



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora
OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

Providencia	Consulta y apelación sentencia
Proceso	Ordinario Laboral
Radicación No	66001-31-05-003-2020-00294-01
Demandante	Jairo Antonio Arbeláez Zuluaga
Demandado	Colpensiones, Colfondos S.A. y Porvenir S.A.
Juzgado de origen	Tercero Laboral del Circuito de Pereira.
Tema a tratar	Ineficacia de traslado

Pereira, Risaralda, doce (12) de diciembre de dos mil veintidós (2022)
Acta de discusión 205 del 12-12-2022

Vencido el término para alegar otorgado a las partes, procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira a proferir sentencia con el propósito de resolver el grado jurisdiccional de consulta y desatar los recursos de apelación presentados contra la sentencia proferida el 21 de julio de 2022 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido **Jairo Antonio Arbeláez Zuluaga** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, Colfondos S.A. y Porvenir S.A.**

De manera liminar se reconoce personería para actuar en este asunto en los términos del poder conferido a Mariluz Gallego Bedoya, identificada con la cédula de ciudadanía 52406428 de Bogotá y tarjeta profesional 227045, en razón a la

Ordinario Laboral
Rad. 66001-31-05-003-2020-00294-01
Jairo Antonio Arbeláez Zuluaga vs. Colpensiones, Colfondos S.A. y Porvenir S.A.
sustitución de poder que le hiciera Miguel Ángel Ramírez Gaitán representante legal
de la firma World Legal Corporation S.A.S, apoderado de Colpensiones.

ANTECEDENTES:

1. Síntesis de la demanda, su contestación y crónica procesal

Jairo Antonio Arbeláez Zuluaga pretende que se declare que tiene plena validez el traslado solicitado el 19-01-2005 al ISS hoy Colpensiones y, por ende, los traslados a la AFP “no conservan efectos legales” o subsidiariamente que se declare la ineficacia de la “vinculación” que realizó a Colfondos S.A. en el mes de enero de 1998 y, posteriormente, la que efectuada a Porvenir S.A.

En consecuencia, se ordene a Porvenir S.A. traslade a Colpensiones todos los aportes junto con los respectivos rendimientos financieros y a ésta última que reconozca y pague la pensión de vejez a partir del 03-09-2019 en cuantía de \$3´004.177 así como su retroactivo pensional que a la fecha de presentación de la demanda ascendía a \$44´762.237 y los intereses moratorios o subsidiariamente la indexación.

Por último, que se condene a Colpensiones a las costas procesales.

Fundamenta sus aspiraciones en que: i) el 03-09-1957 nació; ii) se afilió en el mes de junio de 1986 al ISS en razón de su vínculo laboral con Empresas Públicas de Pereira; iii) en enero de 1998 (sic) suscribió formulario de afiliación con Colfondos S.A., porque en esa oportunidad el asesor le dijo que el ISS se iba acabar, por lo que le sugirió trasladarse para ese fondo; iv) en enero de 2002 se trasladó para Porvenir S.A.; v) las AFP omitieron informarle sobre las ventajas, desventajas, características e implicaciones del cambio de régimen, así como tampoco le realizaron una proyección pensional; además, ninguna mención le hicieron respecto

de la negociación de su bono pensional y las consecuencias de llegar a escoger la pensión anticipada.

vi) Le realizaron un cálculo actuarial en el que se concluyó que su pensión en el RPM para el 03-09-2019 sería de \$3´004.177 mientras que en el RAIS alcanzaría a \$1´182.287, por lo que *“La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.”* le generó un *“grave daño y perjuicio”* debido a la diferencia pensional de \$1´821.890.

vii) El 19-01-2005, cuando tenía 47 años de edad, solicitó al ISS hoy Colpensiones su afiliación; entidad que guardó silencio, por lo que él entendió que nuevamente estaba afiliado a dicha administradora; razón por la cual su empleador – Flota Occidental – continuó realizando los aportes a dicha entidad.

vii) El 22-09-2006 solicitó al ISS una constancia de afiliación y reportó como nuevo empleador a Catercol S.A.; sin embargo, la entidad guardó silencio.

viii) El 30-07-2019 requirió nuevamente a Colpensiones *“la materialización del Traslado de Régimen”* que hizo en el año 2005, la que fue negada, bajo el argumento de que no existía evidencia del registro de esa solicitud.

ix) El 17-09-2020 elevó petición a Colpensiones para la nulidad del traslado del RPM al RAIS, así como para el reconocimiento de la pensión de vejez con base en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

Tanto **Colpensiones** como **Colfondos S.A. y Porvenir S.A.** se opusieron a las pretensiones elevadas, porque el accionante firmó de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación al RAIS. Colpensiones indicó que aquel no era beneficiario del régimen de transición por edad ni tiempo de servicios; argumento que también dijo Porvenir S.A. en su contestación, pero agregó que el traslado del actor a

Ordinario Laboral
Rad. 66001-31-05-003-2020-00294-01
Jairo Antonio Arbeláez Zuluaga vs. Colpensiones, Colfondos S.A. y Porvenir S.A.
Colfondos S.A. fue el 12-12-1997; luego, se pasó a Porvenir S.A. el 21-01-2002
efectivo el 01-03-2002.

