

Constancia Secretarial: Vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 9 de junio de 2022, la totalidad de sujetos procesales remitieron en término los alegatos de conclusión, como se aprecia en la carpeta de segunda instancia.

Pereira, 7 de julio de 2022.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
PEREIRA, DIECINUEVE DE JULIO DE DOS MIL VEINTIDÓS
Acta de Sala de Discusión No 108 de 18 de julio 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 marzo de 2022, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de COLPENSIONES, dentro del proceso promovido por la señora

AUTO

Se reconoce personería al abogado SEBASTIÁN RAMÍREZ VALLEJO, para actuar en nombre y representación de la AFP PORVENIR S.A., dado que se encuentra inscrito en el certificado de existencia y representación de la sociedad Tous Abogados Asociados S.A.S., quien funge como apoderada sustituta del referido fondo privado.

De otro lado, se reconoce personería a la UNIÓN TEMPORAL ABACO PANIAGUA & COHEN, representada legalmente por Angélica Margot Cohen Mendoza, para actuar en representación de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, de conformidad con la escritura pública No. 1955 del 18 de abril de 2022 otorgada ante la Notaría 72 del Círculo de Bogotá, mediante la cual se otorga poder general. Así mismo, s a la abogada Camila Andrea Díaz Pacheco, para actuar como apoderada sustituta de dicha entidad demandada, en los términos y condiciones del poder de sustitución que le fue otorgado, mismo que fue aportado e incorporado al expediente digital con posterioridad a la emisión de la sentencia recurrida.

ANTECEDENTES

Pretende la señora Martha Molano Tinjacá que la justicia laboral acceda a la nulidad y/o ineficacia de la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad a través del fondo privado Porvenir S.A., y en consecuencia se declare válida y vigente la afiliación primigenia efectuada al régimen de prima media con prestación definida.

Con base en esas declaraciones aspira que se condene a 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: nació el 27 de mayo de 1962 y se afilió al régimen de prima media con prestación definida el 15 de enero de 1981, efectuando cotizaciones hasta el mes de febrero de 1993, por cuanto el 3 de octubre de 1994 suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir S.A., dado que el asesor comercial de dicho fondo privado de pensiones le aseguró que la mesada pensional sería mucho más alta que la que recibía en el régimen de prima media, que el Instituto de Seguros Sociales estaba próximo a desaparecer, por lo que los aportes efectuados podían correr el riesgo de perderse y que si no quería recibir su pensión podría optar por reclamar la devolución de saldos, incluido su bono pensional. Indica que nunca fue informada sobre las posibles desventajas que le acarrearía el traslado de régimen pensional; que previa solicitud, Porvenir S.A., le informó que no cuenta con soportes físicos de la asesoría brindada durante su afiliación, dado que se realizó en forma verbal. Finalmente, indica que el 2 de septiembre de 2020 la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones negó su solicitud de traslado al régimen de prima media, argumentando que se encuentra a diez años o menos del requisito de tiempo para pensión.

Al dar respuesta a la demanda, la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones manifestó que se opone a la totalidad de las pretensiones de la demanda, puesto que el traslado que la demandante efectuó al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A. el 3 de octubre de 1994, se realizó de conformidad con las exigencias del artículo 13 de la ley 100 de 1993, puesto lo hizo de manera libre, espontánea y sin presiones, de modo que es ella quien debe acreditar que la información suministrada fue equivocada o engañosa, puesto que su voluntad ha sido permanecer en dicho régimen pensional por más de 26 años, expresando además que no es posible que ella retorne al RPMPD al encontrarse inmersa en la prohibición 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. En su defensa, formuló como excepciones de fondo las que denominó: *“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 de Colpensiones”, “Imposibilidad de condena en costas”* y *“Declaratoria de otras excepciones”*, (archivo 08 del expediente digitalizado).

