

Constancia Secretarial: vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 25 de noviembre de 2021, la totalidad de los intervinientes remitieron en término los alegatos de conclusión al correo institucional, tal y como se ve en las constancias de recepción que obran en la subcarpeta 07 de la carpeta de segunda instancia.

Pereira, 13 de diciembre de 2021.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ
Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
PEREIRA, DIECISIETE DE ENERO DE DOS MIL VEINTIDÓS
Acta de Discusión No 001 de 12 de enero de 2022

SENTENCIA ESCRITA

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito el 9 de septiembre de 2021, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de COLPENSIONES, dentro del proceso promovido por el señor JORGE ENRIQUE TOVAR RODRÍGUEZ, cuya radicación corresponde al N°66001310500120180023301.

AUTO

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

ANTECEDENTES

Pretende el señor Jorge Enrique Tovar Rodríguez que la justicia laboral acceda a la nulidad de la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad a través del fondo privado de pensiones Colfondos S.A. y consecuentemente que se declare válida y vigente la afiliación primigenia efectuada al régimen de prima media con prestación definida. Con base en ello, aspira que se condene a ese fondo privado de pensiones a girar la totalidad de los emolumentos a que haya lugar a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, lo que resulte probado extra y ultra petita, además de las costas procesales a su favor.

Refiere que: después de estar afiliado al régimen de prima media con prestación definida, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través del fondo privado de pensiones Colfondos S.A., sin embargo, para tomar esa decisión, el agente comercial designado por esa entidad para llevar a cabo el cambio de régimen pensional, no le brindó la totalidad de la información que la ley exigía, pues únicamente le dijo que el Instituto de Seguros Sociales iba a desaparecer, motivo por el que debía vincularse al RAIS, en donde podría obtener la pensión de vejez de manera anticipada y con una mesada mucho más alta que la ofrecida en el RPM; así mismo le comunicó que, en caso de fallecimiento, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual podía pasar a manos de sus herederos y además, afirmó, que llegada la edad mínima de pensión, era él quien definía si quería acceder a la pensión de vejez o por el contrario recibir la totalidad de los dineros inmersos en la cuenta de ahorro individual.

En documento emitido el 17 de abril de 2018, el fondo privado de pensiones Colfondos S.A. le informó que en su cuenta de ahorro individual tenía acumulado un capital equivalente a la suma de \$103.065.496 producto de 1316 semanas cotizadas, pero que al momento de llegar a los 62 años podría acceder a una pensión de salario mínimo; pero, con esa misma densidad de cotizaciones, podría acceder a una mesada pensional de \$1.500.548 en el RPM.

El 7 de mayo de 2018, ante solicitud elevada por él, Colpensiones negó su traslado al RPM, expresándole que ese movimiento no era procedente al encontrarse incurso en una prohibición legal.

Al contestar la acción -págs.101 a 107 expediente digitalizado y archivo 04.2 carpeta primera instancia- la Administradora Colombiana de Pensiones

únicamente aceptó el hecho relacionado con la respuesta negativa dada por esa entidad al señor Jorge Enrique Tovar Rodríguez el 7 de mayo de 2018. Frente a los demás hechos expresó que no le constaban. Se opuso a las pretensiones elevadas por el actor y formuló las excepciones de mérito que denominó “*Inexistencia de la obligación demandada*”, “*Prescripción*” y “*Declaratoria de otras excepciones*”.

Por su parte, el fondo privado de pensiones Colfondos S.A. respondió la demanda -págs.134 a 152 expediente digitalizado-, previamente aclaró que el cambio de régimen pensional del señor Jorge Enrique Tovar Rodríguez no se había materializado a través de esa entidad, sino por medio del fondo privado de pensiones Protección S.A., razón por la que formuló la excepción previa de “No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios”. A renglón seguido sostuvo que el movimiento efectuado por el actor hacía esa entidad -Colfondos S.A.- se hizo con el lleno de los requisitos exigidos en la ley, pero que, en caso de que se hubiere configurado el vicio en el consentimiento al que se hace referencia en la acción, el mismo se habría saneado por el paso del tiempo como lo determina el artículo 1750 del código civil. Se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra y propuso las excepciones de fondo de “*Validez de la afiliación a Colfondos e inexistencia de vicios en el consentimiento*”, “*Saneamiento de la eventual nulidad relativa*”, “*Prescripción*”, “*Buena fe*” e “*Innominada o genérica*”.