Por su parte, Colfondos S.A. indicó que era improcedente que el actor retornara a Colpensiones al estar a menos de 10 años para pensionarse.

También propusieron similares excepciones de mérito, entre otras, “*buena fe*” y “*prescripción*”.

2. Síntesis de la sentencia

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira declaró la ineficacia del traslado realizado al RAIS el 01-11-1995 (sic) a Colmena S.A. (sic) y, en consecuencia, condenó a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones los saldos de la cuenta de ahorro individual del demandante “*en la forma que indicamos precedentemente*”, incluyendo un detalle pormenorizado de los ciclos de cotización efectuado a dicha entidad o cualquier otra AFP.

Asimismo, ordenó a Colpensiones habilitar la afiliación del demandante y a que una vez reciba toda la información proceda hacer las correcciones necesarias para actualizar su historia laboral.

Por último, condenó a Colfondos S.A. al 100% de las costas procesales a favor de la parte demandante, pero exoneró a Colpensiones y Porvenir S.A.

Como fundamento de tal determinación, la *a quo* consideró que en este caso había lugar a la declaratoria de ineficacia porque la AFP Colfondos S.A. no demostró la información que brindó al demandante al momento del cambio de régimen, pues del interrogatorio de parte evidenció que la misma fue genérica y parcializada, sin que le hubiera explicado las características en uno y otro régimen y mucho menos las implicaciones de su traslado.

En este sentido, indicó que como consecuencia de la declaratoria de ineficacia era necesario volver al estado en que se encontraba el demandante al momento de ese traslado, de ahí, que le haya ordenado a Porvenir S.A. retornar a Colpensiones todas las cotizaciones, saldos, frutos e intereses, así como los rendimientos financieros, gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales; orden que no quedó consignada en la parte resolutive de la sentencia.

Además, frente al reconocimiento pensional señaló que el actor debía de agotar la vía gubernativa para este tipo de prestaciones; manifestación que tampoco quedó consignada en la parte resolutive.

3. De los recursos de apelación

Inconforme con la decisión **el demandante** solicitó modificar la decisión de primera instancia con el fin de que se condenara a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez a partir del 03-09-2019 toda vez que cumplió los requisitos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, pues tenía para esa época 62 años y más de 1300 semanas; además, que esa prestación fue solicitada con la reclamación administrativa elevada en el año 2020, sin que tenga incidencia que Colpensiones no se haya pronunciado frente a la misma, pues la respuesta ofrecida por dicha entidad fue genérica, limitándose solo a la declaratoria de ineficacia de la afiliación.

Por su parte, **Colpensiones** señaló que al demandante se le suministró la información que para la época las AFP debían de entregar, por lo que era improcedente su regreso al RPM, pues de hacerlo atentaría contra el principio de sostenibilidad financiera.

Por último, **Porvenir S.A.** indicó que la sentencia no tuvo en cuenta la confesión que hizo el demandante en su interrogatorio sobre la información que recibió al momento del traslado de régimen y como actualmente recibe los extractos de la

entidad, lo que dejaban observar que su permanencia en el RAIS fue producto de su voluntad; por el contrario, se observa que la motivación de él para este proceso es de índole económica no siendo esta la acción a promover, pero, si se confirmara la declaratoria de la ineficacia no habría lugar a la devolución de los gastos de administración ni seguros previsionales, pues estos son descuentos permitidos por la ley; además, señaló que se incurrió en una doble sanción al disponer retornar los rendimientos financieros, intereses y sus frutos junto con el capital.

4. Grado jurisdiccional de consulta

Como la anterior decisión, resultó adversa a los intereses de Colpensiones, de la que es garante la Nación, se ordenó el grado jurisdiccional de consulta en esta instancia.

5. Alegatos

Los presentados por el demandante, Colpensiones y Porvenir S.A. guardan relación con los temas a tratar en esta providencia.

CONSIDERACIONES

Cuestión previa

Pese a que esta 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 con ocasión a

la sentencia de tutela de primer grado emitida por esa corporación con número de expediente STL4759-2020, a través de la cual se exhortó al Juez Colegiado para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado por ese Máximo Tribunal en los asuntos de ineficacia de afiliación, entonces y bajo el debido respeto por el superior, se obedecerá en completitud la posición que ostenta la mencionada Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia para resolver el caso de ahora y los siguientes.

1. Del problema jurídico

Visto el recuento anterior se formula el siguiente,

¿Se probaron los supuestos fácticos para declarar la ineficacia de afiliación contemplada en el literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100/1993, pretendida por la parte activa de la *litis*?