Por su parte, la AFP Porvenir S.A. dio respuesta a la demanda indicando igualmente que se opone a la prosperidad de las pretensiones, por considerar que la vinculación que la demandante efectuó al RAIS fue completamente válida desde el punto de vista legal, por cuanto reúne las exigencias mínimas exigidas en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y demás legislación vigente para la época, agregando que la entidad cumplió con el deber legal de información debida con la afiliada, pues existía para ese momento un procedimiento de capacitación a los asesores comerciales. Formuló como excepciones de fondo de *“Validez y eficacia de la afiliación al RAIS 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”*, (archivo 07 del expediente digital).

En sentencia de 30 de marzo de 2022, el juez de primer grado, 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 a la señora Martha Molano Tinjacá, 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 a través del referido fondo privado de pensiones el 3 de octubre de 1994, efectivo a partir del 1 de noviembre del mismo año; motivo por el que ordenó a la Administradora Colombiana de Pensiones aceptar a la accionante en el régimen de prima media con prestación definida, al continuar válida y vigente la afiliación primigenia efectuada por la actora a ese régimen pensional a través del Instituto de Seguros Sociales.

Como consecuencia de esas decisiones, 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, junto con sus intereses y rendimientos financieros; además de

restituir con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores que fueron descontados a la afiliada durante su permanencia en dicha 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.

Así mismo, al haberse generado un bono pensional tipo A en favor de la señora Martha Molano Tinjacá, el cual se redimiría normalmente el 27 de mayo de 2022, ordenó comunicar la decisión adoptada en el proceso a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el objeto de que ejecute todas las acciones a que haya lugar para dejar las cosas en el estado en el que se encontraban antes de que se surtiera el cambio de régimen pensional de la actora y para que, a través de canales institucionales y de ser el caso, deje sin vigencia o anule ese título de deuda pública.

Ordenó igualmente a Porvenir S.A. restituir el valor del bono pensional a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en caso de haber efectuado la redención del mismo, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexado. Finalmente, condenó en costas procesales a la Porvenir S.A. en un 100%, a favor de la parte actora.

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

La apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones indica que difiere de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, pues las afirmaciones que la demandante elevó tanto en la demanda, como en el interrogatorio de parte que absolvió, dan cuenta que la única motivación que le asiste de retornar al RPMPD es un interés netamente económico, pues en el RAIS tendría un detrimento en su mesada pensional. Agrega que la decisión del *a-quo* atenta contra la sostenibilidad fiscal del RPMPD administrado por Colpensiones a quien se le está imponiendo la carga de un daño que en ningún momento causó. Solicita se apliquen los postulados expuestos por la Sala de Casación Laboral respecto a los actos de relacionamiento, dado que la actora manifestó su preferencia de permanecer en el RAIS. Finalmente, aduce que no es procedente que se ordene el regreso de la actora al RPMPD, ya que se encuentra inmersa en la prohibición legal de la Ley 797 de 2003, al contar con la edad mínima de pensión. Por lo anterior, solicita se revoque íntegramente la sentencia y se le absuelva de todas las condenas impuestas y se condene en costas a la actora.

La apoderada judicial Porvenir S.A. manifiesta que decretar la ineficacia de traslado efectuado al RAIS después de más de 25 años de haberse efectuado, desconoce la validez de sus efectos y además afecta los recursos financieros de ambos regímenes pensionales, incluso los de la Administradora Colombiana de Pensiones. Sostiene que no está de acuerdo con que se le hubiese condenado a devolver los gastos de administración y las primas de seguros previsionales y de aportes de solidaridad pensional, pues ello desconoce lo reglado en el artículo 1746 del Código Civil y el principio de sostenibilidad financiera, además de que son rubros que se cobran por ministerio de la Ley, añadiendo que los primeros se otorgan por la buena gestión realizada por la entidad durante 25 años, conforme lo acreditan los rendimientos financieros que se generaron en la cuenta de ahorro individual de la afiliada y que corresponden a un aproximado del 75% de los dineros depositados; al paso que los segundos, están destinados a protegerla de los riesgos de invalidez y muerte de origen común, siendo necesario celebrar un contrato con una compañía aseguradora, para cubrir la suma necesaria adicional para la prestación pensional, sin que dicha entidad haya sido llamada al proceso, por lo que considera improcedente que se le ordene al fondo privado reintegrar esos dineros. Aduce que la actora no puede regresar al RPMPD por estar inmersa en la prohibición legal del artículo 2 literal e) de la Ley 797 de 2003, y tampoco es procedente la imposición de condena en costas procesales, dado que la entidad actuó de buena fe y conforme se lo ordenaba la ley vigente.

