Constancia Secretarial: Vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 20 de octubre de 2022, la totalidad de los intervinientes exceptuando a la AFP Colfondos S.A., remitieron en término los alegatos de conclusión en esta sede, como se aprecia en la carpeta de segunda instancia.

Pereira, 10 de noviembre de 2022.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

PEREIRA, VEINTICINCO DE ENERO DE DOS MIL VEINTITRÉS

Acta de Sala de Discusión No 008 de 23 de enero de 2023

SENTENCIA ESCRITA

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el demandante **HENRY GIL MOJICA** en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito el 29 de julio de 2022, dentro del proceso que le promueve a las administradoras de pensiones **PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**, cuya radicación corresponde al N°66001310500320210016801.

AUTO

Se reconoce personería para actuar dentro del proceso de la referencia a la doctora **MARILUZ GALLEGU BEDOYA**, como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones, en los términos y para los efectos del memorial de

sustitución de poder que fue allegado al correo institucional y que se encuentra debidamente incorporado en el expediente -archivo 07 carpeta segunda instancia-.

ANTECEDENTES

Pretende el señor Henry Gil Mojica que la justicia laboral acceda a la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad ejecutado el 26 de marzo de 1999 a través de la AFP Colfondos S.A., así como el movimiento realizado el 11 de mayo de 2000 hacía la AFP Porvenir 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 esas declaraciones, aspira que se condene a los fondos privados de pensiones Colfondos S.A. y Porvenir S.A. a girar a favor de Colpensiones la totalidad de los emolumentos a que haya lugar, lo que resulte probado extra y ultra petita, además de las costas procesales a su favor.

Refiere que: nació el 5 de octubre de 1958; después de haberse afiliado al régimen de prima media con prestación definida, se trasladó el 26 de marzo de 1999 al régimen de ahorro individual con solidaridad por medio de la AFP Colfondos S.A., sin embargo, dicha entidad no cumplió con el deber legal que le asistía con él, ya que no le brindó la totalidad de la información sobre las ventajas y desventajas que conllevaba tomar esa determinación; el 11 de mayo de 2000 se movilizó al interior del RAIS hacía la AFP Porvenir S.A., sin que en ese momento tampoco se cumpliera con el deber legal de información.

El 26 de abril de 2021, ante petición elevada por él, la Administradora Colombiana de Pensiones negó su retorno al RPMPD, indicándosele que se encontraba inmerso en una prohibición legal.

El fondo privado de pensiones Porvenir S.A. respondió la demanda -archivo 004 carpeta primera instancia- se opuso a la totalidad de las pretensiones argumentando que el acto jurídico que significó el cambio de régimen pensional del accionante se ejecutó con el lleno de los requisitos legales, agregando que en este caso no se ha configurado ninguna causa que genere la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales; añadiendo que en la actualidad no puede ordenarse su traslado al régimen de prima media con prestación definida ya que el afiliado se encuentra incurso en la prohibición 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. Indicó, adicionalmente, que en este caso el señor Henry Gil Mojica, luego de efectuar el traslado al RAIS el 26 de marzo de 1999 y de movilizarse al interior de ese régimen pensional el 11 de mayo de 2000, regresó al RPMPD el 1° de noviembre de 2002, pero el 14 de enero de 2010 suscribió un nuevo formulario de afiliación con la AFP Porvenir S.A. que concretó su segundo traslado al RAIS, mismo que cumplió con el lleno de los requisitos legales, razón por la que, ese segundo traslado también se reputa válido. Formuló las excepciones de mérito que denominó *“Validez y eficacia de la afiliación a Porvenir e Inexistencia de vicios en el consentimiento”*, *“Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración en caso de que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS”*, *“Prescripción”*, *“Buena fe”* e *“Innominada o genérica”*.

