

**Constancia Secretarial:** vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 11 de mayo de 2021, tanto la parte actora como las entidades accionadas 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. Al revisar el buzón del referido canal electrónico, se evidencia que el vinculado Ministerio de Hacienda y Crédito Público dejó transcurrir en silencio el plazo otorgado para esos efectos.

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, VEINTITRÉS DE JUNIO DE DOS MIL VEINTIUNO**

Acta de Sala de Discusión No 99 de 21 de junio de 2021

**SENTENCIA ESCRITA**

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, PORVENIR S.A. y el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito el 28 de octubre de 2020, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de COLPENSIONES, dentro del proceso promovido por la señora FRANCIA HELENA GÓNGORA PÉREZ, cuya radicación corresponde al N°66001310500320190012201.

Se reconoce personería para actuar dentro del proceso de la referencia a la doctora MARILUZ GALLEGO BEDOYA, como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones, en los términos y para los efectos del memorial de sustitución de poder que fue allegado al correo institucional el pasado 18 de mayo de 2021, incluido debidamente en el expediente digitalizado.

**ANTECEDENTES**

Pretende la señora Francia Helena Góngora Pérez que la justicia laboral declare la nulidad de la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de 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 al fondo privado de pensiones demandado a girar la totalidad de los emolumentos a que haya lugar, además de las costas procesales a su favor.

Refiere que: nació el 28 de noviembre de 1958, afiliándose al régimen de prima media con prestación definida el 18 de marzo de 1982, en donde realizó cotizaciones interrumpidas hasta antes del 14 de enero de 2004, día en que suscribió el formulario de afiliación con la AFP Porvenir S.A., trasladándose de esa manera al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin haber recibido previamente la información que por ley se le exigía a ese fondo privado de pensiones. El 7 de marzo de 2019, ante petición elevada por ella, la Administradora Colombiana de Pensiones negó su retorno al RPM, expresándosele que estaba a menos de diez años de arribar a la edad mínima de pensión.

Al contestar la demanda -pag.105 a 110 del archivo 01.- la Administradora Colombiana de Pensiones se opuso a la totalidad de las pretensiones de la actora, manifestando que el traslado de régimen pensional efectuado por la accionante cumplió con los requisitos que la ley exigía para el año 2004, como se demuestra con la suscripción del correspondiente formulario de afiliación en donde ella dejó constancia que la afiliación la hace de manera libre, voluntaria y sin presiones; agregando que no es viable su retorno al RPM por estar a menos de diez años de arribar a la edad mínima de pensión. Formuló las excepciones de mérito que denominó “Caducidad”, “Inexistencia de la obligación de traslado”, “Prescripción” y “Falta de legitimación”.

Al dar respuesta a la acción -pags.147 a 160 del archivo 01- la AFP Porvenir S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones manifestando que el cambio de régimen pensional efectuado por la actora el 14 de enero de 2004 se hizo con el lleno de los requisitos legales, como se desprende del formulario de afiliación suscrito por ella en esa calenda, asegurando que no se configuró el vicio del consentimiento que se alega en el escrito inaugural, no obstante, en caso de que

se hubiere presentado, él se saneó por el paso del tiempo. Propuso las excepciones de fondo de *“Validez y eficacia de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento”*, *“Saneamiento de la eventual nulidad relativa”*, *“Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS”*, *“Inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS”*, *“Prescripción”*, *“Buena fe”* e *“Innominada o genérica”*.

Después de ordenarse su vinculación al proceso para integrar el contradictorio, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público respondió el libelo introductorio - pags.249 a 275 del archivo 01-, indicó que de acuerdo con la información que reposa en su base de datos, la señora Góngora Pérez se trasladó al RAIS el 14 de enero de 2004, generándose en ese momento un bono pensional tipo A en su favor, el cual tuvo como fecha normal de redención el 28 de noviembre de 2018 cuando la accionante cumplió los 60 años, motivo por el que esa entidad pagó el valor de ese bono de deuda pública a la cuenta de ahorro individual de la accionante en la AFP Porvenir S.A., informando que actualmente no existe trámite pendiente por atender por parte de esa entidad frente a esa situación. Con base en lo expuesto solicita que se le desvincule del trámite o en su defecto se le absuelva de cualquier obligación que se le pretenda endilgar. Formuló las excepciones de mérito que denominó *“Bono emitido y redimido”*, *“La suerte de lo accesorio es la suerte del principal”*, *“Buena fe”*, *“Prescripción”* y *“Genérica”*.