En auto de 22 de julio de 2019 -págs.164 y 165 expediente digitalizado- el juzgado de conocimiento, después de evaluar los argumentos esgrimidos por el fondo privado de pensiones Colfondos S.A., concluyó que era procedente vincular al proceso a la AFP Protección S.A. para que integre el contradictorio en calidad de litisconsorte necesario.

Después de ser debidamente vinculada al proceso, el fondo privado de pensiones Protección S.A. dio respuesta al libelo introductorio -págs.177 a 191 expediente digitalizado- manifestando que es verdad que el cambio de régimen pensional del actor se efectuó a través de esa sociedad el 21 de noviembre de 1997, pero señalando que ese acto jurídico comprendió la totalidad de los requisitos que la ley exigía para ese momento, entre ellos, el relativo a suministrarle la totalidad de la información sobre las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, razón por el que se debe declarar válido y eficaz acto jurídico que

materializó su afiliación al RAIS. Se opuso a que se emitan condenas en contra de esa entidad y planteó las excepciones de *“Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir”*, *“Buena fe”*, *“Prescripción”* e *“Innominada o genérica”*.

En sentencia de 9 de septiembre 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 verificar que el cambio de régimen pensional del accionante se surtió con el fondo privado de pensiones Protección S.A. y de comprobar que esa entidad no cumplió con la carga probatoria que le incumbía en este proceso, al constatar que no le brindó la totalidad de la información que debía ponerle de presente al afiliado Jorge Enrique Tovar Rodríguez, esto es, las características de ambos regímenes pensionales con sus ventajas y desventajas, decidió acceder a la ineficacia del traslado al RAIS surtido el 21 de noviembre de 1997; 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 decisiones, condenó a la AFP Colfondos S.A., entidad a la que se encuentra afiliado actualmente el actor, a restituir a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, la totalidad de las sumas de dinero provenientes de los aportes o cotizaciones efectuados al sistema general de pensiones, junto con sus intereses y rendimientos financieros, además del valor del bono pensional que eventualmente se hubiere consignado en la cuenta de ahorro individual del accionante.

Seguidamente condenó a los fondos privados de pensiones Colfondos S.A. y Protección S.A. a reintegrar a favor de Colpensiones, la totalidad de los dineros que descontaron al afiliado por concepto de gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como los dineros destinados a financiar la garantía de pensión mínima, todo ello con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados.

Finalmente, condenó a la AFP Protección S.A. en costas procesales en un 100% a favor de la demandante, determinando a renglón seguido que, para la correspondiente liquidación que realice la secretaría del juzgado en el momento

procesal oportuno, se deberá incluir la suma de \$4.542.630 por concepto de agencias en derecho.

Inconformes con la decisión, los fondos privados de pensiones Protección S.A., Colfondos S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones interpusieron recursos de apelación en los siguientes términos:

La apoderada judicial del fondo privado de pensiones Protección S.A. sostiene que no es procedente ordenar el reintegro de los dineros que fueron cobrados por concepto de gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como los destinados a financiar la garantía de pensión mínima, ya que esos emolumentos fueron cobrados por ministerio de la ley y con una destinación específica, que como sus nombres lo indican, permitieron administrar y gestionar la cuenta de ahorro individual del accionante, generando a su favor rendimientos financieros, cubrirlo frente a los riesgos de invalidez y muerte, entre otros aspectos; añadiendo que esa condena afecta los intereses de terceros de buena fe que no han sido debidamente convocados al proceso, además de constituirse un enriquecimiento sin causa para Colpensiones y un detrimento patrimonial para Protección S.A.

Tampoco encuentra procedente la condena en costas procesales, ya que esa entidad ha edificado su accionar en el estricto cumplimiento de la ley en aplicación del principio de la buena fe.

