

Constancia Secretarial: Vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 5 de abril de 2022, la totalidad de los intervinientes remitieron en término los alegatos de conclusión en esta sede, como se aprecia en la subcarpeta 05 de la carpeta de segunda instancia.

Pereira, 27 de abril de 2022.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
PEREIRA, ONCE DE MAYO DE DOS MIL VEINTIDÓS
Acta de Sala de Discusión No 68 de 9 de mayo 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 Segundo Laboral del Circuito el 9 de diciembre de 2021, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de COLPENSIONES, dentro del proceso promovido por la señora **LUZ EDITH POVEDA OVIEDO**, cuya radicación corresponde al N°66001310500220190051001; proceso al cual fue vinculado el fondo privado de pensiones **PROTECCIÓN S.A.**

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 la señora Luz Edith Poveda Oviedo que la justicia laboral acceda a la nulidad de la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como el movimiento realizado por ella al interior de ese régimen pensional 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 Porvenir S.A. a girar la totalidad de los emolumentos a que haya lugar, lo que resulte probado *extra y ultra petita* y las costas procesales a su favor.

Refiere que: nació el 25 de junio de 1965; después de afiliarse al régimen de prima media con prestación definida el 21 de agosto de 1985, decidió trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad el 18 de julio de 1994 a través de la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A.; para ejecutar el acto jurídico que significó el cambio de régimen pensional, no recibió la totalidad de la información que la ley exigía para ese momento, en consideración a que el asesor comercial designado por esa sociedad para realizar el trámite, únicamente le indicó que en el RAIS percibiría una mesada pensional mucho más alta que la ofrecida en el RPMPD, pero adicionalmente que, si no quería acceder a la pensión de vejez, podía optar por la devolución de saldos; sin embargo, no se le dijo nada sobre las demás ventajas y sobre todo las desventajas que acarrearía cambiar de régimen pensional; el 30 de junio de 1999 decide afiliarse a la AFP Colpatria S.A. hoy Porvenir S.A., entidad que nuevamente omitió su obligación de brindarle la totalidad de la información que debía ponerle presente para ese momento histórico.

El 4 de octubre de 2019, ante solicitud elevada por ella, la Administradora Colombiana de Pensiones negó su retorno al RPM, argumentando que se encontraba inmersa 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 auto de 21 de enero de 2020 -págs.63 y 64 expediente digitalizado- el juzgado de conocimiento admitió la demanda presentada por la señora Luz Edith Poveda Oviedo y, además de ordenar la notificación de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., ordenó también la vinculación al proceso del fondo privado de pensiones Protección S.A.

Al contestar la demanda -págs.110 a 123 expediente digitalizado- la Administradora Colombiana de Pensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas por la señora Luz Edith Poveda Oviedo, argumentando que el cambio de régimen pensional ejecutado por ella el 18 de julio de 1994 se hizo de manera libre, voluntaria y sin presiones, acotando que, en caso de que se hubiere configurado la nulidad relativa que alega la actora, ella se saneó por el paso del tiempo como lo prevé el artículo 1750 del código civil. Adicionalmente sostiene que en este caso no es procedente ordenar su retorno al RPMPD al encontrarse inmersa 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. Planteó las excepciones de fondo de *“Validez de la afiliación al RAIS”, “Saneamiento de una presunta nulidad”, “Solicitud de traslado de dineros de gastos de administración”, “Prescripción”, “Imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal”, “Buena fe”, “Imposibilidad de condena en costas” y “Declaratoria de otras excepciones”*.

El fondo privado de pensiones Porvenir S.A. respondió la acción -págs.135 a 149 expediente digitalizado- sosteniendo que el traslado de régimen pensional realizado por la demandante el 18 de julio de 1994 a través de la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. se hizo conforme las exigencias legales de la época, como se desprende del correspondiente formulario de afiliación, situación que se repitió el 30 de junio de 1999 cuando la demandante decidió moverse hacia la AFP Colpatría S.A. hoy Porvenir S.A.; razones por las que no es dable acceder a las pretensiones de la demanda, máxime cuando la señora Poveda Oviedo se encuentra 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 encontrarse a menos de diez años de arribar a la edad mínima de pensión exigida en el RPMPD. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y planteó las excepciones de fondo que denominó *“Validez y eficacia de la afiliación de la demandante a Horizonte y Colpatría e inexistencia de vicios en el consentimiento”, “Saneamiento de la eventual nulidad relativa”, “Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS”, “Inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS”, “Prescripción”, “Buena fe” e “Innominada o genérica”*.

