

Constancia Secretarial: Vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada por la secretaría de la Corporación, la totalidad de los intervinientes remitieron en término los alegatos de conclusión en esta sede, como se aprecia en la carpeta de segunda instancia.

Pereira, 30 de noviembre de 2022.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
PEREIRA, DIEZ DE MAYO DE DOS MIL VEINTITRÉS
Acta de Sala de Discusión No 72 de 8 de mayo de 2023

SENTENCIA ESCRITA

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por el fondo privado de pensiones **PORVENIR S.A** y **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito el 16 de agosto de 2022, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de COLPENSIONES, dentro del proceso promovido por el señor **CARLOS MAGNO BUSTOS VILLEGAS**, cuya radicación corresponde al N°66001310500420210043701.

ANTECEDENTES

Pretende el señor Carlos Magno Bustos Villegas que la justicia laboral acceda a la ineficacia de la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad a través del fondo privado de pensiones Porvenir S.A. y consecuentemente que se declare válida y vigente la afiliación primigenia efectuada al régimen de prima media con prestación definida.

Con base en esas declaraciones aspira que se condene al fondo privado de pensiones accionado a girar la totalidad de los dineros a que haya lugar; mientras que solicita que se condene a la Administradora Colombiana de Pensiones a que le reconozca y pague la pensión de vejez, los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993 o en su defecto la indexación de las sumas reconocidas, lo que resulte probado extra y ultra petita, además de las costas procesales a su favor.

Refiere que: Nació el 7 de septiembre de 1959; después de afiliarse al régimen de prima media con prestación definida, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad en el año 2002 a través del fondo privado de pensiones Porvenir S.A.; antes de suscribir el correspondiente formulario de vinculación, el asesor comercial de dicha entidad no le brindó la totalidad de la información que debía suministrarle, viciando de esa manera su consentimiento; el 22 de noviembre de 2021 pidió al fondo privado de pensiones Porvenir S.A. que declarara la ineficacia de su traslado al RAIS, petición que fue resuelta negativamente por dicha entidad; el 22 de noviembre de 2021, además de solicitar su retorno al RPMPD ante la Administradora Colombiana de Pensiones, también le pidió el reconocimiento y pago de la pensión de vejez al contar con los requisitos exigidos en la ley, pero en comunicado de 23 de noviembre de 2021 Colpensiones resolvió negativamente su reclamación, indicando que esa administradora pensional no tenía ninguna responsabilidad frente a él.

El fondo privado de pensiones Porvenir S.A. dio respuesta a la acción -archivo 07 carpeta primera instancia-, aceptando que el señor Carlos Magno Bustos Villegas se trasladó al RAIS a través de esa sociedad el 8 de mayo de 2002 cuando suscribió el correspondiente formulario de afiliación, pero sostiene que ese acto jurídico cumplió con el lleno de los requisitos que la ley exigía en ese momento histórico; por lo que no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda. Planteó como excepciones las de *“Validez y eficacia de la afiliación al RAIS, e inexistencia de vicios en el consentimiento”*, *“Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS”*, *“Inexistencia de la*

obligación de devolver el pago al seguro previsional cuando se declara la ineficacia de la afiliación al RAIS”, “Prescripción”, “Buena fe”, “Innominada o genérica”.

La Administradora Colombiana de Pensiones contestó la demanda -archivo 08 carpeta primera instancia- manifestando que se oponía a la totalidad de las pretensiones elevadas por el señor Bustos Villegas, en la medida en que el traslado efectuado por él en el año 2002 hacía la AFP Porvenir S.A. se produjo con el lleno de los requisitos exigidos en la ley; pero, en caso de que así no hubiere sido, la nulidad relativa que se anuncia en la acción se saneó por el paso del tiempo; añadiendo que en todo caso el actor se encuentra inmerso 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. Formuló las excepciones de mérito 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: Colpensiones”, “Imposibilidad de condena en costas” y “Declaratoria de otras excepciones”.