El apoderado judicial de la AFP Colfondos S.A. considera que en caso de que se confirme la declaratoria de ineficacia del acto jurídico que significó el cambio de régimen pensional del actor, la única condena económica que es procedente emitir en este tipo de asuntos, es la de restituir los dineros provenientes de las cotizaciones o aportes al sistema general de pensiones, ya que los demás emolumentos fueron cobrados con ocasión del vínculo contractual que precisamente se declara ineficaz. Más puntualmente frente a la restitución de los gastos de administración y de las primas de los seguros previsionales, sostiene que ellos son cobrados por ministerio de la ley para administrar correctamente la cuenta de ahorro individual del afiliado y protegerlo frente a aquellos eventos que puedan generarle una invalidez o la muerte; por lo que la devolución de esos

dineros constituye un enriquecimiento sin causa para Colpensiones y un detrimento patrimonial para Colfondos S.A.

Por su parte, la apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones manifestó que de conformidad con los formularios de afiliación que significaron el cambio de régimen pensional del actor y la movilidad al interior del RAIS, en conjunto con el interrogatorio de parte absuelto por él, no se lograron demostrar los hechos relacionados en la demanda, esto es, que al señor Jorge Enrique Tovar Rodríguez no se le brindó la información que la ley exigía para cada uno de esos momentos, razón por la que no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda.

Adicionalmente afirma que el interés del accionante en este asunto es netamente económico, lo que muestra que la acción que debió interponer no era la de nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, sino la resarcitoria de perjuicios prevista en el decreto 720 de 1994.

Tampoco es posible ordenar el regreso del accionante a la Administradora Colombiana de Pensiones, ya que él se encuentra inmerso en la prohibición legal prevista en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

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

Por su parte, la apoderada judicial de la parte actora solicitó la confirmación integral de la sentencia emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito el 9 de septiembre 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 Jorge Enrique Tovar Rodríguez al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada el 21 de noviembre de 1997?

¿Con el movimiento ejecutado 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?

¿Les asiste razón a los fondos privados de pensiones cuando afirman que no es dable ordenar la restitución de los dineros que fueron cobrados por concepto de gastos de administración, primas de los seguros previsionales y los destinados a financiar la garantía de pensión mínima?

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

¿Existe algún inconveniente en torno a que el afiliado se encuentre a menos de diez años de arribar a la edad mínima de pensión prevista en el RPM?

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

Y más adelante reiteró:

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

2. Sobre el deber de información.

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

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

| <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</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>autonomía personal</i> | |
| <i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i> | <i>Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i> | <i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i> |
| <i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i> | <i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016</i> | <i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i> |

3. La suscripción del formulario de afiliación.

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

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

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

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los

artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

4. Carga de la prueba.

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

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

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

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

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

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

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

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

Y más adelante continuó expresando:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

Conforme se expuso en el primer punto del fundamento jurisprudencial, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene definido que la acción que se debe estudiar cuando se reclama la ausencia total o parcial del deber de información por parte de los fondos privados de pensiones, no es otra que la ineficacia del acto jurídico que permitió el traslado entre regímenes pensionales, por lo que al haber orientado el actor la demanda en ese sentido, por imperativo jurisprudencial, lo que corresponde es analizar el caso en la forma determinada por la Corte Suprema de Justicia, esto es, si el traslado del demandante al RAIS se dio en términos de eficacia; por lo que bajo esa única y exclusiva postura, no le asiste razón a la Administradora Colombiana de Pensiones cuando afirma que la acción que debió incoar el señor Jorge Enrique Tovar Rodríguez 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°5764336 -pág.37 expediente digitalizado-, el señor Jorge Enrique Tovar Rodríguez se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad el 21 de noviembre de 1997 cuando se vinculó a la AFP Protección S.A., sin embargo, el demandante inicia la presente acción al considerar que el cambio del RPM al RAIS no se cumplió con el lleno de los requisitos legales al no habersele suministrado la totalidad de la información sobre las consecuencias que conllevaba tomar esa decisión; viciándose de esa manera su consentimiento.

Conforme con lo señalado por el demandante, se procederá a verificar, siguiendo, única y exclusivamente las reglas jurisprudenciales expuestas anteriormente, si la AFP Protección 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 21 de noviembre de 1997 (primera etapa).

