

Constancia Secretarial: vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 11 de mayo de 2021, la totalidad de los intervinientes remitieron en término los alegatos de conclusión al correo institucional, tal y como se ve en las constancias de recepción que obran en el expediente digitalizado.

Pereira, 2 de junio de 2021.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

PEREIRA, DIECISÉIS DE JUNIO DE DOS MIL VEINTIUNO

Acta de Sala de Discusión No 94 de 15 de junio de 2021

SENTENCIA ESCRITA

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito el 14 de octubre de 2020, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de COLPENSIONES, dentro del proceso promovido por el señor EMILE JOSÉ RAMÍREZ WEDEFOR, cuya radicación corresponde al N°66001310500220170052701.

Se reconoce personería para actuar dentro del proceso de la referencia a la doctora PAULA ANDREA MURILLO BETANCUR, como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones, en los términos y para los efectos del memorial de sustitución de poder que

fue allegado al correo institucional el pasado 13 de mayo de 2021, incluido debidamente en el expediente digitalizado.

ANTECEDENTES

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

Refiere que: nació el 27 de octubre de 1955, iniciando su vida laboral el 18 de enero de 1984 con la empresa Morrison Knudsen Internacional, momento en el que se afilió al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS, en donde hizo cotizaciones hasta antes de trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad en el año 1997 por medio de la AFP Porvenir S.A.; para tomar esa determinación, un asesor comercial de esa entidad le informó que: i) En el RAIS podía pensionarse anticipadamente y con una mesada pensional mucho más alta que la ofrecida en el RPM, ii) Si no se trasladaba de régimen pensional, sus cotizaciones estaban en riesgo de perderse ya que el ISS iba a desaparecer, iii) Era su **decesión** acceder a la pensión de vejez o a la devolución de saldos, independientemente de que tuviese reunidos los requisitos para reclamar la gracia pensional. Posteriormente se movilizó a la AFP Colfondos S.A., sin haber recibido la información que por ley correspondía.

En proyección efectuada por la AFP Colfondos S.A. se le informa que al arribar a los 62 años de edad, podría pensionarse con una mesada del orden de \$920.000; mientras que en el RPM puede acceder a la misma edad a una pensión de vejez equivalente a la suma de \$3.797.407. El 14 de noviembre de 2017 solicitó ante Colpensiones el retorno al RPM, sin embargo, dicha entidad respondió su petición negativamente, indicándole que se encontraba inmerso en la prohibición legal establecida en el artículo 13 de la ley 100 de 1993.

La Administradora Colombiana de Pensiones contestó la demanda - pags.117 a 127 tomo I- manifestando que el acto jurídico por medio del cual se produjo el cambio de régimen pensional del actor cumplió con el lleno de los requisitos exigidos en la ley, motivo por el que su traslado se ejecutó conforme a derecho. Se opuso a la totalidad de las pretensiones y formuló las excepciones de mérito que denominó “Inexistencia de la obligación”, “Imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal”, “Buena fe” e “Imposibilidad de condena en costas”.

El fondo privado de pensiones Porvenir S.A. respondió la acción - pags.182 a 217 tomo I- manifestando que el traslado efectuado por el señor Emile José Ramírez Wedefor al régimen de ahorro individual con solidaridad fue completamente lícito y ajustado a derecho en la medida en que su voluntad fue consciente de las consecuencias jurídicas que ello generaría, agregando que el accionante no ha sido víctima de la inducción a error que proclama dentro del escrito inaugural. Se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso las excepciones de mérito que denominó “Genérica o innominada”, “Prescripción”, “Buena fe”, “Compensación”, “Exoneración de condena en costas”, “Inexistencia de la obligación”, “Falta de causa para pedir”, “Falta de legitimación en la causa y/o ausencia de personería

sustantiva por pasiva de mi representada”, “Inexistencia de la fuente de la obligación”, “Inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad”, “Ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados por parte de esta entidad llamada a juicio”, “Afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado”.

