecutados dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad carecen de validez.

Así las cosas, al no tener ningún efecto jurídico el traslado efectuado por la señora Ledy del Carmen Parada Reyes al régimen de ahorro individual con solidaridad, se confirmará la condena emitida por la *a quo* en contra de la AFP Porvenir S.A. -en la que se encuentra vinculada actualmente- consistente en girar a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones el capital existente en la cuenta de ahorro individual, proveniente de los aportes o cotizaciones al sistema general de pensiones, junto con sus intereses y rendimientos financieros.

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 la falladora de primera instancia a los fondos privados de pensiones Porvenir S.A. y Protección S.A.; por lo que no le asiste razón a sus apoderadas judiciales cuando afirman en las sustentaciones de los recursos de apelación que no era procedente la restitución de estos emolumentos.

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 las AFP 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 al actor durante su permanencia en cada una de esas entidades y que estuvieron destinados a cancelar las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como los valores dirigidos a financiar la garantía de pensión mínima; 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.

Al haber operado un traslado desde el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 10 de enero de 1995, se generó en ese momento un bono pensional tipo A en favor de la señora Ledy del Carmen Parada Reyes nacida el 20 de agosto de 1959 como se aprecia en la copia de su cédula de ciudadanía -pag.31 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 redimió normalmente el pasado 20 de agosto de 2019, fecha en que la accionante cumplió los 60 años de edad; por lo que, teniendo en cuenta que el artículo 17 del Decreto 1748 de 1995 dispone que esta clase de bonos se pagan dentro del mes siguiente a la fecha de redención (sin necesidad de solicitud previa), claro es que el mismo debió entrar a la cuenta de ahorro individual de la demandante antes del 20 de septiembre de 2019; razón por la que, al tener que restituirse las cosas al estado en el que se encontraban para el

10 de enero de 1995, al carecer de efectos jurídicos el traslado al RAIS ejecutado en esa calenda, se modificará el ordinal tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito, con el objeto de no incluir dentro de la condena la restitución del valor del bono pensional a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, para posteriormente adicionar ese ordinal en el sentido de condenar al fondo privado de pensiones Porvenir S.A., en caso de haber recibido el pago del bono pensional en favor de la cuenta de ahorro individual de la actora, a restituir la suma pagada por ese concepto pero a favor de la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, suma que deberá estar debidamente indexada, precisándose que esa actualización del valor del bono pensional debe ser cancelada con los recursos propios del fondo privado de pensiones Porvenir S.A.

Así mismo, se adicionará la sentencia proferida por la *a quo* en el sentido de comunicar a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público la decisión adoptada en el presente caso, con el objeto de que tenga conocimiento de la orden impartida frente al bono pensional tipo A redimido y eventualmente pagado por parte de esa entidad a favor de la cuenta de ahorro individual de la accionante, y para que posteriormente, haciendo uso de trámites internos y a través de canales institucionales, ejecute todas las acciones pertinentes para retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban para el 10 de enero de 1995.

En torno al hecho consistente en que la accionante arribó a la edad mínima de pensión en el RPM, la verdad es que ese suceso no afecta en nada la decisión tomada en este proceso, por cuanto, como se ha explicado recurrentemente a lo largo de la presente providencia, la declaratoria de ineficacia trae como consecuencia jurídica que los actos emitidos a partir de ese momento no tienen ninguna validez, lo que lleva a que las cosas se reestablezcan al estado en el que se encontraban, es decir, que al no haberse consumado legalmente el cambio de régimen pensional, el mismo no tiene validez y por tanto la demandante siempre ha estado afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por Colpensiones, lo que muestra que de ninguna manera se está ordenando un nuevo traslado entre regímenes pensionales y por tanto no se transgrede la prohibición legal prevista en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

En lo atinente al reclamo efectuado por la apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones relativo a que se adicione la sentencia de primer grado en el sentido de imponer un término perentorio para el cumplimiento de las órdenes emitidas en la sentencia, pertinente es recordar que de acuerdo con lo previsto en el artículo 302 del CGP, la decisión adoptada en las sentencias judiciales deben cumplirse a partir del momento en el que quedan debidamente ejecutoriadas, sin que le sea dable al juez conceder términos adicionales que no están contemplados en la ley; motivo por el que no resulta procedente adicionar la providencia objeto de estudio en los términos solicitados por la entidad recurrente.