La Administradora Colombiana de Pensiones contestó la acción -archivo 005 carpeta primera instancia- se opuso a la totalidad de las pretensiones manifestando que los actos jurídicos que ejecutó el demandante gozan de plena validez al haberse realizado bajo el amparo de la ley, acotando que actualmente él no puede trasladarse al RPMPD al encontrarse 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. Propuso las excepciones de fondo que denominó *“Caducidad”*, *“Inexistencia de la obligación”*, *“Imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas”*, *“Buena fe”*, *“Prescripción”* y *“Declarables de oficio”*.

El fondo privado de pensiones Colfondos S.A. dio respuesta al libelo introductorio - archivo 008 carpeta primera instancia-, luego de aceptar que el señor Henry Gil Mojica suscribió formulario que lo afilió al RAIS el 26 de marzo de 1999 a través de esa entidad, se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas en su contra, argumentando que esa entidad cumplió con el deber legal de información que le asistía con el señor Henry Gil Mojica, al ponerle de presente la totalidad de las ventajas y desventajas que conllevaba tomar esa decisión, razón por la que el traslado ejecutado el 26 de marzo de 1999 se reputa válido y eficaz al haberse realizado de manera libre, voluntaria y sin presiones. Planteó las excepciones de *“Inexistencia de la obligación”, “Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Buena fe”, “Innominada o genérica”, “Ausencia de vicios del consentimiento”, “Validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad”, “Ratificación de la afiliación al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A.”, “Prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado” y “Compensación y pago”*.

En sentencia de 29 de julio de 2022, la funcionaria de primera instancia determinó que en el proceso se encontraba demostrado que el señor Henry Gil Mojica se trasladó por primera vez al RAIS el 26 de marzo de 1999 a través de la AFP Colfondos S.A., realizando un movimiento al interior de ese régimen pensional el 11 de mayo de 2000, regresando al RPMPD el 1° de noviembre de 2002, para luego realizar un segundo traslado al RAIS el 14 de enero de 2010 por medio de la AFP Porvenir S.A. en donde se encuentra afiliado actualmente; motivo por el que indicó que, como se había previsto en la fijación del litigio, procedería a verificar si los fondos privados de pensiones demandados cumplieron con el deber legal de información que les asistía con el afiliado en las dos oportunidades en las que se trasladó del RPMPD al RAIS.

A continuación, aplicando en su integridad la jurisprudencia vigente que sobre el tema ha emitido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, consideró que, según lo expuesto por el propio demandante en el interrogatorio de parte, quedó demostrado que los fondos privados de pensiones Colfondos S.A. y

Porvenir S.A. cumplieron con el deber legal de información que les asistía con el señor Henry Gil Mojica para el 26 de marzo de 1999 y el 14 de enero de 2010 cuando el afiliado se trasladó en dos oportunidades desde el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, razón por la que concluyó que esos actos jurídicos se reputan eficaces, motivo por el que negó las pretensiones elevadas en la demanda y en consecuencia condenó en costas procesales en un 100% al demandante a favor de las entidades accionadas.

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial del señor Henry Gil Mojica interpuso recurso de apelación argumentando que la valoración probatoria efectuada por la *a quo* resulta completamente errada, asegurando que con el interrogatorio de parte absuelto por el accionante no quedó probado el deber legal de información que les asistía a los fondos privados de pensiones Colfondos S.A. y Porvenir S.A. para el 26 de marzo de 1999 y 14 de enero de 2010 respectivamente, expresando que ni con el interrogatorio de parte, ni con ninguna de las pruebas allegadas al proceso se logra acreditar que los fondos privados de pensiones accionados cumplieron con la carga de la prueba que les correspondía; razones por las que solicita que se declare la ineficacia de los traslados del RPMPD al RAIS efectuados por el actor en las calendas relacionadas anteriormente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Conforme se dejó plasmado en la constancia emitida por la Secretaría de la Corporación, los intervinientes, con excepción del fondo privado de pensiones Colfondos S.A., remitieron en término los alegatos de conclusión en esta sede.

En cuanto al contenido de los alegatos de conclusión remitidos por Porvenir S.A. y Colpensiones, 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 ellas se circunscriben en reiterar los expuestos en las contestaciones a la acción, solicitando

que se confirme en su integridad la decisión de primera instancia; mientras que la parte actora, con base en los mismos argumentos esgrimidos en la sustentación del recurso de apelación, pidió la revocatoria de la sentencia de primer grado, para en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda.