A su turno, la AFP Colfondos S.A. contestó la acción -pags.234 a 253 tomo I- expresando que el movimiento que el accionante hizo hacía ese fondo privado de pensiones se hizo con el lleno de los requisitos exigidos en la ley, como consta en el formulario de afiliación que en su momento rubricó el señor Ramírez Wedefor y que le permite estar vinculado actualmente en esa entidad. En torno al acto jurídico que significó su paso del RPM al RAIS, sostuvo que en caso de que se hubiere configurado el vicio del consentimiento que se alega en la demanda, el mismo se saneó por el paso del tiempo como lo determina el artículo 1750 del Código Civil. Se opuso a las pretensiones y planteó las excepciones de fondo de “Validez de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento”, “Saneamiento de la supuesta nulidad relativa”, “Prescripción”, “Buena fe” e “Innominada o genérica”.

En sentencia de 14 de octubre de 2020, la funcionaria de primera instancia, aplicando en su integridad la jurisprudencia que sobre el tema ha emitido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluyó que el cambio de régimen pensional efectuado por la accionante el 22 de abril de 1997 es ineficaz, por cuanto la AFP Porvenir S.A. con la que se surtió ese acto jurídico, no cumplió con la carga probatoria consistente en demostrar que le brindó al afiliado la información que la ley exigía para ese momento histórico, motivo por el que declaró ineficaz el traslado del señor Emile José Wedefor del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual

con solidaridad, manifestando que todos los actos posteriores carecen de validez.

A continuación, y después de verificar que el señor Ramírez Wedefor se encuentra afiliado actualmente a la AFP Colfondos S.A., la condenó a restituir la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con sus intereses y rendimientos financieros, además del valor del bono pensional en caso de existir.

Así mismo condenó a los dos fondos privados de pensiones accionados, a reintegrar con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, las sumas descontadas al afiliado durante su permanencia en cada una de ellas y que estuvieron destinadas a cubrir los gastos o cuotas de administración, la garantía de pensión mínima y los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes.

Finalmente condenó en costas procesales a los fondos privados de pensiones Porvenir S.A. y Colfondos S.A. en un 80% y 20% respectivamente, a favor de la parte actora.

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

La apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones sostiene que en el curso del proceso quedó demostrado que el traslado al RAIS efectuado por el señor Emile José Ramírez Wedefor cumplió con el lleno de los requisitos exigidos en la ley, evidenciándose que la motivación para iniciar la presente acción es netamente económica, añadiendo que en cualquier caso no es viable su retorno al RPM al estar incurso en la prohibición legal establecida

en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003. No obstante, de confirmarse la declaratoria de ineficacia, solicita que se condene a los fondos privados de pensiones a cancelar, a título de sanción, un cálculo actuarial equivalente al valor de las potenciales mesadas pensionales que eventualmente devengaría el actor en el RPM.

El apoderado judicial de la AFP Porvenir S.A. sostiene que las pretensiones en este caso están dirigidas a que se resuelva la nulidad del acto jurídico que materializó el traslado entre regímenes pensionales y no la de ineficacia, que por orden jurisprudencial se les ha obligado a los operadores judiciales abordar en este tipo de casos; ello para poner de presente que el análisis de una u otra acción es completamente diferente, pues cuando se trata de la nulidad de un acto jurídico, al demandante le corresponde demostrar que se configuró un vicio en su consentimiento y el perjuicio que se le ha generado, lo cual no acontece en este evento, pero que en todo caso, de estudiarse la de ineficacia, tampoco hay lugar a acceder a las pretensiones, en la medida en que en el proceso se demostró que el afiliado recibió la información que la ley exigía para el momento en que se trasladó al RAIS.