En sentencia de 16 de agosto de 2022, la funcionaria de primera instancia, aplicando en su integridad la jurisprudencia vigente que sobre el tema ha emitido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluyó, después de analizar las pruebas allegadas al proceso, que la AFP Porvenir S.A. no cumplió con la carga probatoria que le incumbía en este proceso, al verificar que no le brindó la totalidad de la información que debía ponerle de presente al señor Carlos Magno Bustos Villegas, 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 8 de mayo de 2002 y en consecuencia 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 del accionante que correspondan a los

aportes al sistema general de pensiones junto con sus intereses y rendimientos financieros.

Así mismo, condenó al fondo privado de pensiones accionado a reintegrar, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores que fueron descontados al afiliado 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.

A continuación, condenó a la AFP Porvenir S.A. a restituir, en caso de que haya recibido el pago del bono pensional a favor de la cuenta de ahorro individual del actor, el valor pagado por ese concepto por parte de la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, debidamente indexado, especificando que la referida indexación debe cancelarla con su propio patrimonio.

En concordancia con lo anterior, ordenó comunicar la decisión adoptada a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que tenga conocimiento de las decisiones emitidas en el proceso y para que, haciendo uso de canales institucionales y trámites internos, proceda a dejar las costas en el estado en el que se encontraban para la fecha en que se produjo el traslado al RAIS declarado ineficaz.

A renglón seguido, al verificar que el señor Bustos Villegas cumple con los requisitos establecidos en la ley 797 de 2003, condenó a la Administradora Colombiana de Pensiones a reconocer y pagar a favor del actor la pensión de vejez a partir del 1° de agosto de 2021 en cuantía equivalente a la suma de \$5.541.769, que para el año 2022 equivale a la suma de \$5.853.216 y por trece mesadas anuales.

Como consecuencia de esa última decisión, condenó a Colpensiones a reconocer y pagar por concepto de retroactivo pensional generado entre el 1° de agosto de

2021 y el 31 de julio de 2022, la suma de \$74.223.129; autorizándola a descontar del retroactivo pensional el porcentaje correspondiente a los aportes en salud.

No accedió a los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, pero le ordenó a Colpensiones indexar las sumas reconocidas por concepto de retroactivo pensional a la fecha en que se produzca el pago de la obligación.

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

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

El apoderado judicial del fondo privado de pensiones sostuvo que, en el curso del proceso, más concretamente con la suscripción del formulario de afiliación por parte del señor Carlos Magno Bustos Villegas, sumado a lo dicho por él en el interrogatorio de parte, se logró acreditar que el traslado al RAIS surtido a través de la AFP Porvenir S.A. se dio con el lleno de los requisitos exigidos en la ley. Es que lo que realmente se percibe, es que el accionante tiene un interés netamente económico que no se resuelve por medio de la acción de ineficacia, sino, eventualmente, mediante la acción resarcitoria de perjuicios prevista en el decreto 720 de 1994.

Por otro lado, en caso de que se confirmara dicha declaratoria, la única consecuencia económica que de ello se derivaría, sería únicamente la de restituir las sumas de dineros provenientes de los aportes al sistema general de pensiones, ya que durante el tiempo que el accionante estuvo afiliado al RAIS, el fondo privado de pensiones ha cumplido cabalmente con sus obligaciones, como por ejemplo la de administrar correctamente la cuenta de ahorro individual del afiliado, generando a su favor rendimientos financieros e igualmente siendo responsable con el pago de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como las sumas

destinadas al fondo de garantía de pensión mínima, pues de no hacerse así, no solamente se presentaría un detrimento patrimonial para Porvenir S.A. y un enriquecimiento sin causa para Colpensiones, sino también porque con la decisión de restituir las sumas pagadas por concepto de primas de los seguros previsionales se está afectando a terceros que no han participado en el litigio.

De la misma manera, al haber actuado Porvenir S.A. en concordancia con lo dispuesto en la ley y en aplicación del principio de la buena fe, tampoco es procedente la condena en costas emitida por la *a quo* en su contra.

