

Constancia Secretarial: Vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 3° de febrero de 2022, 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 05 de la carpeta de segunda instancia.

Pereira, 18 de febrero de 2022.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
PEREIRA, DOS DE MARZO DE DOS MIL VEINTIDÓS
Acta de Sala de Discusión No 28 de 28 de febrero de 2022**

SENTENCIA ESCRITA

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito el 30 de septiembre de 2021, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de COLPENSIONES, dentro del proceso promovido por el señor JAIRO BARBOSA NARANJO y al cual fue vinculado el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, cuya radicación corresponde al N°66001310500520180035801.

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, incluido debidamente en el expediente digitalizado.

ANTECEDENTES

Pretende el señor Jairo Barbosa Naranjo 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 ello, aspira que se condene al fondo privado de pensiones Porvenir S.A. 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 afiliarse al régimen de prima media con prestación definida, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través del fondo privado de pensiones Porvenir S.A. el 25 de enero de 1999; antes de ejecutar ese acto jurídico, un asesor de esa entidad le manifestó que el Instituto de Seguros Sociales al que estaba vinculado iba a desaparecer, motivo por el que debía trasladarse el RAIS en el que podría pensionarse de manera anticipada, garantizándole que su mesada sería mucho más alta que la ofrecida en el RPM y que, en caso de fallecimiento, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual pasaría a manos de sus herederos hasta el quinto grado de consanguinidad; también le dijo que, a pesar de reunir los requisitos para pensionarse, sería decisión suya acceder a la gracia pensional o reclamar la devolución de saldos junto con el valor del bono pensional.

En documento de 31 de octubre de 2017, la AFP Porvenir S.A. le informó que en su cuenta de ahorro individual acumulaba un total de \$119.794.638, producto de 1348 semanas cotizadas, lo que permitía acceder a la pensión de vejez a los 62 años, con un monto mensual equivalente al salario mínimo legal mensual vigente.

El 4 de julio de 2018, ante solicitud elevada por él, la Administradora Colombiana de Pensiones le negó el retorno al régimen de prima media con prestación definida, manifestándosele que se encuentra incurso 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 contestar la acción -págs.97 a 105 expediente digitalizado- la Administradora Colombiana de Pensiones sostuvo que de acuerdo con la información contenida

en sus bases de datos, el señor Jairo Barbosa Naranjo, después de estar afiliado en el RPM, decidió trasladarse el 25 de enero de 1999 al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., vinculación que se reputa válida al cumplir con los requisitos exigidos en la ley, pero que, en caso de que se hubiere configurado la nulidad que se alega en la demanda, la misma se saneó por el paso del tiempo como lo prevé el artículo 1750 del código civil. Se opuso a las pretensiones elevadas por el actor y formuló las excepciones de mérito de *“Inexistencia de la obligación”, “Prescripción”, “Imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal”, “Buena fe”, “Imposibilidad de condena en costas” y “Genérica”*.

Por su parte, el fondo privado de pensiones Porvenir S.A. contestó el libelo introductorio -págs.133 a 170 expediente digitalizado-, sosteniendo que el acto jurídico que significó el traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad es lícito y ajustado a derecho en la medida en que la voluntad del afiliado fue totalmente consciente de las consecuencias jurídicas que de allí se desprendían, aseverando a renglón seguido que el demandante no fue víctima de la inducción a error que se proclama dentro del escrito inaugural, pero que, en caso de así hubiere sido, el mismo se saneó por el paso del tiempo como lo determina el artículo 1750 del código civil. Se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso las excepciones de mérito de *“Genérica o innominada”, “Prescripción”, “Buena fe”, “Compensación”, “Exoneración de condena en costas”, “Inexistencia de la obligación”, “Falta de legitimación en la causa y/o ausencia de personería sustantiva por pasiva de mi representada”, “Inexistencia de la fuente de la obligación”, “Inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad”, “Ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados por parte de esta entidad llamada a juicio” y “Afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado”*.