A más de lo expuesto, sostiene que la línea jurisprudencial emitida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que lleva a emitir este tipo de decisiones, contraría abiertamente las disposiciones legales que regulan la materia objeto de estudio, en otras palabras, la actual línea jurisprudencial del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral viola la ley, no respeta los principios de consonancia y congruencia, confunde la teoría de la caducidad de las acciones con la prescripción, ordena la aplicación de las facultades extra y ultra petita a los jueces de segunda instancia, entre muchas

otras deficiencias que compone la actual postura jurisprudencial, como por ejemplo no otorgarle el valor que la ley le ha dado a la voluntad de suscripción del formulario de afiliación a los fondos privados de pensiones; sin haberse dado cuenta, que lo que verdaderamente se alega en estos casos es una insatisfacción de orden económica, ya que lo que quieren la totalidad de los demandantes es retornar a un régimen pensional que le ofrece la posibilidad de soportar la mesada pensional en los aportes efectuados por una base solidaria de cotizantes, mientras que en el RAIS se hace justicia, en consideración a que la mesada que se otorga es la que realmente se puede financiar con los propios aportes efectuados por el afiliado.

Así mismo considera que las consecuencias económicas que se derivan de las declaratorias de ineficacia realmente son sanciones pecuniarias que no encuentran soporte normativo, y por el contrario, lo que si ordena la ley, es que esas entidades descuenten los gastos de administración y los valores que cubren las contingencias de invalidez y sobrevivientes.

La apoderada judicial de la AFP Colfondos S.A. coincide con sus antecesores recurrentes en que en el proceso quedó acreditado que el señor Emile José Ramírez Wedefor recibió la información que la ley exigía para la época en que se presentó su traslado, razón por la que no hay lugar a declarar la ineficacia del acto jurídico que significó el cambio de régimen pensional. En caso de que no sea evaluado de esa manera ese punto, estima que no es posible que se acceda a las pretensiones del actor, ya que su inconformidad, que es de orden económico, debe resolverse por medio de la acción resarcitoria de perjuicios establecida en el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, añadiendo que tampoco es viable el retorno de los afiliados al RPM, ya

que en la mayoría de los casos ellos han sobrepasado la edad límite para ejecutar traslados entre regímenes pensionales.

En caso de que no se tengan en cuenta esos argumentos y se confirme la declaratoria de ineficacia, considera que los únicos emolumentos que deben reintegrarse son los correspondientes a los aportes o cotizaciones al sistema general de pensiones, ya que los demás ordenados por el juzgado de conocimiento, solo surgieron con ocasión del vínculo contractual que el afiliado sostuvo con el RAIS, acotando que tanto los gastos de administración como los valores de las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, son sumas cobradas por ministerio de la ley y que han permitido que la cuenta de ahorro individual del afiliado haya sido excelentemente gestionada, al punto de lograr muy buenos rendimientos financieros, y así mismo ha estado cubierto frente a las contingencias de invalidez y muerte, afirmando que esa decisión constituye un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones y un detrimento patrimonial para los fondos privados de pensiones accionados. Para finalizar solicita que se le exonere de la condena en costas procesales, ya que esa entidad ha actuado dentro del marco de la ley y con apego al principio de la buena fe.

Al haber resultado afectados los intereses de la Administradora Colombiana de Pensiones, se dispuso también el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Conforme se dejó plasmado en la constancia emitida por la Secretaría de la Corporación, la totalidad de los intervinientes hicieron uso del derecho a presentar alegatos de conclusión en término.

En cuanto al contenido de los alegatos de conclusión remitidos por las entidades recurrentes, teniendo en cuenta que el artículo 279 del CGP dispone que *“No se podrá hacer transcripciones o reproducciones de actas, decisiones o conceptos que obren en el expediente.”*, baste decir que los argumentos emitidos por cada una de ellas coinciden con los expuestos en la sustentación de los recursos de apelación.

Por su parte, la apoderada judicial de la parte actora solicita la confirmación integral de la sentencia emitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito.

Cuestión previa

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

obedecerá en este caso y en los sucesivos la posición mayoritaria que ostenta la mencionada Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

PROBLEMAS JURÍDICOS

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

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

¿Hay lugar a declarar ineficaz la afiliación del señor Emile José Ramírez Wedefor al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada?

¿Con los movimientos efectuados por el demandante dentro del RAIS y su permanencia en ese régimen pensional durante más de veinte años, desapareció la asimetría en la información que se echa de menos en la presente acción?

