

Constancia Secretarial: vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 5 de octubre de 2021, la totalidad de los intervinientes remitieron en término los alegatos de conclusión al correo institucional, como se aprecia en las constancias de recepción que obran en la subcarpeta 06 de la carpeta de segunda instancia.

Pereira, 21 de octubre de 2021.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
PEREIRA, VEINTISIETE DE OCTUBRE DE DOS MIL VEINTIUNO
Acta de Sala de Discusión No 169 de 25 de octubre de 2021**

SENTENCIA ESCRITA

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLFONDOS S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito el 20 de mayo de 2021, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de COLPENSIONES, dentro del proceso promovido por la señora YOLANDA OSORIO MELO, cuya radicación corresponde al N°66001310500520190001401.

AUTO

Se reconoce personería para actuar dentro del proceso de la referencia al doctor JORGE MARIO HINCAPIÉ LEÓN, como apoderado 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 13 de octubre de 2021, incluido debidamente en el expediente digitalizado.

ANTECEDENTES

Pretende la señora Yolanda Osorio Melo que la justicia laboral acceda a la nulidad de la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad y consecuentemente que se declare válida y vigente la afiliación primigenia efectuada al régimen de prima media con prestación definida. Con base en esas declaraciones aspira que se condene al fondo privado de pensiones accionado 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 29 de septiembre de 1960, afiliándose al régimen de prima media con prestación definida en el mes de julio de 1979 a través del empleador “Almacenes Máximo Ltda.”, en donde realizó cotizaciones interrumpidas hasta antes del 20 de febrero de 1996 cuando se afilió al fondo privado de pensiones Colfondos S.A., trasladándose de esa manera al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Para suscribir el formulario de afiliación que significó el cambio de régimen pensional, no se le brindó la información que por ley correspondía.

El 16 de enero de 2019, el fondo privado de pensiones Colfondos S.A. le informó que en su cuenta de ahorro individual con solidaridad tenía acumulado un total de \$661.319.620 producto de aproximadamente 2010 semanas de cotización.

El 27 de diciembre de 2018, ante solicitud elevada por ella, la Administradora Colombiana de Pensiones negó su retorno al RPM bajo el argumento de estar inmersa en la prohibición legal establecida en la ley 100 de 1993.

Al dar respuesta a la acción -págs.138 a 155 expediente digitalizado- la Administradora Colombiana de Pensiones sostuvo que el paso de la señora Yolanda Osorio Melo del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad se hizo con el lleno de los requisitos exigidos en la ley, al haberse realizado de manera libre, voluntaria y sin presiones; acotando que en caso de que se hubiese configurado la nulidad alegada por la parte actora, ella se saneó por el paso del tiempo como lo determina el artículo 1750 del código civil. Se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda y formuló las excepciones de mérito que denominó “*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”, “Declaratoria de otras excepciones”.

Por su parte, la AFP Colfondos S.A. procedió con la contestación de la demanda - págs.215 a 241 expediente digitalizado-, expresando que la vinculación de la accionante a ese fondo privado de pensiones y que significó su cambio de régimen pensional, se produjo con la totalidad de los requisitos que la ley exigía para el 20 de febrero de 1996, al haberse realizado de manera libre, voluntaria, en ejercicio de sus facultades legales; sin embargo, de haberse configurado la nulidad que se advierte en los hechos de la acción, lo cierto es que la misma 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 propuso las excepciones de fondo de *“Validez de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento”, “Saneamiento de la supuesta nulidad relativa”, “Prescripción”, “Buena fe” e “Innominada o genérica”.*

En sentencia de 20 de mayo 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 a la señora Yolanda Osorio Melo, esto es, las características de ambos regímenes pensionales con sus ventajas y desventajas, razón por la que accedió a la ineficacia del traslado al RAIS surtido el 20 de febrero de 1996; motivo por el que declaró 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 Colfondos S.A. a restituir a la Administradora Colombiana de Pensiones el capital existente en la cuenta de ahorro individual de la accionante, esto es, los dineros provenientes de las cotizaciones efectuadas al sistema general de pensiones, junto con sus intereses y rendimientos financieros, así como las sumas consignadas por concepto de bonos pensionales.