La AFP Protección S.A. respondió el libelo introductorio -archivo 0009 carpeta primera instancia- manifestando que desconoce la totalidad de los hechos planteados por la demandante, para posteriormente sostener que esa entidad no ha tenido ningún vínculo contractual con la señora Luz Edith Poveda Oviedo, por cuanto ella no se ha afiliado a esa entidad dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo tanto no ha hecho cotizaciones al sistema general de pensiones a través de ese fondo privado de pensiones, añadiendo que las entidades en las que ella ha estado afiliada, según el SIAFP de Asofondos, es en la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. y Colpatria S.A. hoy Porvenir S.A.. No se opuso a la prosperidad de las pretensiones al no estar dirigidas en su contra. Propuso las excepciones denominadas *“Genérica o innominada”*, *“Buena fe”*, *“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”* e *“Inexistencia de la fuente de la obligación”*.

En sentencia de 9 de diciembre 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 Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. no cumplió con la carga probatoria que le incumbía en este proceso, al verificar que no le brindó la totalidad de la información que debía ponerle de presente a la señora Luz Edith Poveda Oviedo, 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 18 de julio de 1994, así como el movimiento ejecutado por la afiliada al interior de ese régimen pensional el 30 de junio de 1999 hacía la AFP Colpatria S.A. hoy Porvenir S.A.; razones por las que declaró válida y vigente la afiliación primigenia efectuada al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por Colpensiones.

Como consecuencia de esas declaraciones, condenó al fondo privado de pensiones Porvenir S.A., a restituir a la Administradora Colombiana de Pensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la accionante que correspondan a los aportes al sistema general de pensiones, junto con sus intereses y rendimientos financieros.

Posteriormente condenó a Porvenir S.A. a reintegrar, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores que fueron descontados a la afiliada durante su permanencia en esa entidad y que estuvieron dirigidos a cancelar los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como las sumas destinadas a financiar la garantía de pensión mínima.

Al verificar que con el cambio de régimen pensional se generó un bono pensional a favor de la accionante, ordenó comunicar la decisión a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con la finalidad de que a través de trámites internos y canales institucionales, ejecute todas las acciones a que haya lugar para dejar las cosas en el estado en el que se encontraban antes de que se produjera el cambio de régimen pensional de la demandante, procediendo, entre otras cosas, a anular o dejar sin vigencia el bono pensional que se constituyó a favor de la actora.

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

Inconformes con la decisión, el fondo privado de pensiones Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones interpusieron recurso de apelación en los siguientes términos:

La apoderada judicial del fondo privado de pensiones Porvenir S.A. manifiesta que en el presente caso quedó probado el deber de información que debía suministrársele a la demandante en el momento en el que se produjo el cambio de régimen pensional, como quedó consignado con el formulario de afiliación suscrito por ella el 18 de julio de 1994, además de lo expuesto en la práctica del interrogatorio de parte; agregando que en este asunto también quedaron acreditados los actos de relacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia, por cuanto la demandante se movilizó al interior del RAIS, más concretamente el 30 de junio de 1999 hacía la AFP Colpatria S.A. hoy Porvenir S.A., ratificando su voluntad de permanecer vinculada al régimen de ahorro individual con solidaridad, en donde, dicho sea de paso, hizo cotizaciones al sistema general de pensiones, estando afiliada por más de veinte años a ese régimen pensional.

Ahora, en caso de que se confirme la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional ejecutado por la señora Poveda Oviedo, considera que la única consecuencia económica que de ello se deriva es la de restituir a Colpensiones los dineros que fueron recaudados por esa entidad por concepto de aportes o cotizaciones al sistema general de pensiones y no todos los emolumentos ordenados por la *a quo*; indicando frente a los gastos o cuotas de administración y las primas de los seguros previsionales, que tales dineros son cobrados por ministerio de la ley, lo que permite que se gestione adecuadamente la cuenta de ahorro individual de la afiliada, generándose a su favor unos excelentes rendimientos financieros, cumpliéndose también con la obligación de protegerla frente a los riesgos de invalidez y muerte, advirtiendo que este tipo de ordenes emitidas por los jueces no encuentran soporte legal, además de perjudicar a terceros de buena fe que no han sido vinculados al proceso.

Finalmente, al haber actuado conforme a derecho y bajo la aplicación del principio de la buena fe, considera que no es posible que se emita condena en costas en su contra.

La apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones estima que no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda, por cuanto el cambio de régimen pensional que se ejecutó entre la señora Luz Edith Poveda Oviedo y la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. cumplió con el lleno de los requisitos exigidos en la ley, al haberse realizado de manera libre, voluntaria y sin presiones como quedó consignado en el correspondiente formulario de vinculación; sin que tampoco sea dable acceder a las pretensiones por cuanto ella se encuentra 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. A continuación, sostuvo que Colpensiones, quien nada tuvo que ver en el acto jurídico controvertido, no puede verse afectada por un acto en el que no participó, pero que, en caso de que se confirme la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, solicita que se condene al fondo privado de pensiones Porvenir S.A. a cancelar a título de sanción, el cálculo actuarial correspondiente a las eventuales mesadas pensionales que deberá cancelar Colpensiones en el futuro a favor de la señora Poveda Oviedo, teniendo en cuenta su expectativa de vida y la de sus beneficiarios.