A su turno, la apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones argumentó que esa entidad no tuvo ninguna injerencia en el acto jurídico que significó el cambio de régimen pensional del señor Carlos Magno Bustos Villegas, motivo por el que Colpensiones no puede verse afectada por las consecuencias que generó tal situación; por lo que es exclusivamente el fondo privado de pensiones Porvenir S.A. quien debe responder ante las deficiencias que se produjeron a la hora de concretar el paso del actor del RPMPD al RAIS.

Así mismo, estima que, no hubo una adecuada valoración probatoria por parte de la *a quo*, por cuanto en el curso del proceso quedó demostrado que el fondo privado de pensiones Porvenir S.A. cumplió con la carga probatoria que le correspondía, por cuanto con el correspondiente formulario de afiliación junto con lo dicho por el actor en el interrogatorio de parte, quedó acreditado que a él se le brindó la información que la ley exigía para el momento en que se produjo el cambio de régimen pensional y, en todo caso, también quedaron probados los actos de relacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia.

Así mismo, considera que tampoco es viable que se ordene el retorno del demandante al RPMPD, dado que él se encuentra incurso en la prohibición legal prevista en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003.

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 remitir en término los alegatos de conclusión en esta sede.

En cuanto a su contenido, 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 expuestos por las entidades recurrentes coinciden con los emitidos en la sustentación de los recursos de apelación; mientras que los narrados por la parte actora se circunscriben en pedir la confirmación de la sentencia de 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 del señor Carlos Magno Bustos Villegas de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada el 8 de mayo de 2002?

¿Con la permanencia del afiliado en el RAIS 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 AFP Porvenir S.A. cuando sostiene que la única consecuencia que genera la declaratoria de ineficacia es la de restituir los dineros provenientes de los aportes al sistema general de pensiones?

¿Acredita el señor Carlos Magno Bustos Villegas la densidad de semanas cotizadas exigidas en el artículo 115 de la ley 100 de 1993 para que se hubiere constituido a su favor un bono pensional tipo A?

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

¿Se dan los presupuestos legales para reconocer a favor del señor Carlos Magno Bustos Villegas la pensión de vejez a partir del 1° de agosto de 2021, como lo definió la falladora de primer grado?

¿Hay lugar a absolver a Porvenir S.A. de las costas procesales en 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.**”.* (Negrillas fuera de texto).

Y más adelante reiteró:

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

2. Sobre el deber de información.

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

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

<i>Etapas acumulativas</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los</i>

		<i>pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

3. La suscripción del formulario de afiliación.

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

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

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

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no

solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

4. Carga de la prueba.

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

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

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

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

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

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

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

“Conviene recordar que, más allá de los posibles debates dirigidos a evidenciar un engaño de las administradoras de pensiones respecto de los afiliados con el fin de conseguir un traslado de régimen, lo que aquí

realmente tiene importancia y se convierte en el eje central de la controversia es la asimetría de la información.”.

Y más adelante continuó expresando:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

Conforme se expuso en el primer punto del fundamento jurisprudencial, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene definido que la acción que se debe estudiar cuando se reclama la ausencia total o parcial del deber de información por parte de los fondos privados de pensiones, no es otra que la ineficacia del acto jurídico que permitió el traslado entre regímenes pensionales, por lo que al haber orientado el actor la demanda en ese sentido, por imperativo jurisprudencial, lo que corresponde es analizar el caso en la forma determinada por la Corte Suprema de Justicia, esto es, si el cambio de régimen pensional del 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 suscrita por el actor con el fondo privado de pensiones Porvenir S.A. -pág.64 archivo 07

carpeta primera instancia-, el señor Carlos Magno Bustos Villegas se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad el 8 de mayo de 2002, sin embargo, el demandante inicia la presente acción al considerar que el cambio del RPMPD al RAIS, no cumplió con el lleno de los requisitos legales, al no habersele suministrado la totalidad de la información sobre las consecuencias que conllevaba tomar esa decisión; viciándose de esa manera su consentimiento.

