

Constancia Secretarial: vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 21 de julio de 2021, la Administradora Colombiana de Pensiones remitió en término los alegatos de conclusión al correo institucional, sin embargo, a pesar de que los fondos privados de pensiones Colfondos S.A. y Porvenir S.A. enviaron los alegatos de conclusión, la verdad es que lo hicieron el 28 de julio de 2021, esto es, por fuera del plazo de cinco días que tenían para remitirlos, mismos que vencieron el 27 de julio de 2021. Por su parte, el Ministerio Público hizo uso del derecho a presentar su concepto sobre el caso dentro del plazo otorgado para ello. Al revisar el referido canal institucional, se evidencia que la parte actora dejó transcurrir en silencio el plazo otorgado para alegar en esta sede.

Pereira, 6 de agosto de 2021.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ
Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
PEREIRA, VEINTITRES DE AGOSTO DE DOS MIL VEINTIUNO

Acta de Sala de Discusión No 127 de 17 de agosto de 2021

SENTENCIA ESCRITA

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por las demandadas **PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito el 26 de abril de 2021, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de COLPENSIONES, dentro del proceso promovido por el señor **HERNANDO GÓMEZ HOYOS**, cuya radicación corresponde al N°66001310500420180064401, y al cual fue vinculada en calidad de litisconsorte necesario el **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**.

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 22 de julio de 2021, incluido debidamente en el expediente digitalizado.

ANTECEDENTES

Pretende el señor Hernando Gómez Hoyos que la justicia laboral declare la nulidad y/o ineficacia 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, lo que resulte probado extra y ultra petita, además de las costas procesales a su favor.

Refiere que: nació el 30 de agosto de 1955, afiliándose al régimen de prima media con prestación definida el 1° de abril de 1986 a través del empleador “Vías y Construcciones S.A.”; el 7 de septiembre de 1995 suscribió formulario de afiliación con la AFP Colfondos S.A., trasladándose de esa manera al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin embargo, ese vínculo contractual se materializó gracias a una deficiente asesoría legal por parte de la referida sociedad, situación que volvió a acontecer el 15 de febrero de 1997 cuando se movilizó hacia la AFP Porvenir S.A.; en ambos momentos, las referidas administradoras pensionales le aseguraron que en ese régimen pensional se podía pensionar anticipadamente y que el monto de la prestación económica sería muy superior al que se le reconocería en el ISS, pero, además de no explicársele como se conseguían esas prerrogativas, no se le brindó una amplia explicación sobre las consecuencias positivas y negativas que acarrearía trasladarse al RAIS y permanecer afiliado en él; al cumplir los 62 años de edad, solicitó información a la AFP Porvenir S.A. concerniente al monto de la eventual pensión de vejez a la que podría tener derecho, llevándose la sorpresa de que podía pensionarse a los 63 años y con una mesada equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, por cuenta de la garantía de pensión mínima; debido a ello, decidió continuar activo laboralmente, procediendo a solicitar ante Colpensiones su retorno al RPM, petición que fue negada el 17 de diciembre de 2018 bajo el argumento de encontrarse inmerso en la prohibición legal prevista en la ley 100 de 1993.

Al contestar la demanda -págs.214 a 234 archivo 01- la Administradora Colombiana de Pensiones sostuvo que el traslado efectuado por el señor Hernando Gómez Hoyos al régimen de ahorro individual con solidaridad es completamente válido, en consideración a que la afiliación efectuada por el fondo

privado de pensiones Colfondos S.A. el 7 de septiembre de 1995 se hizo con el lleno de los requisitos exigidos en la ley, añadiendo que ha sido férrea su voluntad de pertenecer en ese régimen pensional, no solo porque se movilizó hacia la AFP Porvenir S.A. en el año 1997, sino porque ha permanecido afiliado por más de veinte años haciendo cotizaciones al sistema general de pensiones a través del RAIS. Adicionalmente expone que, en caso de que se hubiere configurado el vicio en el consentimiento por la ausencia de información, él se saneó por el paso del tiempo como lo prevé el artículo 1750 del código civil. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y formuló las excepciones de mérito de *“Validez de la afiliación al RAIS”, “Saneamiento de una presunta nulidad”, “Prescripción”, “Imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal”, “Buena fe”, “Imposibilidad de condena en costas” y “Declaratoria de otras excepciones”*.