A continuación, condenó nuevamente al fondo privado de pensiones accionado a restituir, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores que cobró a la afiliada durante su permanencia en esa entidad y que estuvieron destinados a cancelar los gastos o cuotas de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como las destinadas a financiar la garantía de pensiones mínima; todas ellas a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones.

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

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

La apoderada judicial del fondo privado de pensiones Colfondos S.A. sostuvo que de acuerdo con el formulario de afiliación allegado al plenario en conjunto con el interrogatorio de parte absuelto por la señora Yolanda Osorio Melo, esa entidad cumplió con la carga probatoria de acreditar que la afiliada recibió la totalidad de la información que la ley exigía para el 20 de febrero de 1996, motivo por el que el cambio de régimen pensional se reputa eficaz y por ende goza de plena validez; además de haberse probado en el proceso los actos de relacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia, ya que ella, por su propia voluntad, decidió permanecer y pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad por más de 20 años, realizando cotizaciones al sistema general de pensiones a través de Colfondos S.A., sin haber ejecutado ninguna acción en tiempo que le permitiera retornar al régimen de prima media con prestación definida en tiempo.

Tampoco es viable que se acceda a las pretensiones de la demanda, por cuanto la demandante se encuentra legalmente imposibilitada para retornar al régimen de prima media con prestación definida, al haber arribado a la edad mínima de pensión; prohibición que se consagra en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003.

Ahora, en caso de que se confirme la declaratoria de ineficacia emitida por el juzgado de conocimiento, considera que no es procedente la condena dirigida a restituir los gastos de administración, por cuanto esos dineros fueron cobrados por

ministerio de la ley, lo que permitió que Colfondos S.A. realizara una excelente gestión en la administración de la cuenta de ahorro individual de la demandante, viéndose beneficiada con los rendimientos financieros que se obtuvieron por esa gestión, añadiendo que al ordenarse el reintegro de esos dineros, se está configurando un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones y un detrimento patrimonial para el fondo privado de pensiones demandado.

Tampoco se puede ordenar la restitución de los rubros que se destinaron a cancelar las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, ya que precisamente el cumplimiento de esa obligación por parte de Colfondos ha permitido que la cobertura de los riesgos de invalidez y muerte a favor de la afiliada; ni mucho menos se puede ordenar la restitución de una suma que por ley debe cobrarse, como es aquella que se dirige a financiar la garantía de pensión mínima.

Estima que no hay lugar a que se le condene en costas procesales, pues su comportamiento siempre se ha enmarcado en el cumplimiento de la ley en aplicación del principio de buena fe.

A su turno, la apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones argumenta que en este tipo de casos en los que se busca el retorno al régimen de prima media con prestación definida, debido a una insatisfacción económica por parte de los afiliados, no es procedente la interposición de la acción de nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, sino la resarcitoria de perjuicios establecida en el artículo 10 del decreto 720 de 1994, y como la señora Yolanda Osorio Melo no inició correctamente esa acción, se debe revocar la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito, para en su lugar negar las pretensiones de la demanda.

Ahora, en caso de que se estudie la acción de ineficacia del traslado de la afiliada al RAIS, considera que tampoco se puede acceder a sus pretensiones, pues en el plenario no solamente se demostró el cumplimiento del deber de información por parte de Colfondos S.A., sino que también quedaron probados los actos de relacionamiento, ya que la accionante de manera voluntaria permaneció afiliada a ese régimen pensional durante más de veinte años, realizando cotizaciones al sistema general de pensiones.

Finalmente, expresa que tampoco es procedente el regreso de la afiliada al RPM, por encontrarse inmersa en la prohibición legal establecida en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

Por su parte, la apoderada judicial de la accionante solicitó la confirmación integral de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito.

Cuestión previa

Pese a que este Ponente no comparte la justificación ni la interpretación que realiza la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia frente al literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100/1993 y por ello en providencias anteriores como la proferida el 22/07/2020, Rad. No. 2018-00269-01, entre otras, bajo la autorización emitida por las sentencias C-836 de 2001 y C-621 de 2015 se había apartado del criterio expuesto por el alto tribunal al amparo de la autonomía judicial, para anunciar que cuando un trabajador alega engaño por una AFP para obtener un traslado de régimen pensional, debe presentar una acción de resarcimiento de perjuicios tal como obliga el artículo 10° 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 Yolanda Osorio Melo al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada el 20 de febrero de 1996?