Luego de ser debidamente vinculado al proceso, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público dio respuesta al libelo introductorio -págs.224 a 237 expediente digitalizado- oponiéndose a las pretensiones elevadas por el señor Jairo Barbosa Naranjo, en consideración a que el traslado efectuado por él del RPM al RAIS surtió plenos efectos jurídicos, sin que sea posible que el regrese en cualquier tiempo al régimen de prima media con prestación definida, al no tener cotizados quince años de servicios antes del 1° de abril de 1994. A renglón seguido informó que al haberse efectuado un cambio de régimen pensional el 25 de enero de 1999, se generó un bono pensional tipo A en favor del accionante, el cual se

redimió normalmente el 4 de marzo de 2017 y que fue debidamente cancelado a la cuenta de ahorro individual del demandante en la AFP Porvenir S.A. mediante la resolución N°16441 de 27 de marzo de 2017, sin que exista trámite pendiente por realizar en ese aspecto. Propuso las excepciones de fondo de *“Inexistencia de la obligación y ausencia de responsabilidad de la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público”*, *“Improcedencia del traslado del demandante a Colpensiones”*, *“Buena fe”* y *“Excepción genérica”*.

En sentencia de 30 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 analizar las pruebas allegadas al proceso, que la AFP Porvenir S.A. no cumplió con la carga probatoria que le incumbía en este proceso, al verificar que no le brindó la totalidad de la información que debía ponerle de presente al afiliado Jairo Barbosa Naranjo, 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 25 de enero de 1999; 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 a la AFP Porvenir S.A. 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 de ordenarle reintegrar, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexadas, las sumas que descontó 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.

Así mismo, ordenó al fondo privado de pensiones accionado restituir a favor de la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la suma cancelada por concepto de bono pensional tipo A en favor de la cuenta de ahorro individual del accionante mediante la resolución N°16441 de 27 de marzo de 2017, ordenándole indexar esa suma, pero con cargo a sus propios recursos.

Así mismo, autorizó al 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 antes del 25 de enero de 1999.

Finalmente, condenó a la AFP Porvenir S.A. en costas procesales 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 del fondo privado de pensiones Porvenir S.A. sostiene que no hay lugar de declarar la ineficacia del traslado surtido el 25 de enero de 1999 por parte del señor Jairo Barbosa Naranjo, ya que esa entidad cumplió con la carga probatoria que le correspondía, al demostrar que la decisión tomada por la accionante se fundamentó en la adecuada y completa información que se le suministró por parte de uno de sus asesores comerciales, ya que de ello da fe el formulario de afiliación suscrito por el actor, así como lo dicho por él en el interrogatorio de parte. Adicionalmente, considera que tampoco puede ordenarse el retorno del demandante al régimen de prima media con prestación definida, por cuanto él se encuentra incurso 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.

En caso de que se confirme la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, considera que la única condena económica que es procedente en este tipo de asuntos es la restitución de los dineros provenientes de las cotizaciones al sistema general de pensiones y no la totalidad de los emolumentos ordenados en la sentencia de primera instancia; añadiendo frente a los gastos de administración y las primas de los seguros previsionales, que esas son sumas que se cobran por ministerio de la ley para gestionar la cuenta de ahorro individual del afiliado, así como protegerlo frente a los riesgos de invalidez y muerte, por lo que la restitución de esos dineros a Colpensiones constituye un enriquecimiento sin justa causa a favor de esa entidad y un detrimento patrimonial para el fondo privado de pensiones accionado; además de perjudicar a terceros de buena fe que no fueron convocados al proceso.

La apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones argumenta que no es procedente la declaratoria de ineficacia del traslado, no solamente porque el cambio de régimen pensional se ejecutó cumpliendo el lleno de los requisitos exigidos en la ley, pero sobre todo porque realmente la acción que se debió incoar en este asunto es la prevista en el decreto 720 de 1994 y no la de nulidad o ineficacia del traslado, al quedar demostrado que la razón de ser de la demanda es por un supuesto perjuicio económico que considera haber sufrido el afiliado. Tampoco resulta procedente que Colpensiones, quien nada tuvo que ver en la materialización de ese acto jurídico, se vea perjudicada teniendo que recibir a una persona que claramente decidió vincularse a otro régimen pensional, en el que ha estado vinculado por más de veinte años, lo que de paso demuestra los actos de relacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia.