2. Solución al problema jurídico

2.1. De la acción de ineficacia

2.1.1. fundamento jurídico

Según la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y a partir de la interpretación que realiza de los artículos 13 literal b) y 271 inciso 1º de la Ley 100 de 1993, cuando un trabajador se traslada de régimen pensional, con ocasión a la indebida información suministrada por parte de la AFP, entonces procede la acción de ineficacia con el propósito de que el trabajador recobre su vinculación al régimen anterior.

A su vez, la alta corporación ha formulado sub-reglas en relación con la carga probatoria, la aplicación de ineficacia a las personas amparadas o no con régimen

de transición, entre otros temas, contenidas especialmente en las sentencias Rad. No. 31989 de 2008, SL4964-2018, SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, y que ha ratificado en los años siguientes, como se concreta en los siguientes razonamientos:

1. Tipo de acción que de que se trata: Cuando se expone en los hechos de la demanda la indebida o falta de información ofrecida a una persona al momento de cambiarse de régimen pensional, tal supuesto fáctico no se debe abordar desde la institución de la nulidad del acto jurídico del traslado, sino de la ineficacia del mismo con base en los artículos 271 y 272 de la ley 100 de 1993 por cuanto se violó por parte de la AFP el deber de información para obtener el traslado de quien estaba afiliado al RPM. **En ese sentido, la única sanción posible ante una afiliación desinformada es la ineficacia, figura que excluye de efectos el acto jurídico del traslado, y en tanto que nunca se produjo efecto alguno, entonces tampoco es posible sanearla por el paso del tiempo, como ocurre con las nulidades.**

De allí que, tratándose de la institución de la ineficacia y no de la nulidad, carece de aplicación la figura de la “*prescripción*” prevista en el artículo 1750 del C.C.; máxime que la acción de ineficacia es imprescriptible en la medida que tiene como propósito que se compruebe un hecho o se reconozca un estado jurídico, que no prescriben; contrario a los derechos y obligaciones que se derivan de su declaratoria, que sí prescriben; por lo tanto, los interesados pueden solicitar en cualquier tiempo que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, que además contiene un derecho a la seguridad social que es irrenunciable por orden constitucional – art. 48 de la C.N. - y por ello, el paso del tiempo en modo alguno elimina la posibilidad de acudir a la vía judicial.

2. Cumplimiento del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Es un deber que es exigible a las AFP desde la creación de estas entidades, porque “*las instituciones financieras cuentan con una estructura*

corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios". Deber cuyo nivel de exigencia se elevó con la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, en la medida que *"ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo"*, llegando incluso a la exigencia de la doble asesoría prevista en la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa N° 016 de 2016.

Concretamente frente al deber de información la pluricitada Corte Suprema desde el 09/09/2008 en radicado 31989 indicó que:

"La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad (...) En estas condiciones el engaño, no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada".

Luego, en decisión SL19447-2017 adujo que *"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"*.

Por último, en la sentencia SL-1688-2019 se sintetizó tal deber de información hasta antes del año 2009, como aquel en el que debe darse 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 este.

Al punto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia adujo que el deber de información es exigible téngase o no un derecho consolidado, un beneficio transicional, se esté próximo o no a pensionarse; dado que la violación del deber de información se predica frente a *“la validez”* del acto jurídico de traslado.

Ahora, frente a las **reasesorías**, según la Corte tampoco alcanza para dar por cumplido el citado deber de información porque *“la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información”*.

3. Frente al formulario de afiliación: El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para darle eficacia al acto del traslado, pues ello no da cuenta de que haya sido, como se requiere en estos eventos, precedido de un *“consentimiento informado”*. Así, en palabras de la corte *“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”* (SL1688-2019).

A su vez, la aludida Corte en decisión SL19447-2017 señaló 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”.*

4. Frente a la negación indefinida y carga de la prueba: Cuando el afiliado alega que no recibió la información debida al momento de afiliarse, como ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, la carga de la prueba de que sí se brindó la información que correspondía se traslada a la AFP.

5. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia: Acreditada la falta de consentimiento informado corresponde declarar la ineficacia del traslado y como consecuencia de ello, para efectos de la concreción de los derechos pensionales reclamados, se debe imponer a la AFP en la que se encuentre afiliado la parte demandante la obligación de trasladar la totalidad del capital ahorrado *“junto con los rendimientos financieros, frutos e intereses”, “sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, comisiones, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales”.*

Asimismo, deberá devolver con cargo a sus propias utilidades los gastos de administración, comisiones, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, debidamente indexados (SL 2877 de 2020 M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL2001 de 2021, SL 3477 de 2021, SL3571 de 2021).

Obligación que no solo recae sobre la AFP a la que se le declaró la ineficacia, sino también sobre las AFP en las que el demandante haya estado afiliado.

Al punto es preciso advertir que aun cuando el artículo 1746 del C.C. hace parte del título correspondiente a la nulidad, lo cierto es que la jurisprudencia ha desentrañado que sus consecuencias prácticas son las mismas de la ineficacia, porque *“el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás”* (SL1688-2019 y SC3201-2018).