¿Con la permanencia de la afiliada en el régimen de ahorro individual con solidaridad 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?

¿Tiene razón el fondo privado de pensiones accionado cuando afirma que no es correcto ordenar la devolución de los gastos o cuotas de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y los dineros cobrados para financiar la garantía de pensión mínima?

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

¿Existe algún inconveniente en torno a que la afiliada haya arribado a la edad mínima de pensión prevista en el régimen de prima media con prestación definida?

¿Hay lugar a exonerar al fondo privado de pensiones demandado de la condena emitida en su contra por concepto de costas procesales?

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 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,</i>	<i>Ley 1748 de 2014</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva</i>

asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos régimenes 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, independientemente de que la señora Osorio Melo haya invocado la acción de nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, lo que corresponde es analizar el caso en la forma determinada por la Corte Suprema de Justicia, esto es, si el cambio de régimen pensional de la demandante se dio en términos de eficacia; como correctamente lo abordó la funcionaria de primera

instancia; por lo que bajo esa única y exclusiva postura, no le asiste razón a la apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones cuando afirma en la sustentación del recurso de apelación que la acción que dirime este tipo de conflictos es la resarcitoria de perjuicios prevista en el artículo 10 del decreto 720 de 1994.

Resuelto lo anterior, se tiene entonces que con la solicitud de vinculación N°718571 -pág.242 expediente digitalizado-, la señora Yolanda Osorio Melo se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad el 20 de febrero de 1996 cuando se vinculó a la AFP Colfondos 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 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 20 de febrero de 1996 (primera etapa).

En lo que concierne al formulario de afiliación, más allá de que en dicho documento se evidencia la rúbrica de la señora Yolanda Osorio Melo 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, la señora Yolanda Osorio Melo, quien informó que se encuentra activa actualmente como cotizante al sistema general de pensiones, al estar prestando sus servicios en la Caja de Compensación Familiar "Cafam". A continuación, de acuerdo con las preguntas realizadas por la funcionaria de primer grado y las apoderadas judiciales de las entidades demandadas,

manifestó que en el año 1996 los agentes comerciales de la AFP Colfondos S.A. visitaron las instalaciones de la entidad para la que prestaba sus servicios, y en una reunión que hicieron conjuntamente con otros cinco o seis compañeros de trabajo, les dijeron que el Instituto de Seguros Sociales en el que ellos estaban afiliados iba a desaparecer, lo que ponía en riesgo los aportes hechos por ellos a esa entidad, por lo que la única opción que tenían en ese momento era trasladarse al RAIS a través de Colfondos S.A.; en torno a las características de ese régimen pensional, le dijeron que allí iba a tener una cuenta de ahorro individual, pero realmente no le dijeron nada más, ni le hicieron una comparación con el régimen de prima media con prestación definida, acotando que realmente esa fue una reunión muy corta, ya que se hizo en medio de la jornada laboral, recordando que en ese momento sintió mucho temor cuando le dijeron lo del ISS; el resto de la reunión consistió en llenar los espacios del formulario de afiliación, sacar la copia de la cédula de ciudadanía y finalmente suscribirlos.

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral cabe decir que, ni del formulario de afiliación, ni del interrogatorio de parte absuelto por la señora Yolanda Osorio Melo, 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 20 de febrero de 1996 dejó de prolongarse con el paso de los años, pues a pesar de que la accionante ha estado afiliada en el RAIS por más de veinte años realizando cotizaciones al sistema general de pensiones a través de ese régimen pensional, esas situaciones 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, al no quedar probado en el proceso que a la accionante se le brindó 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 20 de febrero de 1996, indefectiblemente, conforme con lo sentado por la Corte Suprema de Justicia, no queda otro camino que confirmar la decisión emitida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito, consistente en declarar

la ineficacia del acto jurídico por medio del cual la accionante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 20 de febrero de 1996, por lo que todos los actos posteriores ejecutados dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad carecen de validez, como correctamente lo definió la *a quo*.

Así las cosas, al no tener ningún efecto jurídico el traslado efectuado por la señora Yolanda Osorio Melo al régimen de ahorro individual con solidaridad, correcta resultó la decisión de condenar a la AFP Colfondos S.A. a restituir los dineros inmersos en la cuenta de ahorro individual de la actora provenientes de los aportes o cotizaciones al sistema general de pensiones, junto con sus intereses y rendimientos financieros, tal y como lo ha sentado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las providencias relacionadas a lo largo de la presente providencia.