Finalmente, asevera que no es posible ordenar el regreso del accionante al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, en consideración a que el señor Jairo Barbosa Naranjo se encuentra incurso 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.

A su turno, el apoderado judicial del Ministerio de Hacienda y Crédito Público reiteró la totalidad de los argumentos planteados al dar respuesta a la acción.

Por su parte, la apoderada judicial de la parte actora solicitó la confirmación integral de la sentencia emitida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito el 30 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 Jairo Barbosa Naranjo al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada el 25 de enero de 1999?

¿Con la permanencia del demandante 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 en caso de que se acceda a la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, la única condena que procede es la restitución de los dineros provenientes de las cotizaciones al sistema general de pensiones?

¿Qué decisión debe adoptarse ante la posibilidad de que se haya redimido y pagado un bono pensional a favor de la cuenta de ahorro individual 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.*** (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:

| Etapa acumulativa | Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información | Contenido mínimo y alcance del deber de información |
|--|---|--|
| <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</i> |

| | | |
|---|---|---|
| | | <i>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, como acertadamente lo hizo el juzgado de conocimiento.

Resuelto lo anterior, se tiene entonces que con la solicitud de vinculación N°01135317 -pág.37 expediente digitalizado-, el señor Jairo Barbosa Naranjo se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad el 25 de enero de 1999 cuando se vinculó a la AFP Porvenir S.A., sin embargo, el demandante inicia la presente acción al considerar que el cambio del RPM al RAIS no se cumplió con el lleno de los requisitos legales al no habersele suministrado la totalidad de la información sobre las consecuencias que conllevaba tomar esa decisión; viciándose de esa manera su consentimiento.

Conforme con lo señalado por el demandante, se procederá a verificar, siguiendo, única y exclusivamente las reglas jurisprudenciales expuestas anteriormente, si la AFP Porvenir S.A. -quien tiene la carga probatoria en este tipo de procesos (como se explicó en el punto cuatro del fundamento jurisprudencial)-, cumplió con el deber legal de información que le correspondía para el 25 de enero de 1999 (primera etapa).

En lo que concierne al formulario de afiliación, más allá de que en dicho documento se evidencia la rúbrica del señor Jairo Barbosa Naranjo en la casilla denominada "*Voluntad de 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.

En el interrogatorio de parte, el afiliado Jairo Barbosa Naranjo sostuvo que el día que se materializó el cambio de régimen pensional a través de la AFP Porvenir S.A. en el año 1999, el asesor comercial dispuesto por esa entidad le informó que el Instituto de Seguros Sociales iba a desaparecer, indicándole que al trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad podía pensionarse con una mesada mucho más alta que la ofrecida en el RPM; ante varios interrogantes efectuados por la directora del proceso, el demandante responde que no se le dijo nada sobre cómo funcionaba la cuenta de ahorro individual, ni sobre la obtención de los rendimientos financieros, ni mucho menos cuál era la forma en la que se pensionaba en los regímenes pensionales que conforman el sistema general de pensiones; así mismo contestó que el fondo privado de pensiones Porvenir S.A., después de ese día, nunca volvió a remitir a sus asesores comerciales para complementar la información que debían suministrarle y él tampoco acudió a las oficinas de la entidad.

Ante preguntas realizadas por la apoderada judicial del fondo privado de pensiones accionado, el señor Barbosa Naranjo sostuvo que no se le brindó información sobre el derecho de retracto, ni sobre el periodo de gracia para regresar al RPM; dijo que en los primeros dos años le llegaron extractos con las cotizaciones efectuadas por su empleador, pero que después no se las volvieron a remitir.

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, ni del formulario de afiliación, ni del interrogatorio de parte absuelto por el señor Jairo Barbosa Naranjo, ni de ninguna de las pruebas allegadas al plenario se desprende el cumplimiento del deber legal de información por parte de la AFP Porvenir S.A., sin que tampoco exista prueba en el plenario que acredite que la asimetría en la información que se produjo el 25 de enero de 1999 dejó de prolongarse con el paso de los años, pues a pesar de que el accionante se mantuvo activo como cotizante dentro de ese régimen pensional por más de veinte años, además de recibir durante un par de años los extractos en los que se le informaba sobre las cotizaciones efectuadas por su empleador, lo cierto es que estos hechos, esto es, su permanencia en el RAIS durante todo ese tiempo y haber recibido durante algún periodo los extractos con la información de sus cotizaciones, 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.