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 ineficaces los traslados efectuados por el señor Henry Gil Mojica del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad realizados el 26 de marzo de 1999 y el 14 de enero de 2010?

¿Con la permanencia del afiliado en ese régimen pensional desapareció la asimetría en la información que se echa de menos en la presente acción?

De acuerdo con la respuesta al interrogante anterior ¿Se configuraron los actos de relacionamiento de los que habla la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia?

¿Hay lugar a acceder a las pretensiones elevadas por el accionante?

De ser afirmativa la respuesta al interrogante anterior ¿Cuáles son las consecuencias prácticas de declarar la ineficacia del cambio de régimen pensional de los afiliados?

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

FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL

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

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

En el caso bajo estudio, se hace necesario precisar, que en reiterada jurisprudencia esta Sala de Casación Laboral ha dejado clara su postura al indicar que la elección a cualquiera de los dos regímenes pensionales existentes, debe estar precedida de una decisión libre y voluntaria, de suerte que las administradoras de pensiones tienen el deber de brindar a sus afiliados una asesoría que les permita tener los

elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión tomada al momento del traslado, sin importar si la persona es o no beneficiaria del régimen de transición, o si está próximo a pensionarse.” (Negrillas fuera de texto).

Y más adelante reiteró:

*“Así, en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL452-2019, CSJ SL1688-2019 y SL1689- 2019, esta Sala ha determinado de manera pacífica que la reacción del ordenamiento jurídico -artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993- a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. **Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, tiene que abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales.”** (Negrillas fuera de texto).*

2. Sobre el deber de información.

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

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

<i>Etapas acumulativas</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y</i>

	<p><i>Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i></p>	<p><i>riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i></p>
<p><i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i></p>	<p><i>Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i></p>	<p><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 perjudicarle</i></p>
<p><i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i></p>	<p><i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016</i></p>	<p><i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i></p>

3. La suscripción del formulario de afiliación.

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

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

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

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

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

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

4. Carga de la prueba.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Y más adelante continuó expresando:

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

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

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

Desde luego que, para la tesis que ahora sostiene la Sala, la presencia o no de cotizaciones consistente con el formato de vinculación no es la única expresión de esa voluntad, pueden existir otras, tales como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación

y cambio de claves, por mencionar algunos actos de relacionamiento con la entidad que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer a ella. Lo importante es que exista correspondencia entre voluntad y acción, es decir, que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado, de modo tal que no quede duda del deseo del trabajador de pertenecer a un régimen pensional determinado.

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

Conforme se expuso en el primer punto del fundamento jurisprudencial, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene definido que la acción que se debe estudiar cuando se reclama la ausencia total o parcial del deber de información por parte de los fondos privados de pensiones, no es otra que la ineficacia del acto jurídico que permitió el traslado entre regímenes pensionales, por lo que al haber orientado el actor la demanda en ese sentido, por imperativo jurisprudencial, lo que corresponde es analizar el caso en la forma determinada por la Corte Suprema de Justicia, esto es, si los traslados realizados por el demandante al RAIS el 26 de marzo de 1999 y el 14 de enero de 2010 se dieron en términos de eficacia, como acertadamente lo abordó la falladora de primera instancia.

Resuelto lo anterior, se tiene entonces que la AFP Colfondos S.A. al contestar la demanda -archivo 008 carpeta primera instancia - confesó que el señor Henry Gil Mojica se trasladó por primera vez al RAIS a través de esa entidad el 26 de marzo de 1999 cuando suscribió el correspondiente formulario de afiliación, confesión que se soporta adicionalmente con la certificación emitida por el SIAFP de Asofondos - pág.77 archivo 004 carpeta primera instancia-, en el que se informa que el actor se trasladó por primera vez del RPMPD al RAIS el 26 de marzo de la AFP Colfondos S.A.; evidenciándose en dicho documento, que el señor Gil Mojica se movilizó el 11 de mayo de 2005 hacia la AFP Porvenir S.A., para posteriormente trasladarse al RPMPD el 1° de noviembre de 2002, ejecutando un segundo traslado al RAIS el 14 de enero de 2010 por medio de la AFP Porvenir S.A., entidad en la que permanece afiliado en la actualidad.