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

¿Les asiste razón a los fondos privados de pensiones accionados cuando afirman que solo es viable la restitución de los dineros provenientes de las cotizaciones al sistema general de pensiones?

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

¿Existe algún inconveniente en torno a que el afiliado haya arribado a la edad mínima de pensión prevista en el RPM?

¿Es procedente condenar a los fondos privados de pensiones demandados a cancelar a la Administradora Colombiana de Pensiones, a título de sanción, una suma igual al valor de las eventuales mesadas pensionales que se le pudieren otorgar al demandante en el régimen de prima media con prestación definida?

¿Hay lugar a absolver a la AFP Colfondos S.A. de la condena en costas procesales fulminada en el curso de la primera instancia?

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.**”.* (Negritas 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:

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

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

3. La suscripción del formulario de afiliación.

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

“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria»,

«se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

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

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

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

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

4. Carga de la prueba.

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

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

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

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

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

En sentencia SL3752 de 15 de septiembre de 2020, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, advirtiendo la importancia constitucional y legal que caracteriza el derecho a la seguridad social, recordó la necesidad de resolver los asuntos que son puestos en conocimiento de la jurisdicción teniendo en cuenta la verdadera intención que tienen los afiliados a través de sus

actuaciones y no con base en las formalidades y protocolos; trayendo a colación como ejemplos los temas que han sido resueltos desde esa arista, como el relacionado con la desafiliación al sistema general de pensiones cuando no existe el reporte de la novedad de retiro del sistema, o como en los casos en que, sin existir afiliación a una administradora pensional, el afiliado realiza aportes durante un periodo importante, que conllevan a concluir que se ha presentado una afiliación tácita a pesar de no haberse diligenciado el correspondiente formulario; mostrando que, como en esos eventos, existen muchos otros en los que las manifestaciones efectuadas por los afiliados al sistema general de pensiones denotan su verdadera intención de permanecer vinculados en determinado régimen pensional.

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

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

Y más adelante continuó expresando:

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

*Dichos comportamientos o **actos de relacionamiento**, en los casos de afiliación, pueden verse traducidos en acciones concretas de los afiliados tales como presentar solicitudes de información de saldos, actualización de datos,*

asignación y cambio de claves, entre otros. Así lo ha establecido esta Corporación en el fallo CSJ SL413-2018, en donde dijo que,

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

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

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

Conforme se expuso en el primer punto del fundamento jurisprudencial, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene definido que la acción que se debe estudiar cuando se reclama la ausencia total o parcial del deber de información por parte de los fondos privados de pensiones, no es otra que la ineficacia del acto jurídico que permitió el traslado entre regímenes pensionales, por lo que al haber orientado el actor la demanda en ese sentido, por imperativo jurisprudencial, lo que corresponde es analizar el caso en la forma determinada por la Corte Suprema de Justicia, esto es, si el traslado de la demandante al RAIS se dio en términos de eficacia; por lo que bajo

esa única y exclusiva postura, no les asiste razón a las entidades recurrentes cuando afirman que la acción tendiente a resolver este tipo de controversias es la resarcitoria de perjuicios prevista en el artículo 10 del Decreto 720 de 1994.

Resuelto lo anterior, se tiene entonces que con la solicitud de vinculación N°752298 -pag.218 tomo I-, el señor Emile José Ramírez Wedefor se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad el 22 de abril de 1997 cuando se vinculó a la AFP Porvenir S.A., sin embargo, el demandante inicia la presente acción al considerar que el cambio del RPM al RAIS no se cumplió con el lleno de los requisitos legales, al no habersele suministrado la totalidad de la información sobre las consecuencias que conllevaba tomar esa decisión; viciándose de esa manera su consentimiento.

Conforme con lo señalado por el demandante, se procederá a verificar, siguiendo, única y exclusivamente las reglas jurisprudenciales expuestas anteriormente, si la AFP Porvenir S.A. -quien tiene la carga probatoria en este tipo de procesos (como se explicó en el punto cuatro del fundamento jurisprudencial)-, cumplió con el deber legal de información que le correspondía para el 22 de abril de 1997 (primera etapa).