6. Frente a los actos de relacionamiento: La Sala de Casación Laboral Permanente de la Corte Suprema de Justicia expuso esta teoría en la sentencia SL413 de 2018, en un caso a través del cual se solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes del cónyuge supérstite y, en la que se estudió si por el solo hecho de la suscripción del formulario se podía entender la afiliación al sistema, toda vez que antes del fallecimiento del cónyuge se había trasladado a una AFP, pero ninguna cotización realizó a dicha entidad.

En esa oportunidad la Corte dijo que ***“en casos como el presente, donde se discute la materialización del acto jurídico de la afiliación o traslado”*** (negrilla fuera del texto original) los aportes al sistema toman mayor relevancia, no como un requisito ad substantiam actus, sino como *“una señal nítida de la voluntad del trabajador cuando existan dudas razonables sobre su genuino deseo de cambiarse de régimen”*; de ahí, que en materia de seguridad social se analice con mayor detalle la *“intención real del trabajador”* por encima de las formalidades.

Continúo diciendo que no solo los aportes son la única expresión de la voluntad, sino que también pueden serlo las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros actos de relacionamiento que permiten evidenciar esas acciones concretas del afiliado que demuestran su adherencia al régimen y la voluntad inequívoca de permanecer en él; es decir, que haya correspondencia entre la voluntad del afiliado y la acción que ejecuta, que no quede duda de 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”*.

Además, *“La afiliación -concretada mediante el diligenciamiento, firma y entrega del formulario- es un requisito legal vigente de acceso a las prestaciones del Sistema General de Pensiones. Ocurre, sin embargo, que hay eventos debatibles que presentan ciertas oscuridades que deben ser clarificadas mediante la aplicación del principio de la realidad sobre las formas y la interpretación actualizada de las normas jurídicas conforme a los parámetros constitucionales, lo cual, desde luego, no es un desafuero de la justicia sino una expresión de su deber de «garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución» (art. 2 CP)”*.

Tesis que fue tomada por la Sala de Descongestión Laboral No. 4 de la Corte Suprema de Justicia, para concluir que los traslados horizontales también eran una expresión de la voluntad del afiliado de permanecer en el sistema; sin embargo, la Sala de Descongestión No. 2 no aplicó tal teoría, en tanto consideró que esas movilidades no tenían “la potencialidad de ratificar que el traspaso de régimen se efectúo con los parámetros informativos suficientes”, como se observa en las sentencias SL080 y SL085 de 2022.

Ahora, el Magistrado Gerardo Botero Zuluaga de la Sala Permanente de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL5205 de 2022 al revisar una ineficacia de la afiliación, en la que el Tribunal aplicó la teoría de actos de

relacionamiento, señaló que tal postura era contraria a lo expuesto desde vieja data – rad. 31989 de 09-08-2008 – **en la medida que una vez acreditada la ineficacia, el acto no se torna en eficaz por el solo hecho de que se produzcan traslados horizontales entre administradoras**, siendo enfática la Corte en indicar:

“Por lo tanto, la Sala insiste y reitera que el solo hecho de que el afiliado se traslade en varias oportunidades dentro del RAIS, no puede convalidar, ni suplir el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP al momento del traslado inicial y los traslados posteriores, así como tampoco resulta ser evidencia de que el afiliado fue informado debidamente en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia y, menos aún puede considerarse que dicha circunstancia modera las consecuencias que ello supone en la eficacia del acto jurídico celebrado; todo esto bajo el contexto de que en el proceso quede por establecido que efectivamente el demandante no fue debidamente informado”.

Por lo que corrigió cualquier otro criterio vertido en ese sentido, en especial, el contenido en las sentencias SL3752 de 2020, SL4934 de 2020, SL1008 de 2021, SL 1061 de 2021, SL2439 de 2021, SL2440 de 2021 y SL2753 de 2021, *“por no encajar en la línea de pensamiento de la Sala de Casación Laboral permanente, única constitucionalmente facultada para unificar la jurisprudencia del trabajo y de la seguridad social”.*

Entonces, se reitera, los traslados horizontales entre administradoras no son suficientes para establecer que la asimetría de la información se superó, pero pueden existir otros actos que sí demuestren la verdadera intención del afiliado de permanecer en el RAIS, pero, en todo caso, se debe analizar si esa asimetría de la información desapareció o si por el contrario no fue superada con los actos que pudo exteriorizar el afiliado.

2.2. Fundamento fáctico

Auscultado en detalle el expediente aparece que Jairo Antonio Arbeláez Zuluaga nació el 03-09-1957 (pág. 35 del doc. 04 del c. 1), se afilió al ISS el 10-06-1986 como da cuenta la historia laboral actualizada a 15-04-2021, por lo que para el 30-06-1995, data en que entró a regir la Ley 100 de 1993 para el sector público en tanto para esa época se encontraba laborando para las Empresas Públicas de Pereira, aquel tenía 38 años 3 meses y 27 días y tenía 472.56 semanas.