No obstante, el señor Henry Gil Mojica inicia la presente acción al considerar que los dos traslados realizados desde el RPMPD hacia el RAIS el 26 de marzo de 1999 y el 14 de enero de 2010 no se cumplieron con el lleno de los requisitos legales al no habersele suministrado la totalidad de la información sobre las consecuencias que conllevaba tomar esas decisiones; viciándose de esa manera su consentimiento.

Conforme con lo señalado por el demandante, se procederá a verificar, siguiendo, única y exclusivamente las reglas jurisprudenciales expuestas anteriormente, si los fondos privados de pensiones Colfondos S.A. y Porvenir S.A. **-quienes tienen la carga probatoria en este tipo de procesos** (como se explicó en el punto cuatro del fundamento jurisprudencial)-, cumplieron con el deber legal de información que les correspondía para el 26 de marzo de 1999 y 14 de enero de 2010 (primera y segunda etapa respectivamente).

Al plenario no fue adosado el formulario de afiliación que da cuenta de la primera vinculación del accionante al RAIS el 26 de marzo de 1999, sin embargo, como ya se dijo anteriormente, la AFP Colfondos S.A. confesó que el actor suscribió formulario de afiliación con esa entidad en la fecha referida anteriormente, hecho que adicionalmente quedó acreditado con la certificación emitida por el SIAFP de Asofondos, en el que se constata que en esa calenda se ejecutó el acto jurídico que materializó el primer traslado del demandante al RAIS; observándose en la página 64 del archivo 004 de la carpeta de primera instancia, el formulario de afiliación N°13591118 suscrito por el señor Gil Mojica el 14 de enero de 2010 con el que se ejecutó el segundo traslado al RAIS por medio de la AFP Porvenir S.A.; a pesar de que existe certeza que el actor firmó esos dos documentos; lo cierto es que según lo dice la Sala de Casación Laboral, ese tipo de prueba no resulta suficiente para tener por demostrado el deber de información, pues, como mucho, demuestra un consentimiento, pero no informado.

Ahora, en el interrogatorio de parte, el señor Henry Gil Mojica informó que actualmente se encuentra activo como afiliado en el sistema general de pensiones, al estar prestando sus servicios personales en una mina de carbón de propiedad de la Drummond.

En torno a los momentos en los que se produjeron los dos traslados del RPMPD al RAIS expresó:

Que en el año 1999 los fondos privados de pensiones que existían en esa época, visitaban constantemente las instalaciones de la entidad para la que prestaba sus servicios, señalando que el 26 de marzo de 1999 fueron llamados por la dirección de recursos humanos para que se afiliaran a la AFP Colfondos S.A., aseverando que allí se encontraba un asesor comercial de dicha entidad, quien, mientras se llenaban los formularios de afiliación, les manifestó que el Instituto de Seguros Sociales en el que ellos estaban afiliados iba a desaparecer, asegurándoles que en el régimen de ahorro individual con solidaridad se podían pensionar anticipadamente y con una mesada mucho más alta que la ofrecida en el ISS; ante preguntas efectuadas por los apoderados judiciales de los fondos privados de pensiones accionados, el accionante respondió que no se le había dicho nada sobre bonos pensionales, ni que tampoco le explicaron como podía alcanzar una pensión más alta en el RAIS que en el RPMPD, ni mucho menos que le hubieren hecho una comparación entre los dos regímenes pensionales; contestó que tampoco le explicaron nada sobre rendimientos financieros, pero que si le habían dicho que en el régimen de ahorro individual con solidaridad, en caso de su fallecimiento, sus herederos podían reclamar el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual.