En lo que concierne al formulario de afiliación, más allá de que en dicho documento se evidencia la rúbrica del señor Emile José Ramírez Wedefor en la casilla denominada “*voluntad de selección y afiliación*” en la que se hace constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la efectúa de manera libre, espontánea y sin presiones, y que los datos proporcionados son verdaderos; lo cierto es que, según lo dice la Sala de Casación Laboral, esa prueba no resulta

suficiente para tener por demostrado el deber de información, pues, como mucho, demuestra un consentimiento, pero no informado.

Ahora, en el interrogatorio de parte, el señor Emile José Ramírez Wedefor expresó que en el año 1997 decidió trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, porque un asesor comercial del fondo privado de pensiones Porvenir S.A. le manifestó que el Instituto de Seguros Sociales donde él estaba afiliado iba a desaparecer, razón por la que se debía cambiar a ese régimen pensional, en donde sus cotizaciones iban a estar seguras, asegurándole que la mesada pensional que iba a obtener sería muy superior a la que pudiera otorgársele en el RPM; posteriormente decidió moverse dentro del RAIS, más precisamente hacía Colfondos S.A., porque un asesor comercial de esa entidad le dijo que allí iba a obtener una pensión de vejez más alta que la ofrecida o prometida por Porvenir S.A., sin embargo, en ninguno de esos dos momentos se le explicó con detenimiento como era que iba a percibir una mesada pensional más alta que la del ISS, ni mucho menos se le puso de presente las demás características de los regímenes pensionales que componen el sistema general de pensiones, añadiendo que él estaba muy tranquilo hasta que la AFP Colfondos S.A. le informó en el año 2017, antes de cumplir los 62 años de edad, que su mesada pensional sería de \$920.000, lo cual le resultó sorprendente e inconcebible en la medida en que su nivel de vida no puede pagarse con una suma mensual de ese orden, indicando que con ese conocimiento procedió a solicitar el retorno al RPM, pero Colpensiones se lo negó por la edad, por lo que no tuvo más remedio que interponer la presente acción.

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, del formulario de afiliación y del interrogatorio de parte absuelto por el señor Emile José Ramírez Wedefor, ni de ninguna de las pruebas

allegadas al plenario se desprende el cumplimiento del deber legal de información por parte de la AFP Porvenir S.A., sin que tampoco exista prueba en el expediente que acredite que la asimetría en la información que se produjo el 22 de abril de 1997 dejó de prolongarse con el paso de los años, pues no se acreditaron actos expresos o tácitos por parte del accionante que permitieran concluir que su conocimiento sobre las características de los regímenes pensionales que componen el sistema general de pensiones le permitieron tomar la decisión de continuar afiliado al RAIS a sabiendas de las consecuencias que ello le traía; al punto que la AFP Colfondos S.A. tampoco acreditó que para el momento en que el afiliado se movilizó hacía ese fondo privado de pensiones, dicha entidad le suministró la totalidad de la información sobre las características de los regímenes pensionales que componen el sistema general de pensiones, con sus pros y sus contras, sin que el hecho de permanecer por más de veinte años en el RAIS, demuestre per se los actos de correlacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia, pues como ya se ha dicho, lo importante es que con esos movimientos desaparezca por completo esa asimetría que nace con el acto jurídico que materializa el cambio de régimen pensional, lo cual no aconteció en el presente asunto; evidenciándose que el afiliado, antes de cumplir los 62 años de edad el 27 de octubre de 2017, al haber nacido en la misma calenda del año 1955 como se aprecia en el registro civil de nacimiento -pag.33 tomo I-, recibió el 4 de octubre de 2017 la proyección de la que sería su mesada pensional en el RAIS -pag.49 tomo I-, en la que se le dijo que cuando cumpliera los 62 años podía acceder a una mesada del orden de \$920.000; información que lo llevó inmediatamente después, más exactamente el 15 de noviembre de 2017 -pag.110 tomo I-, a iniciar el presente ordinario laboral de primera instancia.