Conforme con lo señalado por el demandante, se procederá a verificar, siguiendo, única y exclusivamente las reglas jurisprudenciales expuestas anteriormente, si la AFP Porvenir S.A. -quien tiene la carga probatoria en este tipo de procesos (como se explicó en el punto cuatro del fundamento jurisprudencial)-, cumplió con el deber legal de información que le correspondía para el 8 de mayo de 2002 (primera etapa).

En lo que concierne al formulario de afiliación, más allá de que en dicho documento se evidencia la rúbrica del señor Carlos Magno Bustos Villegas 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, el demandante informó frente a su situación laboral, **que por el momento no se encontraba trabajando.**

En torno al momento en que se produjo el cambio de régimen pensional, aseguró que un asesor comercial del fondo privado de pensiones Porvenir S.A. visitó las dependencias de esa entidad y, con el objeto de lograr su paso al régimen de prima media con prestación definida, le dijo que el Instituto de Seguros Sociales iba a desaparecer y que ello traería como consecuencia la pérdida de las cotizaciones efectuadas para pensión, motivo por el que debía trasladarse al RAIS, en donde iba

a obtener una mesada pensional mucho más alta que la podría devengar en el RPMPD; sin embargo, no se le dijo nada más sobre las características de los regímenes pensionales que componen el 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 el señor Carlos Magno Bustos Villegas, 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. para el 8 de mayo de 2002, 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 el accionante ha permaneciendo afiliado 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 el señor Carlos Magno Bustos Villegas fue conociendo paulatinamente la totalidad de las características de cada uno de los regímenes pensionales que componen el sistema general de pensiones, pues por ejemplo no quedó probado en el plenario que el actor tuviera el conocimiento de cuáles son los requisitos necesarios para pensionarse en el RAIS y en el RPM, ni mucho menos si tiene conocimiento sobre las diferentes modalidades de pensión existentes en el régimen de ahorro individual con solidaridad, **además de no existir prueba que demuestre que a él se le hizo la reasesoría antes de cumplir los 52 años, con el fin de que se le pusiera de presente su situación pensional y se le aconsejara a cuál de los dos regímenes pensionales le convenía estar afiliado;** 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 8 de mayo de 2002 no desapareció mientras el accionante estuvo vinculado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Por lo expuesto, al no quedar probado en el proceso que al 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 8 de mayo de 2002, indefectiblemente, conforme con lo sentado por la Corte Suprema de Justicia, no queda otro camino que confirmar la decisión emitida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito, consistente en declarar la ineficacia del acto jurídico por medio del cual el accionante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 8 de mayo de 2002, por lo que todos los actos ejecutados en el RAIS carecen de validez; quedando válida y vigente la afiliación primigenia efectuada por el demandante 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 efectuado por el señor Carlos Magno Bustos Villegas, 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 del afiliado, proveniente de las cotizaciones realizadas 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 al fondo privado de pensiones 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 de la *a quo* consistente en condenar a la AFP Porvenir S.A. a reintegrar a la Administradora Colombiana de Pensiones, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores que fueron cobrados al actor durante su permanencia en esa entidad y que estuvieron destinados a cancelar las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como los valores 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 8 de mayo de 2002 y al haber cotizado el accionante más de 150 semanas al RPM antes de que se produjera el traslado al RAIS, más concretamente 339,14 semanas de cotización, como se constata con la información inmersa en la historia laboral allegada por Colpensiones -págs.45 a 50 archivo 08 carpera primera instancia-, se generó en ese momento un bono pensional tipo A en favor del señor Carlos Magno Bustos Villegas al cumplirse con los requisitos previstos en el artículo 115 de la ley 100 de 1993.