Luego, el 12-12-1997 se trasladó de régimen para Colfondos S.A. efectivo el 01-02-1998 y, después el 21-01-2002 se pasó para Porvenir S.A., como dan cuenta los formularios de afiliación y el certificado de Asofondos (pág. 35 y 36 del doc. 04 y pág. 25 del doc. 09 del c. 1).

Además, se allegó documentación atinente a su historia laboral tanto de Colpensiones como de Porvenir S.A.; piezas procesales que son insuficientes para dar por demostrado el deber de información idónea y completa que se requería entregar al potencial afiliado acerca de las implicaciones del cambio de régimen pensional; esto es, con sus características, condiciones, riesgos, consecuencias, para así acreditar una asesoría diligente y cuidadosa en la entrega de información y buen consejo.

Así, en sentir de nuestro órgano de cierre, dicha carga probatoria podría haberse alcanzado sí, teniendo en cuenta el desenvolvimiento de una entidad financiera como las AFP y el tráfico normal de sus actividades, entonces estas hubiesen dejado huella de cada uno de los deberes impuestos a su cargo, detallando y documentado cada uno de los pasos realizados para obtener la afiliación de un trabajador a ese nuevo régimen pensional en todo tiempo.

Luego, atendiendo las sentencias citadas debían las AFP demandadas entregar a la justicia pruebas que revelaran el cumplimiento fehaciente del deber impuesto para lo cual, si realizaron reuniones, entonces, allegaran el levantamiento de actas en las que se refleje el nombre de los instructores y asistentes, los temas tratados o

desarrollados, las consultas absueltas, los niveles de satisfacción de tales respuestas a las consultas, etc.; pasos que se erigen como un hilo conductor, que lleven al juez el convencimiento de que al usuario se le dispensó la información adecuada y precisa, en aras de hacer la mejor elección.

Sin que se desprenda del interrogatorio de parte del demandante confesión alguna que acredite que las AFP cumplieron con el deber de brindarle la información en los términos referidos por nuestra superioridad; esto es, una 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 este, en la medida que dijo que laborando para las Empresas Públicas de Pereira, dos asesores fueron a dar una charla a todos los empleados sobre los beneficios de los fondos privados, en los que manifestaron que el ISS estaba en “quiebra”, por lo que iba a desaparecer, generando un riesgo para sus aportes; señaló que él preguntó que cuál era la garantía que le daba el fondo para pensionarse, para lo cual, el asesor le dijo que Colfondos S.A. estaba respaldado por los bancos; de ahí, que no se iba a poner en riesgos sus aportes, pero, le recalcó que si él decidía permanecer en el ISS su dinero se iba a perder, por lo que él angustiado aceptó trasladarse, pero que en todo caso esa asesoría solo duró 15 minutos.

Agregó que cuando se pasó al otro fondo, estaba ingresando a una empresa nueva y allí su empleador les permitía a los fondos privados que fueran y dieran charlas, por lo que el asesor en esa oportunidad le dijo que el ISS continúa en “quiebra” y que Colfondos S.A. iba a cerrar la sucursal que tenía en Pereira, por lo que no había seguridad sobre sus aportes; entonces, decidió trasladarse para Porvenir S.A.

Por último, dijo que si llegó a recibir sus extractos, pero de manera esporádica, los cuales no entendía muy bien.

De lo anterior, se concluye, que las AFP omitieron cumplir con la carga de demostrar que le brindaron a la parte actora la información suficiente respecto a lo que más le convenía, a fin de que tomara una decisión razonada; dando a conocer las diferentes alternativas y efectos que acarrearía el cambio de régimen, todo lo anterior en ejercicio del deber de información y buen consejo que les asiste a las entidades administradoras, sin que se haya probado alguno de los comportamientos a los que ha hecho referencia nuestra superioridad como actos de relacionamiento para concluir lo contrario; por el contrario, con los derechos de petición que elevó el demandante para los años 2005, 2006 y 2017 y la suscripción del formulario de afiliación al ISS para el año 2005, último documento que pese a ser suscrito por el actor y radicado ante la entidad, como se observa en el sello impuesto en él, Colpensiones ningún trámite le dio al mismo, por cuanto aduce no fue recibido; se evidencia su intención de retornar al RPM, pues según él quería continuar en el ISS a donde había hecho la mayoría de sus aportes, por lo que no sale avante la apelación de Porvenir S.A. en este aspecto.

Además, con el traslado horizontal tampoco se logra evidenciar que esa asimetría de la información se superó, pues tan solo manifestó que el asesor les dijo que el ISS se iba acabar y que Colfondos S.A. iba a cerrar la sucursal de Pereira.