En sentencia de 28 de octubre de 2020, la funcionaria de primera instancia, aplicando en su integridad la jurisprudencia vigente que sobre el tema ha emitido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluyó, después de analizar las pruebas allegadas al proceso, que la AFP Porvenir S.A. no cumplió con la carga probatoria que le incumbía en este proceso, al verificar que no le brindó la totalidad de la información que debía ponerle de presente a la señora Francia Helena Góngora Pérez, esto es, las características de ambos regímenes pensionales con sus ventajas y desventajas, razón por la que declaró ineficaz el traslado al RAIS surtido el 14 de enero de 2014; motivo por el que declaró también válida y vigente la afiliación primigenia efectuada al régimen de prima media con prestación definida por medio del Instituto de Seguros Sociales.

Como consecuencia de esas declaraciones, la *a quo*, en la parte considerativa de la providencia expresó que la AFP Porvenir S.A. a la que se encuentra vinculada actualmente, debía girar a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones la totalidad del capital que se encuentra acumulado en la cuenta de ahorro individual de la actora, indicando que allí debían estar incluidos los aportes, intereses, frutos y rendimientos financieros, así como los gastos de administración y las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, sin embargo, al momento de emitir la parte resolutive de la providencia simplemente le ordenó al fondo privado de pensiones Porvenir S.A., al que se encuentra afiliada actualmente, que *“proceda a remitir ante COLPENSIONES todo el capital que aparece en la cuenta individual de la señora GÓNGORA PÉREZ como se explicó precedentemente.”*, es decir, sin pormenorizar detalladamente los conceptos incluidos allí.

En torno al bono pensional, consideró que al devolverse las cosas al estado al que se encontraban para el 14 de enero de 2004, le corresponderá al Ministerio de Hacienda y Crédito Público ejecutar todas las acciones pertinentes para anular ese título de deuda pública, sin embargo, al emitir la parte resolutive, no hizo ninguna mención frente a ese punto.

Finalmente, condenó en costas procesales a la AFP Porvenir S.A. en un 100% a favor de la parte actora.

Inconformes con la decisión, la AFP Porvenir S.A., la Administradora Colombiana de Pensiones y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público interpusieron recursos de apelación en los siguientes términos:

La apoderada judicial de la AFP Porvenir S.A. manifestó que en el curso del proceso esa entidad cumplió con la carga probatoria que le correspondía, esto es, la de demostrar que le suministró a la señora Francia Helena Góngora Pérez la información que la ley exigía para el 14 de enero de 2004, como se acredita con el formulario de afiliación que la accionante rubricó en esa época, sin que sea dable darle el valor probatorio pretendido al interrogatorio de parte absuelto por ella, ya que de ese tipo de prueba solo se pueden tomar los aspectos que le resulten desfavorables y no los que le resultan favorables, pues nadie puede edificar su propia prueba.

En caso de que se confirme la declaratoria de ineficacia del acto jurídico del traslado, sostiene que no es posible que se ordene la restitución de la totalidad de los emolumentos señalados por la *a quo*, pues lo único que se debe restituir es lo correspondiente a los dineros que surgen de las cotizaciones o aportes efectuados por la afiliada al sistema general de pensiones, acotando que la orden dirigida a que se devuelvan los valores concernientes a los gastos o cuotas de administración, así como las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, son cobros que se hicieron por ministerio de la ley, con el propósito de gestionar adecuadamente la cuenta de ahorro individual de la actora y cubrirla frente a las contingencias de invalidez y muerte, por lo que su devolución no solamente constituye un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, sino también un detrimento patrimonial para esa sociedad.

En cuanto a las costas procesales considera que no es viable la imposición de esa condena, por cuanto esa entidad ha actuado conforme a derecho y en aplicación del principio de la buena fe.

El apoderado judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones asegura que este tipo de casos realmente configuran un traslado entre regímenes pensionales, motivo por el que, al haber arribado la afiliada a la edad mínima de pensión exigida en el RPM, no resulta viable acceder a las pretensiones de la demanda al encontrarse inmersa 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. Así mismo, estima que la AFP Porvenir S.A. cumplió con el deber legal que le correspondía, motivo por el que tampoco puede accederse a las pretensiones de la acción.