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, el apoderado judicial de la AFP Protección S.A. reiteró la postura expuesta en la contestación de la demanda.

Finalmente, la apoderada judicial de la parte actora solicitó la confirmación integral de la sentencia emitida por el Juzgado Segundo 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 10º del Decreto 720 de 1994, lo cierto es que ocasión a la sentencia de tutela de primer grado emitida por ese alto tribunal con número de expediente STL4759-2020, a través de la cual se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira para que en lo sucesivo acate el

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

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

PROBLEMAS JURÍDICOS

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

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

¿Hay lugar a declarar ineficaz la afiliación de la señora Luz Edith Poveda Oviedo al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada el 18 de julio de 1994?

¿Con el movimiento efectuado por la afiliada al interior del RAIS, así como 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?

¿Tiene razón el fondo privado de pensiones Porvenir S.A. cuando afirma que la única consecuencia económica que se deriva de la declaratoria de ineficacia es la de restituir los dineros recaudados a la afiliada por concepto de aportes o cotizaciones al sistema general de pensiones?

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

¿Existe algún inconveniente en torno a que la afiliada se encuentre a menos de diez años de arribar a la edad mínima de pensión prevista en el régimen de prima media con prestación definida?

¿Es procedente condenar a la AFP Porvenir S.A. a cancelar a la Administradora Colombiana de Pensiones, a título de sanción, una suma igual al valor de las eventuales mesadas pensionales que se le pudieren otorgar al demandante en el RPMPD?

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

asesoría.	Circular Externa n. 016 de 2016	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, 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.

Resuelto lo anterior, se tiene entonces que con la solicitud de vinculación N°088373 -pág.45 expediente digitalizado-, la señora Luz Edith Poveda Oviedo se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad el 18 de julio de 1994 cuando se vinculó a la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A., sin embargo, la demandante inicia la presente acción al considerar que el cambio del RPM al RAIS no se cumplió con el lleno de los requisitos legales, al no habersele suministrado la información sobre las consecuencias que conllevaba tomar esa decisión; viciándose de esa manera su consentimiento.

Conforme con lo señalado por la demandante, se procederá a verificar, siguiendo, única y exclusivamente las reglas jurisprudenciales expuestas anteriormente, si la AFP Horizonte S.A. hoy 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 18 de julio de 1994 (primera etapa).

En lo que concierne al formulario de afiliación, más allá de que en dicho documento se evidencia la rúbrica de la señora Luz Edith Poveda Oviedo 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 Luz Edith Poveda Oviedo sostuvo que el 18 de julio de 1994, los promotores comerciales del fondo privado de pensiones Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. visitaron las instalaciones de la entidad para la que prestaba sus servicios y en una reunión colectiva les dijeron que: i) el Instituto de Seguros Sociales, donde ella estaba afiliada, iba a desaparecer; ii) en el régimen de ahorro individual con solidaridad podía pensionarse a cualquier edad y con una mesada mucho más alta que la ofrecida en el RPMPD; iii) al arribar a la edad mínima tenía la potestad de pensionarse o reclamar la devolución de saldos con el valor del bono pensional.

Ante preguntas efectuadas por la apoderada judicial de la AFP Porvenir S.A. contestó que no le informaron nada sobre: i) el derecho de retracto; ii) periodo de gracia establecido entre los años 2003 y 2004; iii) consecuencias de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y demás características del RAIS.

Informó que durante el periodo que ha estado afiliada al RAIS, ha recibido los extractos en los que verifica que sus empleadores realicen correctamente las cotizaciones al sistema general de pensiones.

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, cabe concluir que, ni del formulario de afiliación, ni del interrogatorio de parte absuelto por la señora Luz Edith Poveda Oviedo, ni de ninguna de las pruebas allegadas al plenario se desprende el cumplimiento del deber legal de información por parte de la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. para el 18 de julio de 1994, sin que tampoco exista prueba en el plenario que acredite que la asimetría en la información que se produjo en ese momento dejó de prolongarse con el paso de los años, pues a pesar de que la accionante se movilizó hacia la AFP Colpatria S.A. hoy Porvenir S.A. el 30 de junio de 1999, como se aprecia en el formulario de afiliación N°0260557 -pág.44 expediente digitalizado- y ha permanecido afiliada a ese régimen pensional por más de veinte años, realizando cotizaciones al sistema general de pensiones a través de él; lo cierto es que esos hechos no demuestran per se los actos de relacionamiento 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 la señora Luz Edith Poveda Oviedo 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 la actora 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 ella se le hizo la reasesoría antes de cumplir los 47 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 afiliada; 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 18 de julio de 1994 no desapareció mientras la accionante estuvo afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad.