Lo expuesto es suficiente para confirmar la decisión de primer grado que declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, pero se modificará el numeral 1° en el sentido de aclarar que la fecha de traslado de régimen lo fue el 12-12-1997 a Colfondos S.A. efectivo el 01-02-1998, así como se adicionará para dejar sin efecto el traslado a Porvenir S.A. el 21-01-2002.

Sobre el punto de inconformidad de Porvenir S.A., encuentra la Sala que la a quo actuó conforme lo tiene dicho nuestra superioridad, en tanto, la devolución, entre otros de los gastos de administración y seguros previsionales, son una consecuencia directa de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, institución a la que le es aplicable el artículo 1746 del CC, que se ocupa

de las restituciones mutuas y por ello se debe **devolver todo aquello que se recibió con ocasión al negocio jurídico, el cual nunca produjo efectos**; estudio que debe de hacerse de oficio por el juzgador en todas las especialidades y, por ende, proceder así a garantizar la sostenibilidad financiera, por lo dicho no sale avante este argumento de apelación propuesto por la AFP.

Adicional, no se incurre en una doble sanción al ordenar la devolución de los rendimientos financieros junto con los intereses más el saldo de la cuenta, pues ello sucede como consecuencia de declarar la ineficacia de la afiliación; dineros que son de propiedad del afiliado; sin embargo, como esa orden no quedó consignada de manera total en la parte resolutive, se modificará el numeral 3° en ese sentido, el que para mayor comprensión queda así:

CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A. a girar a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del señor Jairo Antonio Arbeláez Zuluaga, proveniente de las cotizaciones efectuadas al sistema general de pensiones, junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado. Asimismo, se ordena a la AFP restituir con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, las sumas que fueron cobradas al afiliado durante la permanencia en esa entidad 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 la pensión mínima, todo ello con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

Ahora, en relación con el bono pensional tipo A modalidad 2 (que se causa con 150 semanas cotizadas al ISS antes del 01 de abril de 1994 y una vez se traslada el afiliado al RAIS), se desprende de la historia laboral de Colfondos S.A. que el actor tenía derecho a este al haber cotizado más de 150 semanas al momento del traslado de régimen y de seguir en el RAIS, por lo que pese a que la a quo nada

dijo sobre el mismo, se ordenará que Porvenir S.A. restituya el valor del bono pensional que le hubiere sido pagado, toda vez que conforme el artículo 17 del Decreto 3798/2003 hoy compilado en el Decreto 1833 de 2016 su pago se realiza una vez el afiliado alcance la edad de 62 años, lo que sucedió el 03-09-2019; bono que según la historia laboral de la AFP actualizada a 30-10-2020 ya fue redimido a la cuenta de ahorro individual del afiliado; razón por la cual, se adicionará el numeral 3° en este sentido.

Finalmente, en relación con los medios exceptivos formulados por Colpensiones, beneficiario de la Consulta, hizo bien la jueza al declararlos no probados con ocasión al argumento principal aquí esbozado en la parte normativa y fáctica, sin que sobre reiterar que esta acción es imprescriptible en los términos que expuso nuestra superioridad y que atrás se explicó.

2.2. Pensión de vejez

De cara al punto de apelación de la parte demandante, se tiene que le asiste razón a la parte demandante en tanto al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS, se tiene que aquel nunca dejó de ser afiliado al RPM y, por ende, era procedente estudiar el reconocimiento de la pensión de vejez deprecada por él, como quiera que agotó la reclamación administrativa en ese sentido ante Colpensiones; razón por la cual, procederá la Sala a estudiar de fondo esta cuestión.

Bien. Se tiene que el señor Jairo Antonio Arbeláez Zuluaga le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, como quiera que tiene 1.501 semanas, según el reporte de semanas emitido por Porvenir S.A. actualizado a 11-11-2022 y la historia laboral de Colpensiones actualizada a 16-04-2021 (pág. 5 del doc. 11 del c. 2 y expediente administrativo) y la edad de 62 años, a la que arribó el 03-09-2019 al ser su natalicio en el mismo día y mes del año 1958 (pág. 02 del doc. 04 del c. 1).

En ese sentido, se tiene que la fecha de disfrute de la prestación será a partir del día siguiente de la última cotización, que para el caso en particular y de acuerdo a la prueba de oficio decretada en esta instancia, lo fue el **30-10-2019**; data en que su empleador canceló los aportes y que se infiere lo hizo en aplicación del artículo 17 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003, toda vez que aquel continúa laborando para Atesa de Occidente S.A.S. E.S.P., como se desprende de la certificación laboral expedida el 11-11-2022, cuya naturaleza jurídica es privada (https://www.superservicios.gov.co/sites/default/files/inline-files/informe_de_vigilancia_o_inspeccion_especial_detallada_o_concreta_-_atesa_de_occidente.pdf), pues para esa calenda el actor cumplió los requisitos para pensionarse.

Entonces, para la liquidación del IBL es necesario tener en cuenta el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 que dispone que se obtendrá con el promedio de los salarios devengados durante los últimos 10 años o por toda la vida, siempre que el afiliado haya aglutinado 1250; que, para este caso, le es más favorable los últimos 10 años en atención al IBC durante ese lapso.