El apoderado judicial del Ministerio de Hacienda y Crédito Público manifestó que la *a quo* realmente no tomó una decisión sobre el bono pensional tipo A que se pagó efectivamente a favor de la cuenta de ahorro individual de la afiliada en la AFP Porvenir S.A., ya que a pesar de que en la parte considerativa hizo alguna mención al respecto, consistente en que el bono debía anularse, lo cierto es que, además de no emitir la orden en la parte resolutive de la sentencia, ello no resulta jurídicamente viable, ya que el bono pensional como tal no existe, pues como ya se dijo, el mismo se redimió y su valor se consignó debidamente al fondo privado de pensiones Porvenir S.A., motivo por el que ese dinero debe ser restituido al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

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 AFP Porvenir S.A., la Administradora Colombiana de Pensiones y la parte actora hicieron uso del derecho a presentar alegatos de conclusión en término; mientras que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público dejó transcurrir en silencio el plazo otorgado para tales efectos.

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 cada una de ellas coinciden con los expuestos en la sustentación de los recursos de apelación.

Por su parte, la apoderada judicial de la actora solicitó la confirmación integral de la sentencia emitida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito el 28 de octubre de 2020.

### **Cuestión previa**

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

precedente judicial emanado por esa corporación en los asuntos de ineficacia de afiliación, bajo el debido respeto por el superior, se obedecerá en este caso y en los sucesivos la posición mayoritaria que ostenta la mencionada Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

### **PROBLEMAS JURÍDICOS**

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

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

***¿Hay lugar a declarar ineficaz la afiliación de la señora Francia Helena Góngora Pérez al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada el 14 de enero de 2004?***

***¿Con la permanencia de la afiliada en el RAIS durante más de quince 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?***

***¿Estuvieron correctamente emitidas las condenas en contra de la AFP Porvenir S.A.?***

***En virtud del grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de Colpensiones ¿Hay lugar a condenar a la AFP Porvenir S.A. a restituir a Colpensiones algún otro tipo de emolumento?***

***¿Qué decisión debe adoptarse ante la redención y pago del bono pensional a favor de la cuenta de ahorro individual de la afiliada en la AFP Porvenir S.A.?***

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

***¿Hay lugar a exonerar al fondo privado de pensiones Porvenir S.A. de la condena en costas procesales emitida 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.**”* (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:

<b>Etapa acumulativa</b>	<b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>	<b>Contenido mínimo y alcance del deber de dar información</b>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

### 3. La suscripción del formulario de afiliación.

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

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

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

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

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

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

#### **4. Carga de la prueba.**

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

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

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

*En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que*

*depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.”.*

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

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

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

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

Y más adelante continuó expresando:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## **CASO CONCRETO**

Conforme se expuso en el primer punto del fundamento jurisprudencial, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene definido que la acción que se debe estudiar cuando se reclama la ausencia total o parcial del deber de información por parte de los fondos privados de pensiones, no es otra que la ineficacia del acto jurídico que permitió el traslado entre regímenes pensionales, por lo que al haber orientado la actora la demanda en ese sentido, por imperativo jurisprudencial, 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, como acertadamente lo abordó la falladora de primera instancia.

Resuelto lo anterior, se tiene entonces que con la solicitud de vinculación N°01965792 -pag.44 archivo 01- la señora Francia Helena Góngora Pérez se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad el 14 de enero de 2004 cuando se vinculó a la AFP Porvenir S.A., sin embargo, la demandante inicia la presente acción al considerar que el cambio del RPM al RAIS no se cumplió con el lleno de los requisitos legales, al no habersele suministrado la información sobre las consecuencias que conllevaba tomar esa decisión; viciándose de esa manera su consentimiento.

Conforme con lo señalado por la demandante, se procederá a verificar, siguiendo, única y exclusivamente las reglas jurisprudenciales expuestas anteriormente, si la AFP Porvenir S.A. -quien tiene la carga probatoria en este tipo de procesos (como se explicó en el punto cuatro del fundamento jurisprudencial)-, cumplió con el deber legal de información que le correspondía para el 14 de enero de 2004 (primera etapa).