Por lo expuesto, al no cumplirse con la carga probatoria que les asistía a los fondos privados de pensiones y en particular a la AFP Porvenir S.A. con la que se surtió el cambio de régimen pensional, indefectiblemente, conforme con lo sentado por la Corte Suprema de Justicia, no queda otro camino que confirmar la decisión emitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito, consistente en declarar la ineficacia del acto jurídico por medio del cual la accionante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 22 de abril de 1997, por lo que todos los actos posteriores ejecutados dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad carecen de validez.

Así las cosas, al no tener ningún efecto jurídico el traslado efectuado por el señor Emile José Ramírez Wedefor al régimen de ahorro individual con solidaridad, correcta resultó la decisión de condenar a la AFP Colfondos S.A., a la que se encuentra afiliado actualmente, a restituir los dineros inmersos en la cuenta de ahorro individual del actor provenientes de los aportes o cotizaciones al sistema general de pensiones, junto con sus intereses y rendimientos financieros, tal y como lo ha sentado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las providencias relacionadas a lo largo de la presente providencia.

Además de restituir los emolumentos relacionados líneas atrás, necesario resulta traer a colación la sentencia SL1688 de 8 de mayo de 2019 en la que la Corte Suprema de Justicia indicó que otra de las consecuencias prácticas que trae la declaración de ineficacia, es la de restituir los gastos o cuotas de administración descontados por los fondos privados de pensiones durante la permanencia de los afiliados en esas entidades, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, como correctamente se lo ordenó el juzgado de

conocimiento a cada una de los fondos privados de pensiones en los que estuvo afiliada el señor Emile José Ramírez Wedefor después del 22 de abril de 1997.

Bajo esa misma óptica, es del caso recordar que el traslado declarado ineficaz implica que ningún acto posterior al mismo produzca efectos, por lo que correcta resultó la decisión de la *a quo* consistente en condenar a la totalidad de los fondos privados de pensiones en los que estuvo afiliada el actor, a reintegrar a la Administradora Colombiana de Pensiones, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores que fueron cobrados al afiliado durante su permanencia en cada una de esas entidades y que estuvieron destinados a cancelar las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como los valores dirigidos a financiar la garantía de pensión mínima; sin que con esa decisión se esté afectando los intereses de terceros que no asistieron al proceso, pues precisamente la orden impartida en ese sentido lo que lleva es a que los fondos privados de pensiones respondan con su patrimonio por las deficiencias en que incurrieron en los afiliaciones ejecutados por la actora desde el cambio de régimen pensional y los movimientos ejecutados al interior del RAIS.

En este punto de la providencia es pertinente referir que al haber operado un traslado desde el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 22 de abril de 1997, se generó en ese momento un bono pensional tipo A en favor del señor Emile José Ramírez Wedefor, nacido el 27 de octubre de 1955 como se dijo anteriormente, por lo que, a pesar de que no existe prueba que demuestre el estado actual de ese bono de deuda pública, lo cierto es que el mismo se redimió normalmente el pasado 27 de octubre de 2017, 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 27 de noviembre de 2017; razón por la que, al tener que restituirse las cosas al estado en el que se encontraban para el 22 de abril de 1997, al carecer de efectos jurídicos el traslado al RAIS ejecutado en esa calenda, se modificará el ordinal tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito en el sentido de no incluir dentro de la condena emitida en contra de la AFP Colfondos S.A. lo concerniente a la devolución del valor de bono pensional a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, adicionando posteriormente ese mismo ordinal, en el sentido de condenar a esa entidad a restituir la suma pagada por ese concepto pero a favor de la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, suma que deberá estar debidamente indexada, precisándose que esa actualización del valor del bono pensional debe ser cancelada con los recursos propios del fondo privado de pensiones Colfondos S.A.

Así mismo, se adicionará la sentencia proferida por la *a quo* en el sentido de comunicar a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público la decisión adoptada en el presente caso, con el objeto de que tenga conocimiento de la orden impartida frente al bono pensional tipo A redimido y 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 22 de abril de 1997.