El fondo privado de pensiones Porvenir S.A. respondió la acción -págs.263 a 297 archivo 01- manifestando que la selección del régimen de ahorro individual efectuado por el señor Hernando Gómez Hoyos a través de la AFP Colfondos S.A. se hizo bajo los parámetros de la ley, esto es, de manera libre, espontanea y sin presiones, añadiendo que el paso del actor a la AFP Porvenir S.A. se ejecutó bajo el estricto cumplimiento de la ley. Se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de fondo de *“Eficacia y validez de la afiliación a Porvenir e inexistencia de vicios en el consentimiento”, “Saneamiento de la eventual nulidad relativa”, “Prescripción”, “Buena fe” e “Innominada o genérica”*.

La AFP Colfondos S.A. contestó el libelo introductorio -págs.276 a 288 archivo 02- sostuvo que la afiliación del actor al RAIS a través de esa entidad en el año 1995 cumplió con la totalidad de los requisitos que la ley exigía para la época, tal y como quedó consignado con el correspondiente formulario de afiliación, agregando que durante el periodo que él estuvo vinculado en esa entidad, la sociedad cumplió con todos los deberes que tenía con su afiliado, como era la adecuada gestión de la cuenta de ahorro individual y el pago de las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes. Se opuso a las pretensiones y planteó las excepciones de mérito que denominó *“Buena fe”, “Inexistencia de la obligación de trasladar la comisión de administración y el pago al seguro previsional, en caso de que se declare la ineficacia o nulidad de la afiliación al RAIS”, “Pago”, “Compensación”, “Prescripción” e “Innominada o genérica”*.

Una vez vinculado debidamente al proceso en calidad de litisconsorte necesario, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público dio respuesta a la demanda -archivo 06- manifestando que no le consta ninguno de los hechos expuestos en la acción por parte del señor Hernando Gómez Hoyos, sin embargo, debido al traslado efectuado por él del RPM al RAIS se emitió y pago el bono pensional tipo A modalidad 2 al que tenía derecho a favor de la cuenta de ahorro individual que administra la AFP Porvenir S.A., sin que a la fecha exista ningún trámite pendiente por cuenta de esa cartera ministerial frente al caso del accionante. Se opuso a las pretensiones del actor y propuso las excepciones de mérito de “Inexistencia de la obligación”, “Falta de legitimación en la causa por pasiva; La Oficina de Bonos Pensionales del MHCP no funge como entidad de previsión social, ni fondo, ni administrador pensional”, *“Falta de ejercicio de la facultad de regresar al régimen de prima media administrado por Colpensiones”*, *“La variación del monto de la pensión no constituye vicio del consentimiento ni causal de ineficacia”*, *“Validez y eficacia del traslado de régimen no puede sustentarse en la realización o no de una proyección pensional”*, *“Prescripción”*, *“Reintegro indexado del valor del bono pensional”*, *“Buena fe”* y *“Excepción genérica”*.

En sentencia de 26 de marzo de 2021, la funcionaria de primera instancia, aplicando en su integridad la jurisprudencia vigente que sobre el tema ha emitido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluyó, después de analizar las pruebas allegadas al proceso, que la AFP Colfondos 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 al señor Hernando Gómez Hoyos, 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 7 de septiembre de 1995, así como el movimiento ejecutado hacía Porvenir S.A. el 15 de febrero de 1997; 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, condenó al fondo privado de pensiones Porvenir S.A., al que se encuentra vinculado actualmente, a restituir a la Administradora Colombiana de Pensiones el capital existente en la cuenta de ahorro individual de la accionante que correspondan a los aportes al sistema, junto con sus intereses y rendimientos financieros; además de ordenarle restituir, con

cargo a sus propios recursos, los valores que fueron descontados al afiliado durante su permanencia en esa entidad y que estuvieron dirigidos a cancelar los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como las sumas destinadas a financiar la garantía de pensión mínima; ordenando a continuación cancelar la totalidad de los emolumentos referidos anteriormente, debidamente indexados.

Seguidamente condenó a la AFP Colfondos S.A. a restituir, con cargo a sus recursos y debidamente indexados, los valores que cobró al afiliado durante su permanencia en esa entidad y que estuvieron dirigidos a cancelar los gastos de administración.

A continuación, condenó a la AFP Porvenir S.A. a restituir a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el valor del bono pensional tipo A que esa entidad pagó a favor de la cuenta de ahorro individual del afiliado, debiendo reintegrarlo debidamente indexado, actualización que corre por cuenta de los propios recursos de la administradora pensional.

Finalmente condenó en costas procesales a la AFP Colfondos S.A. en un 100% a favor del demandante.