En lo que concierne al formulario de afiliación, más allá de que en dicho documento se evidencia la rúbrica de la señora Francia Helena Góngora Pérez en la casilla

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

Ahora, en el interrogatorio de parte, la señora Francia Helena Góngora Pérez, quien se encuentra activa como cotizante actualmente, sostuvo que en el año 2004 un agente comercial del fondo privado de pensiones Porvenir S.A. visitó las dependencias de la entidad para la que prestaba sus servicios, quien le dijo que el Instituto de Seguros Sociales iba a desaparecer y que lo mejor que podía hacer era trasladarse al RAIS, sin embargo, el asesor no dijo nada más y pasó por cada uno de los puestos de trabajo entregando el formulario de afiliación para que fuera diligenciado y posteriormente los recogió; agregando que durante más de quince años que lleva afiliada, esa entidad no hizo uso de los canales informativos para explicarle las consecuencias que había conllevado esa decisión.

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, del formulario de afiliación y del interrogatorio de parte absuelto por la señora Francia Helena Góngora Pérez, 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 plenario que acredite que la asimetría en la información que se produjo el 14 de enero de 2004 dejó de prolongarse con el paso de los años, pues no existe evidencia que demuestre que esa entidad hizo uso de sus canales informativos para ponerle de presente a su afiliada la posibilidad que tenía de retornar al régimen de prima media durante el periodo de gracia dispuesto en el Decreto 3008 de 2003, ni mucho menos le informó sobre la limitación de retornar al RPM después de cumplir los 47 años de edad; siendo evidente, por el contrario, que una vez tuvo conocimiento que en el RAIS podía obtener una pensión de vejez de \$1.320.200, mientras que en el RPM podía acceder a una mesada de \$5.264.200, como se ve en la proyección efectuada por Porvenir S.A. el 25 de febrero de 2019 -pag.51 archivo 01- inmediatamente después, esto es, el 19 de marzo de 2019 -pag.74 archivo 01- inició la presente acción con el objeto de devolver las cosas al estado en el que se encontraban antes de que se materializara el traslado del RPM al RAIS.

Por lo expuesto, no quedó demostrado que a la accionante se le hubiere brindado la información que por ley correspondía, ni que se presentaron actos de relacionamiento que hicieron desaparecer la asimetría en la información que se produjo el 14 de enero de 2004, motivo por el que, indefectiblemente, conforme con lo sentado por la Corte Suprema de Justicia, no queda otro camino que confirmar la decisión emitida por el Juzgado Tercero 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 en la fecha referida anteriormente, por lo que todos los actos posteriores ejecutados dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad carecen de validez.

Así las cosas, al no tener ningún efecto jurídico el traslado efectuado por la señora Francia Helena Góngora Pérez al régimen de ahorro individual con solidaridad, se confirmará la condena emitida por la *a quo* en contra de la AFP Porvenir S.A. a la que se encuentra afiliada actualmente, consistente en girar a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones el capital existente en la cuenta de ahorro individual, pero para mayor claridad, se modificará el ordinal tercero de la sentencia recurrida en el sentido de pormenorizar que los emolumentos que debe reintegrar ese fondo privado de pensiones son los provenientes de las cotizaciones 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, tal y como en su momento lo expresó la falladora de primer grado en la parte motiva de la providencia, sin embargo, no puede perderse de vista que el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral sentó en esa providencia que la restitución de esas sumas de dinero debe realizarse con cargo a los propios recursos de los fondos privados de pensiones y debidamente indexados; por lo que siguiendo esa línea jurisprudencial, en atención al grado

jurisdiccional de consulta y con el objeto de que quede debidamente consignada la orden en la providencia, se adicionará la sentencia emitida por el juzgado de conocimiento en ese sentido.

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 consideración expresada por la *a quo* en la parte motiva de la providencia consistente en que la AFP Porvenir S.A. debe cancelar los valores que descontó a la actora para pagar las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, sin embargo, no tuvo en cuenta la funcionaria de primera instancia que la devolución de esos emolumentos debe hacerse con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, razón por la que, acudiendo nuevamente al grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de Colpensiones, se adicionará la sentencia objeto de análisis en ese sentido, condenando adicionalmente a Porvenir S.A. a reintegrar las sumas descontadas durante la permanencia de la actora en esa entidad y que estuvieron dirigidas a financiar la garantía de pensión mínima, también con cargo a sus recursos y debidamente indexados; sin que con esa decisión se esté afectando los intereses de terceros que no asistieron al proceso, pues precisamente la orden dirigida en ese sentido lo que lleva es a que los fondos privados de pensiones respondan con su patrimonio por las deficiencias en que incurrieron al momento de efectuar la afiliación al RAIS.