Ahora bien, a pesar de que no existe prueba que demuestre el estado actual de ese instrumento de deuda pública, lo cierto es que el mismo se redimió normalmente el 7 de septiembre de 2021, fecha en la que el accionante cumplió los 62 años, al haber

nacido en la misma calenda del año 1959 como se constata con la copia de su cédula de ciudadanía -pág.1 archivo 03 carpeta primera instancia-; por lo que, teniendo en cuenta que el artículo 17 del Decreto 1748 de 1995 dispone que esta clase de bonos se pagan dentro del mes siguiente a la fecha de redención (sin necesidad de solicitud previa), claro es que el mismo debió ingresar a la cuenta de ahorro individual de la accionante antes del 7 de octubre de 2021; razón por la que, al tener que restituirse las cosas al estado en el que se encontraban para el 8 de mayo de 2002, al carecer de efectos jurídicos el traslado al RAIS ejecutado en esa calenda, corresponde entonces condenar al fondo privado de pensiones Porvenir S.A., en caso de haber recibido el pago del bono pensional en favor de la cuenta de ahorro individual del actor, a restituir la suma pagada por ese concepto a favor de la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, suma que deberá estar debidamente indexada, precisándose que esa actualización del valor del bono pensional debe ser cancelada con los recursos propios del fondo privado de pensiones Porvenir S.A., como correctamente lo determinó la *a quo*.

Así mismo, acertada fue la decisión adoptada por la falladora de primera instancia consistente en comunicar a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público la sentencia emitida en el presente caso, con el objeto de que tenga 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 del accionante, y para que posteriormente, haciendo uso de trámites internos y a través de canales institucionales, ejecute todas las acciones pertinentes para retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban para el 8 de mayo de 2002.

En torno al hecho consistente en que el accionante arribó a la edad mínima de pensión en el RPMPD, la verdad es que ese suceso no afecta en nada la decisión tomada en este proceso, por cuanto, como se ha explicado recurrentemente a lo largo de la presente providencia, la declaratoria de ineficacia trae como consecuencia jurídica que los actos emitidos a partir de ese momento no tienen ninguna validez, lo que lleva a que las cosas se reestablezcan al estado en el que se encontraban, es

decir, que al no haberse consumado legalmente el cambio de régimen pensional, el mismo no tiene validez y por tanto el demandante siempre ha estado afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por Colpensiones, lo que muestra que de ninguna manera se está ordenando un nuevo traslado entre regímenes pensionales y por tanto no se transgrede la prohibición legal prevista en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

Ahora, teniendo en cuenta que el demandante solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez, procederá la Corporación a verificar si, conforme lo estableció la falladora de primer grado, el actor cumple con los requisitos exigidos en la ley 797 de 2003 para acceder al derecho pensional.

En ese aspecto, el artículo 7° de la referida normatividad, que modificó el artículo 33 de la ley 100 de 1993, estableció que, en el régimen de prima media con prestación definida, los afiliados hombres podrán acceder al derecho pensional cuando cumplan 62 años y hayan cotizado por lo menos 1300 semanas al sistema general de pensiones.

Al haber nacido el señor Carlos Magno Bustos Villegas el 7 de septiembre de 1959, la edad mínima exigida en el régimen de prima media con prestación definida la cumplió en la misma fecha del año 2021 y al revisar las historias laborales emitidas por Colpensiones -págs.45 a 50 archivo 08 carpeta primera instancia- y por el fondo privado de pensiones Porvenir S.A. -págs.83 a 110 archivo 07 carpeta primera instancia-, el actor tiene cotizadas un total de 1316 semanas en su vida laboral; por lo que, al cumplir con las exigencias del artículo 9° de la ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la ley 100 de 1993, tiene derecho a acceder al derecho pensional que reclama.

Ahora bien, en cuanto a la liquidación del monto de la pensión de vejez conforme con lo dispuesto en el artículo 10 de la ley 797 de 2003 que modificó el artículo 34 de la