Además de restituir los emolumentos relacionados líneas atrás, necesario resulta traer a colación la sentencia 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 ordenó el juzgado de conocimiento al fondo privado de pensiones Colfondos S.A.

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 al fondo privado de pensiones Colfondos S.A. a reintegrar a la Administradora Colombiana de Pensiones, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores que fueron cobrados a la actora 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.

Al haber operado un traslado desde el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 20 de febrero de 1996, se generó en ese momento un bono pensional tipo A en favor de la señora Yolanda Osorio Melo, nacida el 29 de septiembre de 1960 como se aprecia en la copia de su cédula de ciudadanía -pág.25 expediente digitalizado-, por lo que a pesar de que no existe prueba que demuestre el estado actual de ese bono de deuda pública, lo cierto es que el mismo se redimió normalmente el pasado 29 de septiembre de 2020, fecha en que la accionante cumplió los 60 años de edad; por lo que, teniendo en cuenta que el artículo 17 del Decreto 1748 de 1995 dispone que esta clase de bonos se pagan dentro del mes siguiente a la fecha de redención (sin necesidad de solicitud previa), claro es que el mismo debió entrar a la cuenta de ahorro individual de la demandante antes del 29 de octubre de 2020; razón por la que, al tener que restituirse las cosas al estado en el que se encontraban para el 20 de febrero de 1996, al carecer de efectos jurídicos el traslado al RAIS ejecutado en esa calenda, se modificará el ordinal segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito, con el objeto de no incluir dentro de la condena la restitución del valor del bono pensional a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, para posteriormente adicionar ese ordinal en el sentido de condenar al fondo privado de pensiones accionado a restituir la suma pagada por ese concepto pero a favor de la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, suma que deberá estar debidamente indexada, precisándose que esa actualización del valor del bono pensional debe ser cancelada con los recursos propios del fondo privado de pensiones Colfondos S.A.

Así mismo, se adicionará la sentencia proferida por la *a quo* en el sentido de comunicar a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público la decisión adoptada en el presente caso, con el objeto de que tenga conocimiento de la orden impartida frente al bono pensional tipo A redimido y pagado por parte de esa entidad a favor de la cuenta de ahorro individual de la accionante, y para que posteriormente, haciendo uso de trámites internos y a través de canales institucionales, ejecute todas las acciones pertinentes para retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban para el 20 de febrero de 1996.

En torno al hecho de que la afiliada haya arribado 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 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 del fondo privado de pensiones accionado, es pertinente recordar que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece que “*Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso*”, lo que permite concluir que de acuerdo con el resultado arrojado en el proceso, el cual fue desfavorable a sus intereses, le correspondía a la *a quo* emitir condena en su contra por dicho concepto, la cual encuentra debidamente ajustada a derecho esta Corporación.

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

*“**SEGUNDO. A. CONDENAR** al fondo privado de pensiones COLFONDOS S.A. a girar a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la señora YOLANDA OSORIO MELO, proveniente de las cotizaciones efectuadas al sistema general de pensiones, junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado.”.*

SEGUNDO. ADICIONAR el ordinal SEGUNDO, con un literal del siguiente tenor:

*“**B. CONDENAR** a la AFP COLFONDOS S.A., de haber recibido el pago del bono pensional en favor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, a restituir la suma pagada por ese concepto a la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, la que deberá estar debidamente indexada, precisándose que esa actualización del valor del bono pensional debe ser cancelada con su propio patrimonio.”.*

TERCERO. ADICIONAR la sentencia emitida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito, en el sentido de **COMUNICAR** a la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO la decisión adoptada en este proceso, con el objeto de que tenga conocimiento de la orden impartida frente al bono pensional tipo A que una vez redimido debió ser pagado por parte de esa entidad a favor de la cuenta de ahorro individual de la accionante, y para que posteriormente, haciendo uso de trámites internos y a través de canales institucionales, ejecute todas las acciones pertinentes para retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban para el 20 de febrero de 1996.

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:
47e2d110a3c9f4979bbca90da2568b06fa571dcc18387b5a8e3868141ddb496d

Documento generado en 27/10/2021 07:00:39 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>