En este punto de la providencia es pertinente referir que al haber operado un traslado desde el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 14 de enero de 2004, se generó en ese momento un bono pensional tipo A en favor de la señora Francia Helena Góngora Pérez, nacida el 28 de noviembre de 1958 como se aprecia en su cédula de ciudadanía -pag.31 archivo 01- y teniendo en cuenta que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público lo redimió normalmente el 28 de noviembre de 2018, cuando ella cumplió los 60 años de edad, y a continuación procedió a pagarlo a la cuenta de ahorro individual administrada por la AFP Porvenir S.A., tal y como se acredita con la expedición de la resolución N°18749 de 2018 -pags.289 a 292 del archivo 01-; lo que implica que, al tener que restitirse las cosas al estado en el que se encontraban para el 14 de enero de 2004, al carecer de efectos jurídicos el traslado al RAIS ejecutado en esa calenda, no era dable considerar que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público debía anular el bono pensional, como lo estimó la *a quo*

en la parte considerativa de la sentencia, sino que lo que corresponde es condenar a la AFP Porvenir S.A., quien efectivamente recibió el valor del bono pensional, a restituir la suma recibida por ese concepto, a favor de la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, suma que deberá estar debidamente indexada, precisándose que esa actualización del valor del bono pensional debe ser cancelada con los recursos propios del fondo privado de pensiones Porvenir S.A.

Así mismo, se le adicionará la sentencia proferida el 28 de octubre de 2020, en el sentido de ordenarle al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que una vez reciba el valor del bono pensional debidamente indexado, y 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 14 de enero de 2004.

En torno al hecho de que la afiliada arribó a los 57 años de edad el pasado 28 de noviembre de 2015, la verdad es que ese suceso no afecta en nada la decisión tomada en este proceso, por cuanto, como se ha explicado recurrentemente a lo largo de la presente providencia la declaratoria de ineficacia trae como consecuencia jurídica que los actos emitidos a partir de ese momento no tienen ninguna validez, lo que lleva a que las cosas se reestablezcan al estado en el que se encontraban, es decir, que al no haberse consumado legalmente el cambio de régimen pensional, el mismo no tiene validez y por tanto la demandante siempre ha estado afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por Colpensiones, lo que muestra que de ninguna manera se está ordenando un nuevo traslado entre regímenes pensionales y por tanto no se transgrede la prohibición legal prevista en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

Respecto a la condena en costas emitida en el curso de la primera instancia en contra de Porvenir 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 la AFP Porvenir S.A. y de la Administradora Colombiana de Pensiones 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 Tercero Laboral del Circuito, el cual quedarán así:

*“**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 de la señora FRANCIA HELENA GÓNGORA PÉREZ, proveniente de las cotizaciones efectuadas al sistema general de pensiones, junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado”.*

**SEGUNDO. ADICIONAR** la sentencia proferida el 28 de octubre de 2020, en el sentido de **CONDENAR** al fondo privado de pensiones PORVENIR S.A. a reintegrar con cargo a sus propios recursos y debidamente indexadas, las sumas de dinero que fueron descontadas a la demandante durante su permanencia en esa entidad y que fueron destinadas a pagar los gastos o cuotas de administración, así como aquellas que fueron dirigidas a financiar la garantía de pensión mínima y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes; a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES.

**TERCERO. ADICIONAR** la sentencia emitida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito, en el sentido de **CONDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. a restituir al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO el valor del bono pensional que fue pagado por esa entidad mediante la resolución N°18749 de 2018, el cual

deberá ser indexado por el fondo privado de pensiones accionado, con cargo a sus propios recursos.

**CUARTO. ORDENAR** al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO que una vez reciba el valor del bono pensional debidamente indexado, y 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 14 de enero de 2004.

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

**SEXTO. CONDENAR** en costas en esta instancia a la AFP PORVENIR S.A. y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES en un 100% y por partes iguales, a favor de la parte actora.

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:  
**9f29dc4eb57b6d40dcc199c799cf8ef9c7ec018ab5e4ffb85fa56d7f74da2b9f**  
Documento generado en 23/06/2021 07:09:17 a. m.