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

La apoderada judicial de la AFP Colfondos S.A. manifestó que no es posible que se ordene a esa entidad restituir a Colpensiones los gastos de administración, pues no se puede perder de vista que ese fondo privado de pensiones cobró esos emolumentos bajo el estricto cumplimiento de la ley, situación que llevó a que se realizara una excelente gestión al frente de su cuenta de ahorro individual, que le generó unos muy buenos rendimientos financieros, los cuales, según estudios realizados por Asofondos, corresponden al 74% del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de los afiliados.

La apoderada judicial de la AFP Porvenir S.A. solicitó la revocatoria total de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito, argumentando que la parte actora hizo uso de la acción de nulidad y/o ineficacia del traslado entre

regímenes pensionales, que realmente no resuelven este tipo de asuntos en los que los afiliados se encuentran inconformes con el valor de la mesada pensional que pueden financiar el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, pues para ello se debe impetrar la acción resarcitoria de perjuicios prevista en el artículo 10 del decreto 720 de 1994, de la cual no hizo uso el accionante. En todo caso, asegura que, de analizarse el caso bajo la postura de la Corte Suprema de Justicia, de todas maneras, en el trámite procesal se demostró que la AFP Colfondos S.A. cumplió con el deber de información que le correspondía para el año 1995.

De confirmarse la declaratoria de ineficacia del traslado del accionante, coincide con los planteamientos expuestos por la AFP Colfondos S.A. sobre las razones que impiden la restitución de los gastos de administración a favor de Colpensiones; agregando que tampoco puede condenársele a restituir los dineros que se destinaron para pagar las primas de los seguros previsionales, ya que ellos permitieron la cobertura del actor frente a los riesgos de invalidez y muerte, al tiempo que con esa condena se están afectando los intereses de terceros de buena fe que no fueron vinculados al proceso.

El apoderado judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones sostiene que en el curso del proceso se logró demostrar que el cambio de régimen pensional efectuado por el accionante en el año 1995 se hizo bajo el estricto cumplimiento de la ley vigente para esa época, como se aprecia con el formulario de afiliación y el interrogatorio de parte absuelto por el demandante.

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 Administradora Colombiana de Pensiones hizo uso en término del derecho a presentar alegatos de conclusión; mientras que los fondos privados de pensiones Porvenir S.A. y Colfondos S.A. lo hicieron de manera extemporánea y la parte actora dejó transcurrir en silencio el plazo otorgado para tales efectos.

En cuanto al contenido de los alegatos de conclusión remitidos en término por la Administradora Colombiana de Pensiones, 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 ella coinciden con los expuestos en la sustentación de los recursos de apelación.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Estando dentro del término otorgado, el Ministerio Público por medio del Procurador 34 Judicial II para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social con sede en Pereira, emitió su concepto frente al caso, coincidiendo plenamente con las consideraciones emitidas por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito, razón por la que estima que se debe confirmar en su integridad la sentencia proferida el 26 de abril de 2021.

Cuestión previa

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

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

PROBLEMAS JURÍDICOS

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

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

¿Hay lugar a declarar ineficaz la afiliación del señor Hernando Gómez Hoyos al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada el 7 de septiembre de 1995?

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

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

¿Tienen razón los fondos privados de pensiones accionados cuando afirman que no es correcto ordenar la devolución de los gastos o cuotas de administración?

En virtud al grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones ¿Hay lugar a ordenar alguna otra condena en contra de los fondos privados de pensiones accionados?

¿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?

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

FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL

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

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

*“En el caso bajo estudio, se hace necesario precisar, que en reiterada jurisprudencia esta Sala de Casación Laboral ha dejado clara su postura al indicar que la elección a cualquiera de los dos regímenes pensionales existentes, **debe estar precedida de una decisión libre y voluntaria, de suerte que las administradoras de pensiones tienen el deber de brindar a sus afiliados una asesoría que les permita tener los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión tomada al momento del traslado, sin importar si la persona es o no beneficiaria del régimen de transición, o si está próximo a pensionarse.**”* (Negrillas fuera de texto).

Y más adelante reiteró:

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

2. Sobre el deber de información.

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

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

<i>Etapas acumulativas</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>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</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</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>

asesoría.		
-----------	--	--

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 le asiste razón a la apoderada judicial de la AFP Porvenir S.A. cuando afirma que la

acción que debía impetrar el señor Hernando Gómez Hoyos era la resarcitoria de perjuicios prevista en el artículo 10 del decreto 720 de 1994.