Es que, nótese que en este caso no se configuraron los actos de relacionamiento de los que habla la Sala de Casación Laboral, ya que no existen pruebas en el proceso que demuestren que el señor Jairo Barbosa Naranjo fue conociendo paulatinamente la totalidad de las características de cada uno de los regímenes pensionales que componen el sistema general de pensiones, pues por ejemplo no quedó probado en el plenario que el actor tuviera el conocimiento de cuáles son los requisitos necesarios para pensionarse en el RAIS o en el RPM, ni mucho menos tiene conocimiento sobre las diferentes modalidades de pensión existentes en el régimen de ahorro individual con solidaridad, **además de no existir prueba que demuestre que a él se le hizo la reasesoría antes de cumplir los 52 años, con el fin de que se le pusiera de presente su situación pensional y se le aconsejara a cuál de los dos regímenes pensionales le convenía estar afiliado**; siendo del caso especificar que si bien el demandante expuso en el interrogatorio de parte que recibió durante un par de años los extractos en los únicamente se le muestran las cotizaciones efectuadas por sus empleadores, lo cierto es que no reconoció en ningún momento que con ellos se le brindaba información sobre las características de los regímenes pensionales; omisiones éstas que demuestran que en este caso no se produjeron esos actos de relacionamiento, por cuanto la asimetría de la información que se produjo el 25 de enero de 1999 no desapareció mientras el accionante estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

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 por más de veinte años no hizo desaparecer la asimetría en la información que se produjo el 25 de enero de 1999, 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 el accionante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 25 de enero de 1999, por lo que todos los actos posteriores ejecutados dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad carecen de validez.

Al no tener ningún efecto jurídico el traslado efectuado por el afiliado Jairo Barbosa Naranjo al régimen de ahorro individual con solidaridad, se confirmará la condena emitida por la *a quo* en contra de la AFP Porvenir S.A., 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 determinó la falladora de primera instancia.

Bajo esa misma óptica, 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 dirigidos a financiar la garantía de pensión mínima; sin que con esa decisión se estén afectando los intereses de terceros que no asistieron al proceso (aseguradoras y reaseguradoras), 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 25 de enero de 1999, se generó en ese momento un bono pensional tipo A en favor del señor Jairo Barbosa Naranjo, tal y como lo informó la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público al dar respuesta a la acción, quedando acreditado con la resolución N°16441 de 27 de marzo de 2017 -págs.247 a 253 expediente digitalizado- que esa entidad, después de redimirse normalmente ese instrumento de deuda pública el 4 de marzo

de 2017 cuando cumplió los 62 años, realizó el pago efectivo del valor del bono pensional a favor de la cuenta de ahorro individual del afiliado en la AFP Porvenir S.A.; razón por la que, al tener que restituirse las cosas al estado en el que se encontraban antes del 25 de enero de 1999, al carecer de efectos jurídicos el traslado al RAIS ejecutado en esa calenda, le corresponde al fondo privado de pensiones Porvenir S.A., restituir la suma pagada por ese concepto a favor de la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, suma que deberá estar debidamente indexada, precisándose que esa actualización del valor del bono pensional debe ser cancelada con los recursos propios del fondo privado de pensiones Porvenir S.A.; como atinadamente lo ordenó el Juzgado Quinto Laboral del Circuito.

Ahora, correcto resultó lo dispuesto por la falladora de primera instancia en la sentencia objeto de estudio, en el sentido de autorizar a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para 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 antes del 25 de enero de 1999.

En torno al hecho consistente en que el accionante arribó 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 carece de 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. CONFIRMAR la sentencia recurrida y consultada.

SEGUNDO. 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

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:

bdb190cccd47e32427529e5562bef8438baab96317781490c30c5fd5e95d0c36

Documento generado en 02/03/2022 08:20:43 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>