En torno al hecho consistente en que el accionante arribó a la edad mínima de pensión el 27 de octubre de 2017, lo cierto es que ese

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

Frente a la petición elevada por la Administradora Colombiana de Pensiones relativa a que se condene a los fondos privados de pensiones accionados a cancelar a título de sanción una suma igual al valor de las futuras mesadas pensionales que eventualmente pudieren reconocérsele al accionante en el régimen de prima media con prestación definida, lo primero que cabe señalar es que la etapa de alegatos no es el acto procesal previsto para realizar pretensiones, resultando claro por demás que el demandante no dirigió ninguna pretensión en ese sentido, mientras que las consecuencias prácticas de la declaratoria de ineficacia son las que la Corte Suprema de Justicia ha reseñado en su línea jurisprudencial en este tipo de asuntos y que ya han sido aplicadas en estricto sentido en este caso. Por lo expuesto, no hay lugar a acceder a la petición condenatoria elevada por la Administradora Colombiana de Pensiones en la sustentación del recurso de apelación.

Respecto a la condena en costas emitida en el curso de la primera instancia en contra de la AFP Colfondos S.A., es pertinente recordar que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece que “*Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso*”, lo que permite concluir que de acuerdo con el resultado arrojado en el proceso, el cual fue desfavorable a sus intereses, le correspondía a la *a quo* emitir condena en su contra por dicho concepto, la cual encuentra debidamente ajustada a derecho esta Corporación.

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

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

RESUELVE

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

*“**TERCERO. A. CONDENAR** al fondo privado de pensiones COLFONDOS S.A. a girar a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del señor EMILE JOSÉ RAMÍREZ WEDEFOR, proveniente de las cotizaciones efectuadas al sistema general de*

pensiones, junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado.”

SEGUNDO. ADICIONAR el ordinal tercero, con dos literales del siguiente tenor:

*“B. **CONDENAR** a la AFP COLFONDOS S.A. a restituir a la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO -si ya lo hubiere recibido- el valor del bono pensional tipo A que haya sido pagado a favor de la cuenta de ahorro individual del señor EMILE JOSÉ RAMÍREZ WEDEFOR.*

*C. **CONDENAR** a la AFP COLFONDOS S.A. a indexar, con cargo a sus propios recursos, el valor del bono pensional tipo A que debe reintegrar a favor de la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.”.*

TERCERO. ADICIONAR la sentencia emitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito, en el sentido de **COMUNICAR** a la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO la decisión adoptada en este proceso, con el objeto de que tenga conocimiento de la orden impartida frente al bono pensional tipo A redimido y pagado por parte de esa entidad a favor de la cuenta de ahorro individual del accionante, y para que haciendo uso de trámites internos a través de canales institucionales, ejecute todas las acciones a que haya lugar para dejar las cosas en el estado en el que se encontraban para el 22 de abril de 1997.

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

QUINTO. CONDENAR en costas en esta instancia a las entidades recurrentes en un 100% y por partes iguales, a favor de la parte actora.

Notifíquese por estado y a los correos electrónicos de los apoderados de las partes.

Quienes integran la Sala,

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
Magistrado Ponente
Aclara Voto

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN
Magistrada

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO
Magistrado

Sin constancias ni firmas secretariales conforme artículo 9 del Decreto 806 de 2020

Firmado Por:

**JULIO CESAR SALAZAR MUÑOZ MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL DESPACHO 2
SALA LABORAL TRIBUNAL SUPERIOR PEREIRA**

**ANA LUCIA CAICEDO CALDERON MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL DESPACHO 1
SALA LABORAL TRIBUNAL SUPERIOR PEREIRA**

**GERMAN DARIO GOEZ VINASCO MAGISTRADO MAGISTRADO - TRIBUNAL 003 SUPERIOR SALA
LABORAL DE LA CIUDAD DE PEREIRA-RISARALDA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

81e8e29fd30acd7dacddaed9e9b69f4ed222e077880630fed7daf6c779044d

Documento generado en 16/06/2021 07:08:03 AM