Resuelto lo anterior, se tiene entonces que con la solicitud de vinculación N°588965 -pág.177 del expediente digitalizado-, el señor Hernando Gómez Hoyos se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad el 7 de septiembre de 1995 cuando se vinculó a la AFP Colfondos 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 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 Colfondos 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 7 de septiembre de 1995 (primera etapa).

En lo que concierne al formulario de afiliación, más allá de que en dicho documento se evidencia la rúbrica del señor Hernando Gómez Hoyos 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 Hernando Gómez Hoyos sostuvo que en el año 1995 los asesores comerciales de la AFP Colfondos S.A. visitaron las dependencias de la empresa para la que prestaba sus servicios y en una reunión que duró aproximadamente diez minutos, le dijeron que lo mejor que podía hacer era trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que el Instituto de Seguros Sociales iba a desaparecer, añadiendo que en el RAIS iban a conseguir excelentes rendimientos financieros y que el monto de la pensión de vejez iba a ser muy superior al que les podía ofrecer el ISS, sin embargo, no se le explicó nada

más sobre las características de los regímenes pensionales que componen el sistema general de pensiones, añadiendo que cuando se pasó a la AFP Porvenir S.A., lo hizo porque un asesor comercial le dijo que en ese fondo privado de pensiones iba a obtener mejores rendimientos financieros y que esa entidad tenía más estabilidad financiera; finalmente expresó que nunca se le explicó, por ejemplo, que existía un límite temporal para regresar a Colpensiones, indicando que cuando cumplió los 62 años de edad se acercó a la AFP Porvenir S.A. para obtener información sobre la pensión, llevándose la triste noticia que solo podía optar a una pensión de salario mínimo, motivo por el que continuó trabajando y empezó a realizar todas las diligencias para lograr su retorno al RPM.

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, cabe concluir que del formulario de afiliación y del interrogatorio de parte absuelto por el señor Hernando Gómez Hoyos, ni de ninguna de las pruebas allegadas al plenario se desprende el cumplimiento del deber legal de información por parte de la AFP Colfondos S.A., sin que tampoco exista prueba en el expediente digitalizado que acredite que la asimetría en la información que se produjo el 7 de septiembre de 1995 dejó de prolongarse con el movimiento efectuado al interior del RAIS, al punto que la AFP Porvenir S.A. no trajo pruebas al plenario que demostraran el cumplimiento del deber legal de información por parte de esa sociedad para la fecha en que se produjo el movimiento del actor hacía esa entidad, debiéndose advertir que el hecho de estar afiliado en el RAIS por más de veinte años realizando cotizaciones al sistema general de pensiones a través de ese régimen pensional, no demuestran per se los actos de correlacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia, pues como ya se ha dicho, lo importante es que durante ese periodo en el que los afiliados permanecen en el RAIS desaparezca por completo esa asimetría en la información que nace con el acto jurídico que materializa el cambio de régimen pensional, lo cual no aconteció en el presente asunto.

Por lo expuesto, no quedó demostrado en el proceso que al accionante se le haya brindado la información que por ley correspondía y mucho menos que se presentaron actos de relacionamiento que hicieron desaparecer la asimetría en la información que se produjo el 7 de septiembre de 1995, 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 Cuarto Laboral del Circuito, consistente en declarar la ineficacia del acto jurídico por medio del

cual el accionante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 7 de septiembre de 1995, por lo que todos los actos posteriores ejecutados dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad, incluido el movimiento efectuado el 15 de febrero de 1997, carecen de validez, como correctamente lo definió la *a quo*.

Así las cosas, al no tener ningún efecto jurídico el traslado efectuado por el señor Hernando Gómez Hoyos al régimen de ahorro individual con solidaridad, resulta procedente emitir una serie de condenas en contra de los fondos privados de pensiones demandados, pero no en la forma determinada por la *a quo*, como pasa a explicarse.

Como se narró en los antecedentes del presente proveído, la falladora de primer grado, después de declarar la ineficacia del acto jurídico que significó el traslado de la accionante al RAIS, decidió condenar a la AFP Porvenir S.A., a la que se encuentra vinculado actualmente el actor, a restituir a la Administradora Colombiana de Pensiones la totalidad del saldo acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con sus intereses y los rendimientos financieros, como lo ha establecido la jurisprudencia en este tipo de casos, sin embargo, de manera errada, la directora del proceso dispuso que esas sumas sean entregadas debidamente indexadas, olvidando que en estos eventos el valor de los aportes al sistema general de pensiones realmente no sufren depreciación, por cuanto esa pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo queda compensada suficientemente con la orden dirigida a restituir los intereses que se han generado sobre esos valores más los rendimientos financieros; motivo por el que no hay lugar a confirmar la decisión dirigida a indexar esos valores y por tanto se modificará el ordinal segundo de la providencia objeto de análisis.