En lo que concierne al formulario de afiliación, más allá de que en dicho documento se evidencia la rúbrica del señor Jorge Enrique Tovar Rodríguez 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 Jorge Enrique Tovar Rodríguez manifestó que en el año 1997, previo a suscribir el formulario de afiliación con el que se materializó el cambio del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, un asesor comercial del fondo privado de pensiones Protección S.A. le dijo que el Instituto de Seguros Sociales, donde él estaba afiliado, iba a desaparecer y que debía pasarse al RAIS ya que en los fondos de pensiones que administraban ese régimen pensional les brindaban a sus afiliados mejores garantías que consistían en: i) Pensionarse anticipadamente; ii) Acceder a una mesada mucho más alta que la ofrecida por el ISS; iii) Al arribar a la edad mínima de pensión podía escoger entre pensionarse y reclamar la devolución de los dineros acumulados en la cuenta de ahorro individual; iv) En caso de fallecimiento, si no tenía beneficiarios para la pensión de sobrevivientes, el dinero de la cuenta pasaría a manos de sus hijos en calidad de herederos; más allá de lo expuesto, no se le dijo nada más sobre las ventajas o desventajas que conllevaba trasladarse del RPM al RAIS; agregando que eso mismo fue lo que se le dijo por parte de Colfondos S.A. cuando se afilió a ese fondo privado de pensiones, con la diferencia que allí supuestamente tendría mejores rendimientos financieros.

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, ni del formulario de afiliación, ni del interrogatorio de parte absuelto por el señor Jorge Enrique Tovar Rodríguez, ni de ninguna de las pruebas allegadas al plenario se desprende el cumplimiento del deber legal de información por parte de la AFP Protección S.A., sin que tampoco exista prueba en el expediente digitalizado que acredite que la asimetría en la información que se produjo el 21 de noviembre de 1997 dejó de prolongarse con el paso de los años, pues a pesar de que el accionante se movilizó dentro del RAIS cuando se afilió a la AFP Colfondos S.A., entidad en la que se encuentra vinculado actualmente, y ha permanecido afiliado al RAIS por más de veinte años realizando cotizaciones al sistema general de pensiones a través de ese régimen pensional, la verdad es que ese fondo privado de pensiones tampoco acreditó haberle suministrado al afiliado la información que la ley exigía para el 14 de enero de 2002 cuando se movió hacia Colfondos S.A., además de que el hecho de permanecer afiliado por tantos años a ese régimen pensional no es una situación

que demuestre per se los actos de correlacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia, pues como ya se ha dicho, lo importante es que 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 haberse demostrado que al accionante se le brindó la información que por ley correspondía y que su permanencia en el RAIS durante más de veinte años no hizo desaparecer la asimetría en la información que se produjo el 21 de noviembre de 1997, indefectiblemente, conforme con lo sentado por la Corte Suprema de Justicia, no queda otro camino que confirmar la decisión emitida por el Juzgado Primero 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 21 de noviembre de 1997, por lo que todos los actos posteriores ejecutados dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad carecen de validez.

Así las cosas, al no tener ningún efecto jurídico el traslado efectuado por el señor Jorge Enrique Tovar Rodríguez al régimen de ahorro individual con solidaridad, se confirmará la condena emitida por la *a quo* en contra de la AFP Colfondos S.A. -en la que se encuentra vinculado actualmente- consistente en girar a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones el capital existente en la cuenta de ahorro individual, proveniente de los aportes o cotizaciones al sistema general de pensiones, junto con sus intereses y rendimientos financieros.

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 la falladora de primera instancia a los fondos privados de pensiones Colfondos S.A. y Protección S.A.; por lo que no le asiste razón a sus apoderados judiciales cuando afirman en las sustentaciones de

los recursos de apelación que no era procedente la restitución de estos emolumentos.

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 las AFP Colfondos S.A. y Protección 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 cada una de esas entidades y que estuvieron destinados a cancelar las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como los valores dirigidos a financiar la garantía de pensión mínima; sin que con esa decisión se esté afectando los intereses de terceros que no asistieron al proceso, pues precisamente la orden 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 21 de noviembre de 1997, se generó en ese momento un bono pensional tipo A en favor del señor Jorge Enrique Tovar Rodríguez nacido el 6 de junio de 1963 como se aprecia en la copia de su cédula de ciudadanía -pag.32 expediente digitalizado-, por lo que, a pesar de que no existe prueba que demuestre el estado actual de ese instrumento de deuda pública, lo cierto es que el mismo se redimiría normalmente el 6 de junio de 2025, fecha en que el accionante cumple los 62 años de edad.