ley 100 de 1993, así como para el disfrute de la prestación económica, necesario es que el afiliado, por regla general, haya presentado la novedad de desafiliación al sistema general de pensiones ante la correspondiente administradora pensional, o en su defecto que, en caso de que así no se hubiere reportado, exista certeza de que el demandante ha tomado la decisión de no realizar más cotizaciones al sistema, sin embargo, en este evento, no se encuentra acreditada ninguna de esas dos condiciones, puesto que no obra en el plenario prueba que demuestre que el señor Carlos Magno Bustos Villegas se desafilió formalmente del sistema general de pensiones y tampoco existe certeza de que él haya tomado la decisión de cesar en sus cotizaciones, pues en ese sentido no solamente no existe ningún hecho en la demanda que así lo afirme y tampoco puede pasarse por alto que en el interrogatorio de parte el actor manifestó que **por el momento no se encontraba trabajando**, en otras palabras, ni siquiera en ese acto procesal otorgó certeza de su firme intención de cesar en sus cotizaciones, pues con aquella afirmación dejó abierta la posibilidad de reactivarse a la fuerza laboral, lo que implica la posibilidad de que el actor, después de absolver el interrogatorio de parte el 16 de agosto de 2022, se haya reactivado laboralmente, siendo obligatorio tener en cuenta la totalidad de las semanas que eventualmente pueda cotizar al sistema a efectos, no solamente de determinar el monto del ingreso base de liquidación y la tasa de reemplazo, sino también la fecha a partir de la cual puede disfrutar la prestación económica; razones por las que estima la Corporación que no se dan los presupuestos para ordenarle a la Administradora Colombiana de Pensiones que empiece a cancelar la prestación económica, como erróneamente lo definió la *a quo*; lo que implica la modificación de los ordinales quinto, sexto y séptimo de la sentencia de primera instancia, con el objeto de ordenarle a Colpensiones que, una vez el fondo privado de pensiones Porvenir S.A. cumpla con las órdenes y condenas emitidas en el presente asunto, proceda a verificar si el demandante ya se desafilió formalmente del sistema general de pensiones o si en su defecto tomó la decisión de cesar definitivamente en sus cotizaciones, para que, teniendo en cuenta la totalidad de las semanas cotizadas por él al sistema, proceda a liquidar la pensión de vejez en los términos del artículo 10 de la ley 797 de 2003 que modificó el artículo 34 de la ley 100 de 1993 y posteriormente definir la fecha a

partir de la cual tiene derecho a disfrutar la prestación económica, con el importe del respectivo retroactivo pensional, que deberá estar debidamente indexado; autorizándola desde ya a descontar el porcentaje correspondiente a los aportes al sistema general de salud.

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.

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

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

RESUELVE

PRIMERO. MODIFICAR los ordinales **QUINTO, SEXTO y SÉPTIMO** de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito, los cuales quedarán así:

*“**QUINTO. DECLARAR** que el señor CARLOS MAGNO BUSTOS VILLEGAS reúne los requisitos exigidos en el artículo 9° de la ley 797 de 2003 modificadorio del artículo 33 de la ley 100 de 1993, para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida.*

SEXTO. ORDENARLE a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES que, una vez el fondo privado de pensiones PORVENIR S.A. cumpla con los órdenes y condenas emitidas en el presente asunto, proceda a verificar si el demandante se desafilió formalmente del sistema general de pensiones o si en su defecto tomó la decisión de cesar definitivamente en sus cotizaciones, para que, teniendo en cuenta la totalidad de las semanas cotizadas por él al sistema, proceda a liquidar la pensión de vejez en los términos del artículo 10 de la ley 797 de 2003 que modificó el artículo 34 de la ley 100 de 1993 y posteriormente defina la fecha a partir de la cual tiene derecho a disfrutar la prestación económica, con el importe del respectivo retroactivo pensional, que deberá estar debidamente indexado.

SÉPTIMO. AUTORIZAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES a que, una vez reconozca la pensión de vejez a favor del demandante, proceda a realizar el descuento del porcentaje correspondiente a los aportes al sistema general de salud.”.

SEGUNDO. CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida y consultada.

TERCERO. 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 Ley 2213 de 2022

Firmado Por:

Julio Cesar Salazar Muñoz
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Ana Lucia Caicedo Calderon
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 001 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

German Dario Goez Vinasco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
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: **3c2a522cd3bb9a09c3c28535c8c585a8e542bb683ecd24ea506424f556b6a2e7**

Documento generado en 10/05/2023 08:42:31 AM

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