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 18 de julio de 1994, indefectiblemente, conforme con lo sentado por la Corte Suprema de Justicia, no queda otro camino que confirmar la decisión emitida por el Juzgado Segundo 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 18 de julio de 1994 y consecuentemente el movimiento ejecutado al interior de ese régimen pensional, más concretamente hacía la AFP Colpatria S.A. hoy Porvenir S.A. el 30 de junio de 1999, por lo que todos los actos ejecutados dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad carecen de validez; quedando válida y vigente la afiliación primigenia efectuada por la señora Poveda Oviedo al RPMPD administrado actualmente por la Administradora Colombiana de Pensiones, como correctamente lo definió la *a quo*.

Así las cosas, al no tener ningún efecto jurídico el cambio de régimen pensional y el movimiento efectuado por la señora Luz Edith Poveda Oviedo, ni ninguno de los actos ejecutados al interior del RAIS, correcta resultó la decisión de condenar a la AFP Porvenir S.A., a restituir el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, proveniente de las cotizaciones efectuadas al sistema general de pensiones, junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado, 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 a la AFP Porvenir S.A..

Bajo esa misma óptica, es del caso recordar que el cambio de régimen pensional y el movimiento realizado al interior del RAIS declarados ineficaces, implica que ningún acto ejecutado al interior del mismo produzca efectos, por lo que correcta resultó la decisión de la *a quo* consistente en condenar al fondo privado de pensiones 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 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 (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 vinculación de los afiliados.

Al haber operado un traslado desde el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 18 de julio de 1994, se generó a favor de la señora Luz Edith Poveda Oviedo un bono pensional tipo A, ya que de acuerdo con la información vertida en la historia laboral allegada por Colpensiones -subcarpeta 0002 carpeta primera instancia-, la afiliada cotizó 422,14 semanas entre el 21 de agosto de 1985 y el 17 de julio de 1994, cumpliéndose de esa manera con lo previsto en el artículo 115 de ley 100 de 1993.

Como la accionante nació el 25 de junio de 1965, como se aprecia en su cédula de ciudadanía -pag.28 expediente digitalizado-, ese título de deuda pública se redimiría normalmente el 25 de junio de 2025, fecha en que cumple los 60 años; por lo que, como la declaratoria de ineficacia trae como consecuencia que las cosas se reestablezcan al estado en el que se encontraban antes del momento en que se produjo el traslado al RAIS, correcta resultó la decisión de la *a quo* consistente en comunicar la decisión adoptada en el proceso 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 antes de que se ejecutara el cambio de régimen pensional de la afiliada, procediendo, entre otras cosas y de ser el caso, a anular o dejar sin vigencia el bono pensional que se generó a favor de la señora Luz Edith Poveda Oviedo, 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 de que la afiliada está próxima a arribar 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.

Frente a la petición elevada por la Administradora Colombiana de Pensiones relativa a que se condene al fondo privado de pensiones Porvenir S.A. a cancelar a título de sanción una suma igual al valor de las futuras mesadas pensionales que pudieren reconocérsele a la accionante en el régimen de prima media con prestación definida, lo primero que cabe señalar es que la etapa de alegatos no es el acto procesal previsto para realizar pretensiones, resultando claro por demás que el demandante no dirigió ninguna pretensión en ese sentido, mientras que las consecuencias prácticas de la declaratoria de ineficacia son las que la Corte Suprema de Justicia ha reseñado en su línea jurisprudencial en este tipo de asuntos y que ya han sido aplicadas en estricto sentido en este caso. Por lo expuesto, no hay lugar a acceder a la petición condenatoria elevada por la Administradora Colombiana de Pensiones en la sustentación del recurso de apelación.

Respecto a la condena en costas emitida en el curso de la primera instancia en contra del fondo privado de pensiones Porvenir 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.

En cuanto a la vinculación del fondo privado de pensiones Protección S.A., tal y como se aprecia en la certificación emitida por SIAFP de Asofondos -pág.165 expediente digitalizado-, la señora Luz Edith Poveda Oviedo no sostuvo ningún vínculo contractual con esa entidad, por cuanto las administradoras pensionales a las que ella ha estado afiliada son el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. y Colpatria S.A. hoy Porvenir S.A., razón por lo que al fondo privado de pensiones Protección S.A. no le asiste ninguna responsabilidad dentro del presente asunto y por tanto no hay lugar a emitir ninguna declaración, ni condena en su contra, tal y como sucedió en el curso de la primera instancia.

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
Ausencia justificada

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

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:

6d1edbef738671e173292d12f6f480ce8ff58574266775301a9796fcb4114f9

Documento generado en 11/05/2022 07:06:18 AM

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