En tanto, como la declaratoria de ineficacia trae como consecuencia que las cosas se reestablezcan al estado en el que se encontraban antes del 21 de noviembre de 1997, se modificará el ordinal tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito, con el objeto de no incluir dentro de la condena emitida en contra del fondo privado de pensiones Colfondos S.A. -en el que se encuentra vinculado actualmente el afiliado- la restitución del valor del bono pensional a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, como lo ordenó la *a quo*, para posteriormente adicionar la providencia en el sentido de comunicar la decisión adoptada en este asunto a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que, en un trámite interno y a través de canales institucionales, ejecute todas

las acciones a que haya lugar para dejar las cosas en el estado en el que se encontraban para el 21 de noviembre de 1997, procediendo, entre otras cosas y de ser el caso, a anular o dejar sin vigencia el bono pensional que se generó a favor del señor Jorge Enrique Tovar Rodríguez y que tenía como fecha de redención normal el 6 de junio de 2025, aplicando con ello lo previsto en el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995 modificado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 hoy recopilado en el Decreto 1833 de 2016.

En torno al hecho consistente en que el accionante se encuentra a menos de diez años de arribar a la edad mínima de pensión en el RPM, la verdad es que ese suceso no afecta en nada la decisión tomada en este proceso, por cuanto, como se ha explicado recurrentemente a lo largo de la presente providencia, la declaratoria de ineficacia trae como consecuencia jurídica que los actos emitidos a partir de ese momento no tienen ninguna validez, lo que lleva a que las cosas se reestablezcan al estado en el que se encontraban, es decir, que al no haberse consumado legalmente el cambio de régimen pensional, el mismo no tiene validez y por tanto 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.

Respecto a la condena en costas emitida en el curso de la primera instancia en contra de Protección S.A., 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.

Ahora, más allá de que no hubo ninguna queja en contra de la fijación de las agencias en derecho efectuada por la falladora de primer grado en la sentencia objeto de estudio, lo cierto es que el Tribunal no puede pasar por alto esa situación, en consideración a que con dicho proceder se contraría el diseño procesal vigente, por cuanto esa no era la oportunidad para adelantar dicha actuación, por cuanto el artículo 366 del CGP establece que **ese es un trámite que se realiza de manera concentrada en el juzgado que conoce el proceso**

en primera instancia, y solamente procede su liquidación una vez quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso, por lo que de conformidad con lo dispuesto en la norma en cita, improcedente resultó la decisión de la *a quo* consistente en fijar el valor de las agencias en derecho en la sentencia de primera instancia, ya que ese trámite solo es válido adelantarlos cuando quede en firme la providencia que ponga fin al proceso, lo cual aún no ocurre; razón por la que se revocará parcialmente el ordinal séptimo de la sentencia recurrida en el sentido de no incluir la fijación de las agencias en derecho, por no ser ese el momento dispuesto en la ley procesal para fijar las agencias en derecho.

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

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

RESUELVE

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

*“**TERCERO. A. CONDENAR** al fondo privado de pensiones COLFONDOS S.A. a girar a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del señor JORGE ENRIQUE TOVAR RODRÍGUEZ, 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 COLFONDOS S.A a restituir, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexadas, las sumas de dinero que fueron descontadas al señor JORGE ENRIQUE TOVAR RODRÍGUEZ 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 emitida por el Juzgado Primero 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, en un trámite interno y a través de canales institucionales, ejecute todas las acciones a que haya lugar para dejar las cosas en el estado en el que se encontraban para el 21 de noviembre de 1997, procediendo, entre otras cosas y de ser el caso, a anular o dejar sin vigencia, el bono pensional que se generó a favor del señor JORGE ENRIQUE TOVAR RODRÍGUEZ y que tenía como fecha de redención normal el 6 de junio de 2025.

TERCERO. REVOCAR parcialmente el ordinal SÉPTIMO de la sentencia de primera instancia, el cual quedará así:

“SÉPTIMO. CONDENAR en costas procesales al fondo privado de pensiones PROTECCIÓN S.A. en un 100%, a favor de la parte actora.”.

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:

a44a83f8f439d2e084b5a0ad991800e8caca2cd06b0845ff74320b70ae3f0f07

Documento generado en 17/01/2022 07:09:07 AM

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