Por lo que al realizar las operaciones matemáticas de rigor se tiene que le corresponde un IBL de \$4'271.690 que aplicada la fórmula de la Ley 100 prevista en el artículo 34, se obtiene una mesada pensional equivalente a \$2'944.048, en razón de 13 mesadas pensionales, cuyo retroactivo pensional liquidado hasta un mes antes del proferimiento de esta decisión asciende a \$131'225.366.

Sin que haya operado la prescripción sobre las mesadas, pues una vez causado el derecho -03-09-2019- cuando cumplió el requisito de la edad al ser su natalicio el mismo día y mes del año 1958, presentó la reclamación administrativa ante Colpensiones el 17-09-2020, a pesar de no aparecer como su afiliado; reclamación que tiene plena eficacia en razón a la sentencia que se confirma, pues se entiende que nunca lo dejó de ser e incoó, esta acción -11-09-2020- por lo que no alcanzó a pasar los 3 años del fenómeno deletéreo.

Por último, no hay lugar a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, toda vez que el reconocimiento pensional se da con ocasión a la declaratoria de la ineficacia que se efectuó en primera instancia, por lo que Colpensiones al momento de resolver la reclamación administrativa elevada por el actor no tenía otro camino que negar la misma; sin embargo, se accederá a la indexación de la suma reconocida como retroactivo pensional.

CONCLUSIÓN

Conforme lo expuesto, se modificarán y adicionará la sentencia de primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A. en virtud del numeral 1 del artículo 365 del CGP aplicable por remisión del artículo 145 del CPTSS al fracasar sus recursos.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR y ADICIONAR el numeral 1° de la sentencia proferida el 21 de julio de 2022 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido **Jairo Antonio Arbeláez Zuluaga** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, Colfondos S.A. y Porvenir S.A.**, en el sentido de precisar que el traslado inicial se dio el 12-12-1997 a Colfondos S.A. efectivo el 01-02-1998, así como se deja sin efectos el traslado posterior a Porvenir S.A. el 21-01-2005.

SEGUNDO: MODIFICAR y ADICIONAR el numeral 3° que para mayor comprensión queda así:

CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A. a girar a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del señor Jairo Antonio Arbeláez Zuluaga, proveniente de las cotizaciones efectuadas al sistema general de pensiones, junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado. Asimismo, se ordena a la AFP restituir con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, las sumas que fueron cobradas al afiliado durante la permanencia en esa entidad 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 la pensión mínima, todo ello con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

ORDENAR a Porvenir S.A. a restituir a la **OBP** del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el valor del bono pensional, en el evento de que haya sido pagado a favor de la cuenta de ahorro individual **Jairo Antonio Arbeláez Zuluaga**, debidamente indexado; indexación que se hará con cargo a sus propios recursos.

TERCERO: ADICIONAR en un numeral la sentencia apelada y consulta, en el siguiente tenor:

DECLARAR que el señor Jairo Antonio Arbeláez Zuluaga tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez conforme el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 1993 a partir del día siguiente a 31-10-2019 en cuantía de \$2.944.048 y en razón de 13 mesadas pensionales.

Ordinario Laboral

Rad. 66001-31-05-003-2020-00294-01

Jairo Antonio Arbeláez Zuluaga vs. Colpensiones, Colfondos S.A. y Porvenir S.A.

CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones al pago del retroactivo pensional a partir del 31-10-2019 y debidamente indexado, que liquidado hasta el último día del mes anterior al proferimiento de esta decisión asciende a \$131´225.366.

AUTORIZAR a Colpensiones descontar los aportes en salud a favor del demandante.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS en esta instancia a Colpensiones y Porvenir S.A. a favor del demandante.

Notifíquese y cúmplase.

Quienes integran la Sala,

OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

Magistrada Ponente

Aclaro Voto

Con firma electrónica al final del documento

En uso de compensatorio

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

Magistrado

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Magistrada

Con firma electrónica al final del documento

Ordinario Laboral
Rad. 66001-31-05-003-2020-00294-01
Jairo Antonio Arbeláez Zuluaga vs. Colpensiones, Colfondos S.A. y Porvenir S.A.
ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

Como es conocido por la sala que integro y únicamente con ocasión a la sentencia de tutela de primer grado emitida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia STL4759-2020 en la que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira para que en todos los asuntos de ineficacia de afiliación acogiera íntegramente la jurisprudencia emitida por ese alto tribunal, es que cuando he fungido como Magistrada Ponente o he integrado las otras salas de decisión de este tribunal, proceden las declaratorias de ineficacia de traslado realizado por la parte demandante del RPM al RAIS, y debido al grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se han adicionado, en algunos casos, las decisiones de primer grado para adecuar la devolución de dineros que la AFP debe realizar a Colpensiones.