A continuación, dijo que, en el año 2000, cuando se movilizó hacia la AFP Porvenir S.A., nuevamente fue llamado por recursos humanos de la empresa donde trabajaba para afiliarse a ese fondo privado de pensiones, pero que, como había sucedido con la AFP Colfondos S.A., a pesar de que allí se encontraba un asesor de esa entidad, la verdad es que no hubo una verdadera asesoría, ya que prácticamente se le dijo lo mismo que cuando se afilió el 26 de marzo de 1999 a Colfondos S.A., añadiendo, ante preguntas que se le formularon, que en aquella ocasión no se le dijo nada sobre aportes voluntarios, expresando que no sabe ni entiende que son aportes voluntarios, ya que creía que eran los que se hacían habitualmente por prestar sus servicios personales; respondiendo a renglón seguido que no sabe que es la garantía de pensión mínima.

Posteriormente, aseguró que en el año 2002 cuando retornó al RPMPD, lo hizo porque cambió de empleador y en la dirección de recursos humanos se encontraban la documentación de afiliación a las diferentes entidades de la seguridad social en salud, riesgos profesionales y pensiones, y en esta última estaban los del ISS, motivo por el que diligenció ese formulario, pero no hubo ningún asesor que le diera alguna explicación.

Finalmente, sostuvo que en el año 2010 tuvo que trasladarse al RAIS por segunda vez porque en el área de recursos humanos de la empresa en la que prestaba sus servicios le dijeron que debía afiliarse a la AFP Porvenir S.A., pero que no hubo una asesoría en la que se le explicara las consecuencias que tenía su regreso a ese régimen pensional.

Ante preguntas efectuadas por la *a quo*, reiteró lo respondido a los apoderados judiciales de los fondos privados de pensiones, y, debido a que la directora del proceso le preguntó cuál era la razón por la que quería volver al régimen de prima media con prestación definida, el demandante contestó que lo hacía por que en Colpensiones las pensiones de vejez eran vitalicias, mientras que en los fondos privados de pensiones no lo eran, ya que si por ejemplo, él tenía ahorrados trescientos millones de pesos, le empezaban a pagar la pensión devolviéndole ese dinero en un número de cuotas y una vez se acabe ese ahorro, no le pagan más pensión.

Ahora bien, al auscultar las pruebas documentales allegadas al proceso, no existe una sola de ellas en la que se reporte que al demandante se le hizo la asesoría antes de cumplir los 52 años el 5 de octubre de 2010, al haber nacido en la misma calenda del año 1958 como se acredita con la copia de su cédula de ciudadanía - archivo 06 del expediente administrativo ubicada en el archivo 006 carpeta primera instancia- y tampoco existe reporte de que se le hubiere realizado asesoría por parte del Instituto de Seguros Sociales el 1° de noviembre de 2002.

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, cabe concluir que ni de los formularios de afiliación, ni del interrogatorio de parte absuelto por el señor Henry Gil Mojica, ni de ninguna de las pruebas allegadas al plenario se desprende el cumplimiento del deber legal de información por parte de los fondos privados de pensiones Colfondos S.A. y Porvenir S.A. para el 26 de marzo de 1999 y el 14 de enero de 2010 respectivamente, sin que tampoco exista prueba en el plenario que acredite que la asimetría en la información que se produjo en esos dos momentos dejó de prolongarse con el paso de los años, ya que a pesar de que el accionante se trasladó en dos oportunidades del RPMPD al RAIS y que en la primera época se había movilizó hacia la AFP Porvenir S.A. el 11 de mayo de 2000; lo cierto es que esos hechos no demuestran per se los actos de relacionamiento 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 los actos jurídicos que materializan los traslados al RAIS, lo cual no aconteció en el presente asunto.