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, todos los sujetos procesales hicieron uso del derecho a remitir en término los alegatos de conclusión en esta sede.

En cuanto al contenido de los alegatos de conclusión remitidos por Porvenir S.A., 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 esgrimidos por las recurrentes coinciden con los expuestos en la sustentación de los recursos de apelación.

Por su parte, los de la parte actora están encaminados a que se confirme de manera integral el fallo emitido en primera instancia.

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 Martha Molano Tinjaca al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada el 3 de octubre de 1994?

¿Con la permanencia de la 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?

¿Le asiste razón a la apoderada judicial del fondo privado de pensiones accionado cuando afirma que en estos casos no se puede ordenar la restitución de los gastos o cuotas de administración y de las primas de los seguros previsionales?

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

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

¿Hay lugar a exonerar a la AFP Porvenir S.A. de la condena en costas procesales emitida en el curso de la primera instancia?

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.***” (Negritas fuera de texto).

2. Sobre el deber de información.

Frente a este ítem, la Corte Suprema de Justicia en providencia SL1452 de 3 de abril de 2019, señaló que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones ha sido exigible desde el momento de su creación, identificando tres etapas en el que el nivel de exigencia en la información se ha

incrementado de acuerdo con la evolución histórica de las normas que regulan la materia; lo que expuso en resumen así:

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

<i>Etapas 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 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 la parte 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 el funcionario de primera instancia.

Resuelto lo anterior, se tiene entonces que con la solicitud de vinculación N°274317, la señora Martha Molano Tinjacá se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad el 3 de octubre de 1994 cuando se vinculó a la AFP Porvenir S.A. (pág.49 archivo 7), sin embargo, la demandante inicia la presente acción al considerar que el cambio del RPMPD 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.

Conforme con lo señalado por la 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 3 de octubre 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 Martha Molano Tinjaca 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.

Ahora, en el interrogatorio de parte, la señora Martha Molano Tinjaca expuso que se trasladó a Porvenir S.A., de manera libre, voluntaria y sin presiones y que recuerda que llegó un asesor de la compañía y reunió alrededor de 50 trabajadores en la oficina y les explicó durante alrededor de 40 minutos sobre el cambio que iban a hacer; les dijo que el Seguro Social iba a ser liquidado, que allí debía cumplir la edad mínima y el número de semanas para generar el derecho pensional, en cambio, que al trasladarse al RAIS podrían pensionarse antes de cumplir la edad, pues requerían de un capital en su cuenta, y que en caso de no ser suficiente les devolvían el capital ahorrado, o que de no tenían beneficiarios este haría parte de la masa sucesoral. Agregó que no le explicaron que el dinero generaría rendimientos financieros, y finalmente, aceptó que su motivación para retornar al RPMPD es la diferencia en el valor de la mesada pensional en uno u otro régimen pensional, pues considera que el que le ofrecen en el RAIS no retribuye lo que trabajo durante tantos años.

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, ni de las pruebas documentales aportadas, ni del interrogatorio de parte absuelto por la señora Martha Molano Tinjaca, 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 3 de octubre de 1994 dejó de prolongarse con el paso de los años, pues a pesar de que la accionante se mantuvo activa como cotizante dentro de ese régimen pensional durante más de veinte años; 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 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 Martha Molano Tinjaca fue conociendo paulatinamente la totalidad de las características de cada uno de los regímenes pensionales que componen el sistema general de pensiones, sin que sus afirmaciones en torno a que se trasladó de manera libre, voluntaria y sin presiones y que recibió información de manera parcializada de las características de ambos regímenes pensionales, contribuyan en las aspiraciones del fondo privado de pensiones accionado, pues claramente tampoco demostró que puso en conocimiento de la afiliada la totalidad de la información requerida para que tomara una decisión consiente e informada, pues no se le informó por ejemplo las condiciones para alcanzar una mesada más alta, las modalidades pensionales o el impacto de las fluctuaciones de la economía en los