En ese sentido, aclaro que las decisiones emitidas en ese sentido obedecen al respeto por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y al exhorto realizado en la citada decisión de tutela, pese a que en mi criterio y hasta la decisión que emití como magistrada ponente de la Sala de Decisión Segunda el 22/07/2020, Rad. No. 2018-00269-01, amparada en las sentencias C-836 de 2001 y C-621 de 2015 me había apartado del criterio de la citada Corte Suprema de Justicia que ahora solo rememoro brevemente para que, ante una nueva recomposición de la alta magistratura o un eventual cambio de criterio, aunado a la movilidad del pensamiento jurídico de nuestro país, puedan ser considerados en otro momento.

Así, a mi juicio cada vez que 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 – especialidad de la norma, sobre la general-, y no la ineficacia de la afiliación, puesto que esta última acción de ninguna manera contempla la omisión o error de información por parte de la AFP como el supuesto de hecho que debe probarse para dejar ineficaz un negocio jurídico, con fundamento en el literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100/93, pues allí únicamente se contempló al empleador o cualquier otra persona afín a dicha calidad, como la única persona que puede infringir o coartar los derechos de libre escogencia del trabajador afiliado.

Además, en la exposición de motivos de la Ley 100/93 se señaló que el origen de esta norma devenía, entre otros, para ofrecer alternativas diferentes a los trabajadores colombianos en materia de pensiones, y por ello se creó el Sistema de Ahorro Pensional basado en la capitalización individual de las contribuciones de los trabajadores y empleadores, todo ello en razón a los nuevos mandatos constitucionales – art. 48 C.Po. – y la apertura económica que acaecía para la época, a través de la cual se permitió a particulares prestar servicios públicos; por lo que, resultaba desacertado interpretar que el legislador en el literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100/93 cuando se refiere al empleador

Jairo Antonio Arbeláez Zuluaga vs. Colpensiones, Colfondos S.A. y Porvenir S.A.
o cualquier persona natural o jurídica, incluyó **tácitamente** a la AFP, pues de haber querido regular su comportamiento, explícitamente lo hubiera incluido como infractor de tal norma, pero no lo hizo.

Con la claridad anterior y teniendo en cuenta que de conformidad con el artículo 31 del Código Civil, ninguna persona podrá realizar analogías de leyes prohibitivas, todo ello para extender sus consecuencias a eventos que la norma no regula, entonces en tanto los artículos 13 y 271 de la Ley 100/93 contempla una sanción, no podrá hacerse símil alguno para derivar de allí, un sujeto que el legislador no contempló.

No puede obviarse el principio de interpretación del ordenamiento jurídico que exige la aplicación de la norma especial sobre la simplemente general, de manera tal que para el caso de ahora siempre deberá aplicarse el aludido Decreto 720/94, sobre las disposiciones generales contenidas en la Ley 100/93.

El precedente o doctrina probable de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia trasgrede la cláusula constitucional 90 y los artículos 2341 y 2343 del Código Civil, porque *“el Estado únicamente responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”*, y por ello, obligar a Colpensiones al pago de las pensiones de los nuevos afiliados, con ocasión a los retornos al RPM debido a las declaraciones de ineficacias de afiliación, implica un grave detrimento de los legítimos intereses de todos los afiliados que fielmente han permanecido en el RPM, y que de no alcanzar con los aportes y rendimientos de los afiliados que constituyen un fondo común, deberá la nación con su patrimonio atender.

Este último argumento se encuentra en consonancia con las sentencias de constitucionalidad mencionadas por la parte accionante, específicamente la C-1024-2004 pues precisamente se impide que personas que cuentan con menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión retornen al sistema que abandonaron hace más de una década.

En conclusión, considero que otro es el camino que debe abrirse para efectos de resolver los procesos tendientes a obtener la ineficacia de afiliación al RAIS y por ello, válido es memorar la aclaración de voto realizada por el Magistrado de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, **LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ**, dentro del proceso No. 57458 para recordarnos que la obligatoriedad no es una característica propia de nuestra jurisprudencia, pues ésta en realidad se caracteriza por ser uniforme, continua y particular, de manera tal que cuando cambien las circunstancias que dieron lugar a tal uniformidad, entonces podrá abrirse una nueva respuesta a esta clase de asuntos.

Ordinario Laboral

Rad. 66001-31-05-003-2020-00294-01

Jairo Antonio Arbeláez Zuluaga vs. Colpensiones, Colfondos S.A. y Porvenir S.A.

En estos términos aclaro mi voto,

**Sin necesidad de firma (Inciso 2°
del artículo del Decreto 806 de
2020 y 28 del Acuerdo PCSJA20-
11567 CSJ**

OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

Magistrada

Firmado Por:

**Olga Lucia Hoyos Sepulveda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 4 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

**Ana Lucia Caicedo Calderon
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 1 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: **01073fe5dc52c7ae343bdf5cccf2da66e3052386e69b806e8859557190abaaa3**

Documento generado en 12/12/2022 11:33:05 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**