Además de restituir los emolumentos relacionados líneas atrás, necesario resulta traer a colación la sentencia SL3034 de 7 de julio de 2021 en la que la Corte Suprema de Justicia reiteró que otra de las consecuencias prácticas que trae la declaración de ineficacia, es la de restituir los gastos o cuotas de administración descontados por los fondos privados de pensiones durante la permanencia de los afiliados en esas entidades, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, como correctamente lo determinó el juzgado de conocimiento.

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 AFP Porvenir S.A. a reintegrar a la Administradora Colombiana de Pensiones, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores que fueron cobrados al actor durante su permanencia en esa entidad y que estuvieron destinados a cancelar las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como los valores destinados a financiar la garantía de pensión mínima; sin que con esa decisión se esté afectando los intereses de terceros que no asistieron al proceso, pues precisamente la orden dirigida en ese sentido lo que lleva es a que los fondos privados de pensiones respondan con su patrimonio por las deficiencias en que incurrieron al momento de efectuar la afiliación al RAIS.

Ahora bien, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, es del caso recordar que el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito condenó correctamente a la AFP Colfondos S.A. en la que estuvo afiliado el actor, a restituir con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, únicamente los valores que cobró al afiliado por concepto de gastos o cuotas de administración, olvidando que al haberse declarado ineficaz el traslado efectuado por el señor Gómez Hoyos al RAIS el 7 de septiembre de 1995, todos los actos posteriores carecen de validez, motivo por el que también debía condenar a la AFP Colfondos S.A. a reintegrar los dineros que fueron cobrados al afiliado para cancelar las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como los destinados a financiar la garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, sin que así lo hubiere hecho; razón por la que esta Corporación procederá a adicionar la sentencia de primera instancia en ese aspecto, atendiendo, como ya se dijo, el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de Colpensiones.

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 7 de septiembre de 1995, se generó en ese momento un bono pensional tipo A en favor del señor Hernando Gómez Hoyos, nacido el 30 de agosto de 1995 como se evidencia en la copia de su cédula de ciudadanía -pág.64 archivo 01-, por lo que teniendo en cuenta que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público informó que una vez el afiliado cumplió los 62 años el 30

de agosto de 2017, procedió a redimir y pagar el bono pensional a la cuenta de ahorro individual administrada por la AFP Porvenir S.A., cumpliendo con lo dispuesto en el artículo 17 del decreto 1748 de 1995; razón por la que, al tener que restituirse las cosas al estado en el que se encontraban para el 7 de septiembre de 1995, al carecer de efectos jurídicos el traslado al RAIS ejecutado en esa calenda, le corresponde al fondo privado de pensiones Porvenir S.A. restituir a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el valor del bono pensional que esa cartera ministerial pagó a ordenes de la cuenta de ahorro individual del accionante, 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., como acertadamente lo definió el juzgado de conocimiento.

Así mismo, es pertinente recordarle al vinculado Ministerio de Hacienda y Crédito Público que, 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 7 de septiembre de 1995; debiéndose en consecuencia, adicionar la sentencia de primera instancia en ese aspecto.

En torno al hecho de que el afiliado arribó a la edad mínima de pensión exigida en el RPM, ello en nada afecta 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.

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 del 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 SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito, el cual quedarán así:

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

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

SEGUNDO. ADICIONAR la sentencia proferida el 26 de abril de 2021, en el sentido de **CONDENAR** a la AFP COLFONDOS S.A. a que restituya con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los dineros que cobró al señor HERNANDO GÓMEZ HOYOS durante su permanencia en esa entidad y que estuvieron dirigidos a cancelar las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como los destinados a financiar la garantía de pensión mínima, a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES.

TERCERO. ADICIONAR la sentencia recurrida y consultada en el sentido de **ORDENARLE** al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO que, 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 7 de septiembre de 1995.

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
Sala 2 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Ana Lucia Caicedo Calderon
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 1 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

German Dario Goez Vinasco
Magistrado
Sala 003 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

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

Código de verificación:
ca33e3900b5a98217f6c5a8c414927d073aa425f234e1dab195cec86041bbf83

Documento generado en 23/08/2021 07:08:11 a. m.