Respecto a la condena en costas emitida en el curso de la primera instancia en contra de Protección S.A., 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.

Ahora, más allá de que no hubo ninguna queja en contra de la fijación de las agencias en derecho efectuada por la falladora de primer grado en la sentencia objeto de estudio, lo cierto es que el Tribunal no puede pasar por alto esa situación, en consideración a que con dicho proceder se contraría el diseño procesal vigente, por cuanto esa no era la oportunidad para adelantar dicha actuación, por cuanto el artículo 366 del CGP establece que **ese es un trámite que se realiza de manera concentrada en el juzgado que conoce el proceso en primera instancia, y solamente procede su liquidación una vez quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso**, por lo que de conformidad con lo dispuesto en la norma en cita, improcedente resultó la decisión de la *a quo* consistente en fijar el valor de las agencias en derecho en la sentencia de primera instancia, ya que ese trámite solo es válido adelantarlos cuando quede en firme la providencia que ponga fin al proceso, lo cual aún no ocurre; razón por la que se revocará parcialmente el ordinal séptimo de la sentencia recurrida en el sentido de no incluir la fijación de las agencias en derecho, por no ser ese el momento dispuesto en la ley procesal para fijar las agencias en derecho.

Como quiera que en la sentencia STL10364-2020 la Sala de Casación Laboral instó a esta Sala a tener en cuenta que la condena en costas se debe fulminar con

independencia de los factores subjetivos que pudieren existir en favor de la persona que resulte vencida o de aquella a quien se resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, las costas en esta instancia corren a cargo de las entidades recurrentes en un 100% y por partes iguales, a favor de la demandante.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. MODIFICAR el ordinal TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito, el cual quedarán así:

*“**TERCERO. A. CONDENAR** al fondo privado de pensiones PORVENIR S.A. a girar a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la señora LEDY DEL CARMEN PARADA REYES, proveniente de las cotizaciones efectuadas al sistema general de pensiones, junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado.*

***B. CONDENAR** al fondo privado de pensiones PORVENIR S.A a restituir, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexadas, las sumas de dinero que fueron descontadas a la señora LEDY DEL CARMEN PARADA REYES durante su permanencia en esa entidad y que fueron destinadas a pagar los gastos o cuotas de administración, así como aquellas que fueron dirigidas a financiar la garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes; a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES.”.*

SEGUNDO. ADICIONAR el ordinal TERCERO de la sentencia recurrida, con un literal del siguiente tenor:

*“**C. CONDENAR** a la AFP PORVENIR S.A., de haber recibido el pago del bono pensional en favor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, a restituir la suma pagada por ese concepto a la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, monto que deberá estar debidamente indexado, precisándose que esa actualización del valor del bono pensional debe ser cancelado con su propio patrimonio.”.*

TERCERO. ADICIONAR la sentencia emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito, en el sentido de **COMUNICAR** a la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO la decisión adoptada en este proceso, con el objeto de que

tenga conocimiento de la orden impartida frente al bono pensional tipo A que una vez redimido debió ser pagado por parte de esa entidad a favor de la cuenta de ahorro individual de la accionante, y para que posteriormente, haciendo uso de trámites internos y a través de canales institucionales, ejecute todas las acciones pertinentes para retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban para el 10 de enero de 1995.

CUARTO. REVOCAR parcialmente el ordinal SÉPTIMO de la sentencia de primera instancia, el cual quedará así:

“SÉPTIMO. CONDENAR en costas procesales al fondo privado de pensiones PROTECCIÓN S.A. en un 100%, a favor de la parte actora.”.

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

SEXTO. 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
Ausencia justificada

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:

fd675451b8a077e6ec9b14a94f994855bc8077d8e40705b4427710edcd9b5a4e

Documento generado en 26/01/2022 07:00:12 AM

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