Es que, nótese que en este caso no se configuraron los actos de relacionamiento de los que habla la Sala de Casación Laboral, ya que no existen pruebas en el proceso que demuestren que el señor Henry Gil Mojica fue conociendo paulatinamente la totalidad de las características de cada uno de los regímenes pensionales que componen el sistema general de pensiones, pues por ejemplo no quedó probado en el plenario que el actora tuviera el conocimiento de cuáles son los requisitos necesarios para pensionarse en el RAIS o en el RPM, al punto que, **debido a la falta de información de la que se queja, sostiene que en el régimen de prima media con prestación definida la pensión de vejez es vitalicia, mientras que en el de ahorro individual con solidaridad no**; ni mucho menos tiene conocimiento sobre las diferentes modalidades de pensión existentes en el régimen de ahorro individual con solidaridad, **además de no existir prueba que demuestre que a él se le hizo la reasesoría antes de cumplir los 52 años, con el fin de que se le pusiera de presente su situación pensional y se le aconsejara a cuál de los dos regímenes pensionales le convenía estar afiliado**; omisiones éstas que, como se advirtió

anteriormente, demuestran que en este caso no se produjeron esos actos de relacionamiento, por cuanto la asimetría de la información que se produjo el 26 de marzo de 1999 y el 14 de enero de 2010 no desapareció mientras el accionante estuvo vinculado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Así las cosas, conforme con lo sentado por la Corte Suprema de Justicia, no queda otro camino que revocar la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito, para en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia de los actos jurídicos que significaron los dos traslados del afiliado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 26 de marzo de 1999 y el 14 de enero de 2010; así como el acto jurídico con el que el demandante se movilizó hacia la AFP Porvenir S.A. el 1° de noviembre de 1999, por lo que todos los actos posteriores ejecutados dentro del RAIS carecen de validez; quedando válida y vigente **la afiliación primigenia** efectuada por el accionante al RPM, actualmente administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones.

Al no tener ningún efecto jurídico los traslados efectuados por el señor Henry Gil Mojica al régimen de ahorro individual con solidaridad, se condenará a la AFP Porvenir S.A., a la que se encuentra vinculado actualmente, a que restituya a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones la totalidad del capital existente en la cuenta de ahorro individual correspondientes a las sumas provenientes de las cotizaciones o aportes efectuados al sistema general de pensiones junto con sus intereses y rendimientos financieros, tal y como lo ha sentado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las providencias relacionadas a lo largo de la presente providencia.

Además de restituir los emolumentos relacionados líneas atrás, necesario resulta traer a colación la sentencia SL3034 de 7 de julio de 2021 en la que la Corte Suprema de Justicia reiteró que otra de las consecuencias prácticas que trae la declaración de ineficacia, es la de restituir, con cargo a sus propios recursos y

debidamente indexados, los gastos o cuotas de administración descontados por los fondos privados de pensiones durante la permanencia de los afiliados en esas entidades, motivo por el que se fulminará sentencia en contra de los fondos privados de pensiones Colfondos S.A. y Porvenir S.A. en ese sentido.

Bajo esa misma óptica, es del caso recordar que los traslados declarados ineficaces implican que ningún acto posterior a ellos produzcan efectos, por lo que se condenará a los fondos privados de pensiones Colfondos S.A. y Porvenir S.A. a cancelar a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores descontados durante la permanencia del afiliado en cada una de esas entidades y que estuvieron dirigidos a pagar las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como aquellos que fueron destinados a financiar la garantía de pensión mínima; sin que con esa decisión se esté afectando los intereses de terceros que no asistieron al proceso (aseguradoras y reaseguradoras), 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.

Ahora bien, como se aprecia en documento expedido por la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público -págs.71 a 76 archivo 004 carpeta primera instancia- esa entidad emitió y liquidó un bono pensional tipo A versión 2/2 a favor del señor Henry Gil Mojica, al reunir los requisitos previstos en el artículo 115 de la ley 100 de 1993; sin embargo, en ese documento no se evidencia el estado actual de ese instrumento de deuda pública, pues allí no media información que permita definir si el mismo fue consignado o no a la cuenta de ahorro individual del accionante en la AFP Porvenir S.A., pero, lo cierto es que el mismo se redimió normalmente el pasado 5 de octubre de 2020, fecha en que el accionante cumplió los 62 años de edad; por lo que, teniendo en cuenta que el artículo 17 del Decreto 1748 de 1995 dispone que esta clase de bonos se pagan dentro del mes siguiente a la fecha de redención (sin necesidad de solicitud previa), claro es que el mismo debió entrar a la cuenta de ahorro individual