rendimientos y en la formación del derecho pensional; 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 3 de octubre 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 3 de octubre 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 Quinto Laboral del Circuito, consistente en declarar la ineficacia del acto jurídico por medio del cual la accionante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, concretamente hacia la AFP Porvenir S.A., por lo que todos los actos ejecutados dentro del RAIS carecen de validez; quedando válida y vigente la afiliación primigenia efectuada a través del ISS, como correctamente lo definió el *a quo*.

Así las cosas, al no tener ningún efecto jurídico el cambio de régimen pensional ni ninguno de los actos ejecutados al interior del RAIS, correcta resultó la decisión del *a-quo* de condenar a la AFP Porvenir S.A., a restituir el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, 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 declarado ineficaz, implica que ningún acto ejecutado al interior del mismo produzca efectos, por lo que correcta resultó la decisión del *a quo* consistente en condenar a 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 3 de octubre de 1994, se generó a favor de la señora Martha Molano Tinjaca un bono pensional tipo A, ya que de acuerdo con la información vertida en la historia laboral válida para la liquidación del bono pensional allegada por la AFP Porvenir S.A., (pág.52 del archivo 07 y 48 archivo 11), la demandante cotizó 542 semanas antes de su traslado al RAIS, cumpliéndose de esa manera con lo previsto en el artículo 115 de ley 100 de 1993.

Como la señora Martha Molano Tinjaca nació el 27 de mayo de 1962, como se aprecia de la copia de su cédula de ciudadanía (pág.1 archivo 04), ese instrumento de deuda pública se redimiría normalmente el 27 de mayo de 2022, fecha en que la accionante cumplió 60 años de edad; por lo que a pesar de que no existe prueba que demuestre el estado de ese bono pensional, lo cierto es que el artículo 17 del Decreto 1748 de 1995 dispone que esta clase de bonos se pagan dentro del mes siguiente a la fecha de redención (sin necesidad de solicitud previa), lo que conlleva a concluir que el mismo debió entrar a la cuenta de ahorro individual del demandante antes del 27 de junio de 2022; razón por la que, al tener que restituirse las cosas al estado en el que se encontraban antes del 03 de octubre de 1994, al carecer de efectos jurídicos el traslado al RAIS ejecutado en esa calenda, acertada resultó la decisión del *a-quo* de condenar al fondo privado de pensiones Porvenir S.A. a que, en caso de haber recibido el pago del bono pensional en favor de la cuenta de ahorro individual de la actora, proceda 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, precisando que esa actualización del valor del bono pensional debe ser cancelada con los recursos propios del fondo privado Porvenir S.A.

Así mismo, acertada resultó la decisión en cuanto ordenó comunicar a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público la decisión adoptada en el presente caso, con el objeto de que tuviese conocimiento de la orden impartida frente al bono

pensional tipo A redimido y eventualmente pagado por parte de esa entidad a favor de la cuenta de ahorro individual de la actora, y para que con posterioridad, 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 antes del 3 de octubre de 1994.

En torno al hecho consistente en que la accionante está próxima a llegar 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, debe entenderse que la actora 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 que por tanto, no se transgrede la prohibición legal prevista en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

Respecto a la condena en costas emitida en el curso de la primera instancia en contra de 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 les fue desfavorable a sus intereses, le correspondía al *a quo* emitir condena en su contra por dicho concepto, la cual encuentra debidamente ajustada a derecho esta Corporación.

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

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

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira el 30 de marzo de 2022.

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

Sin constancias ni firmas secretariales conforme artículo 9 del Decreto 806 de 2020

Firmado Por:

Julio Cesar Salazar Muñoz
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 2 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

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

German Dario Goez Vinasco
Magistrado

Sala 003 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

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

Código de verificación: **dff59260ea75e7ee29aec87acb8b6807a07be5bfe3409462855e6d403b630f81**

Documento generado en 19/07/2022 09:48:50 AM

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