del demandante antes del 5 de noviembre de 2020; razón por la que, al carecer de efectos jurídicos los dos traslados al RAIS ejecutados por el demandante, le corresponde a la AFP Porvenir S.A., en caso de haber recibido el pago del bono pensional en favor de la cuenta de ahorro individual del actor, proceder con su restitución a favor de la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, suma que deberá estar debidamente indexada, precisándose que esa actualización corre por cuenta de los recursos propios del fondo privado de pensiones Porvenir S.A.

Así mismo, se ordenará comunicar la presente decisión a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el objeto de que tenga conocimiento de la orden impartida frente al bono pensional tipo A redimido y pagado por parte de esa entidad en favor de la cuenta de ahorro individual del accionante, y para que posteriormente, haciendo uso de trámites internos y a través de canales institucionales, ejecute todas las acciones pertinentes para retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban para el 26 de marzo de 1999, fecha en que se produjo el primer traslado al RAIS.

En torno al hecho de que el accionante arribó a la edad mínima de pensión en el RPM el 5 de octubre de 2020, la verdad es que ese suceso no afecta en nada las decisiones tomadas 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 los traslados efectuados por el demandante al RAIS, ellos no tienen validez y por tanto el demandante siempre ha estado afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por Colpensiones, lo que muestra que de ninguna manera se está ordenando un nuevo traslado entre regímenes pensionales y por tanto no se transgrede la prohibición legal prevista en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

En cuanto a las costas procesales en ambas instancias, teniendo en cuenta que las entidades accionadas se opusieron a la prosperidad de las pretensiones elevadas por el demandante y al haber sido vencidas en el proceso, conforme con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 365 del CGP se fulminará condena por este concepto en contra de ellas en un 100% y por partes iguales, a favor de la parte actora.

De esta manera queda resuelto el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del señor Henry Gil Mojica.

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. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito el 29 de julio de 2022, para en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. DECLARAR la ineficacia de los traslados efectuados por el señor HENRY GIL MOJICA al régimen de ahorro individual con solidaridad el 26 de marzo de 1999 y el 14 de enero de 2010 a través de los fondos privados de pensiones COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. respectivamente, así como el movimiento que se ejecutó el 1° de noviembre de 2000 hacia la AFP PORVENIR S.A., quedando válida y vigente la afiliación primigenia efectuada por el accionante al régimen de prima media con prestación definida, ejecutada en ese entonces ante el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES.

TERCERO. CONDENAR al fondo privado de pensiones PORVENIR S.A. a girar a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del señor HENRY GIL MOJICA, proveniente de las

cotizaciones efectuadas al sistema general de pensiones junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado.

CUARTO. CONDENAR a los fondos privados de pensiones PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A. a restituir, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexadas, las sumas de dinero que fueron descontadas al señor HERNY GIL MOJICA durante su permanencia en esas entidades 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.

QUINTO. CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A., de haber recibido el pago del bono pensional en favor de la cuenta de ahorro individual del 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.

SEXTO. COMUNICAR a la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO la decisión adoptada en este proceso, con el objeto de que tenga conocimiento de la orden impartida frente al bono pensional tipo A que una vez redimido debió ser pagado por parte de esa entidad a favor de la cuenta de ahorro individual del accionante, y para que posteriormente, haciendo uso de trámites internos y a través de canales institucionales, ejecute todas las acciones pertinentes para retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban para el 26 de marzo de 1999 cuando se ejecutó el primer traslado del actor al RAIS.

SÉPTIMO. CONDENAR en costas en ambas instancias a las entidades accionadas en un 100% y por partes iguales, a favor de la parte actora.

Notifíquese por estado y comuníquese 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

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 Goetz 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: **679809956a116cee8bc7189d68e4bd9dda517725e3a1080f8f487ba53abaca0b**

Documento generado en 25/01/2023 08:24:03 AM

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