

Constancia Secretarial: Dentro del término de traslado dispuestos en la lista fijada por la secretaría de la Corporación, la AFP Porvenir S.A. y la parte actora presentaron alegatos conclusión en esta sede; como se aprecia en la carpeta de segunda instancia.

Pereira, 26 de julio de 2023.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

PEREIRA, DOS DE AGOSTO DE DOS MIL VEINTITRÉS

Acta de Sala de Discusión No 120 de 31 de mayo de 2023

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 Cuarto Laboral del Circuito el 8 de marzo de 2023, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de **COLPENSIONES**, dentro del proceso promovido por el señor **JUAN FRANCISCO PAVAJEAU OSPINO**, cuya radicación corresponde al N°66001310500420220027401.

ANTECEDENTES

Pretende el señor Juan Francisco Pavajeau Ospino que la justicia laboral acceda a la ineficacia del traslado efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad a través del fondo privado de pensiones Porvenir S.A. y consecuencialmente 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, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas procesales a su favor.

Refiere que: Nació el 5 de abril de 1962; se afilió al régimen de prima media con prestación definida el 13 de agosto de 1982; el 27 de enero de 2010 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad por medio de su vinculación a la AFP Porvenir S.A., sin embargo, en ese momento no se le brindó la totalidad de la información que la ley exigía, viciándose de esa manera su consentimiento; el 12 de julio de 2022, ante petición elevada por él, la Administradora Colombiana de Pensiones le negó el retorno al régimen de prima media con prestación definida, argumentando que se encontraba en una prohibición legal.

Luego de admitirse la demanda en auto de 22 de agosto de 2022 -archivo 05 carpeta primera instancia-, la Administradora Colombiana de Pensiones respondió el libelo introductorio -archivo 09 carpeta primera instancia-, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones elevadas por el señor Juan Francisco Pavajeau Ospino, manifestando que no existen medios de prueba que acrediten las circunstancias expuestas en la demanda y, en todo caso, no es posible que se ordene el regreso del actor al régimen de prima media con prestación definida, dado que él se encuentra incursa en la prohibición legal establecida en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2º de la ley 797 de 2003. Planteó las excepciones de fondo de “*Improcedencia de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional*”, “*Improcedencia de admisibilidad de la afiliación en el régimen de prima media con prestación definida*”, “*Inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en ineficacia de traslado de régimen*”, “*Buena fe, exenta de culpa*”, “*Improcedencia de condena en costas y agencias en derecho*”, “*Prescripción*” y “*Declaratoria de otras excepciones/innominada o genérica*”.

El fondo privado de pensiones Porvenir S.A. contestó la demanda -archivo 10 carpeta primera instancia- aceptando que el señor Juan Francisco Pavajeau Ospino se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad el 27 de enero de 2010 a través de esa entidad, pero aclarando que lo hizo de manera libre, voluntaria y sin presiones, como quedó debidamente consignado en el respectivo formulario de afiliación, cumpliéndose con la totalidad de los requisitos exigidos en la ley, razón por la que ese acto jurídico se reputa válido. Se opuso a las pretensiones elevadas por el accionante y propuso como excepciones las de *“Validez y eficacia de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento”*, *“Aplicación del artículo 1746 del código civil en relación con los rendimientos financieros, gastos de comisión y primas de seguro”*, *“Prescripción”*, *“Buena fe”* e *“Innominada o genérica”*.

En sentencia de 8 de marzo de 2023, 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 Juan Francisco Pavajeau Ospino, 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 27 de enero de 2010; 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.

A continuación, 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.

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

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

El apoderado judicial del fondo privado de pensiones Porvenir S.A. considera que, conforme con las pruebas allegadas al plenario, esa entidad logró acreditar que cumplió con el lleno de los requisitos que la ley exigía para el 27 de enero de 2010, ya que el demandante suscribió de manera libre, voluntaria y sin presiones el formulario de afiliación que significó al traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, habiéndosele brindado la información necesaria para tomar esa decisión; añadiendo que también quedaron probados los actos de relacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia, ya que el afiliado hizo cotizaciones por más de veinte años al sistema general de pensiones a través de ese régimen pensional; añadiendo que la verdadera razón por la que el demandante inició el presente asunto fue por un tema de índole económico, ya que se encuentra inconforme con la que podría ser su mesada pensional en el RAIS, respecto de la que le hubiere podido corresponder en caso de que estuviera en el RPMPD.

En caso de que se confirme la declaratoria del traslado del RPMPD al RAIS, considera que en este tipo de casos no hay lugar a condenar a los fondos privados de pensiones a devolver los gastos o cuotas de administración, ya que esas sumas

son cobradas al afiliado por ministerio de la ley y permite que la entidad administre correctamente los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, lo que ha permitido precisamente una excelente gestión de Porvenir S.A., al punto que se han generado a favor del afiliado unos muy buenos rendimientos financieros; añadiendo que tampoco es procedente la restitución de los valores que fueron cobrados por concepto de primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, ya que esos dineros también son cobrados por ministerio de la ley y su finalidad es la de proteger al afiliado frente a la causación de esos riesgos, lo que demuestra que el fondo privado de pensiones demandado a cumplido con las exigencias legales que regulan este tipo de asuntos. Agrega que, con estas decisiones, se configura un detrimento patrimonial para la AFP Porvenir S.A. y un enriquecimiento sin causa para Colpensiones.

Al haber cumplido siempre con las obligaciones que la ley exigía, estima que tampoco hay lugar a que se emita condena en costas procesales en su contra.

El apoderado judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones sostiene que el cambio de régimen pensional que ejecutó el señor Juan Francisco Pavajeau Ospino el 27 de enero de 2010 cumplió con el lleno de los requisitos exigidos en la ley, quedando demostrado, no solamente que esa afiliación la hizo de manera libre, voluntaria y sin presiones, sino también que recibió la información que correspondía para esa época. De la misma manera, asegura que al no haber participado en el acto jurídico que significó el cambio de régimen pensional del demandante, la Administradora Colombiana de Pensiones no puede cargar con las consecuencias negativas que implica la ineficacia del traslado, entre otras cosas, porque se ordene tener a un afiliado que no ha contribuido con sus cotizaciones al régimen de prima media con prestación definida, lo que afecta directamente la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

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 AFP Porvenir S.A. remitió 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, su contenido coincide plenamente con las argumentaciones expuestas en la sustentación del recurso de apelación; mientras que los narrados por la parte actora se circunscriben en solicitar la confirmación de la sentencia de primer grado.

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 Juan Francisco Pavajeau Ospino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada el 27 de enero de 2010?

¿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?

¿Tiene razón el fondo privado de pensiones accionado cuando afirma que no es jurídicamente viable condenarla a restituir a favor de Colpensiones los gastos de administración y el valor de las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes?

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

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

¿Hay lugar a absolver a la AFP Porvenir S.A. de la condena en costas procesales emitida 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 SL 12136-2014, CSJ SL 19447-2017, CSJ SL 4964-2018, CSJ SL 4989-2018, CSJ SL 452-2019, CSJ SL 1688-2019 y SL 1689- 2019, esta Sala ha determinado de manera pacífica que la reacción del ordenamiento jurídico -artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993- a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, tiene que abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales.” (Negrillas fuera de texto).

2. Sobre el deber de información.

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

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

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

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
<i>Deber de información</i>	<p>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993</p> <p>Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003</p> <p>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</p>	<p>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</p>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<p>Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009</p> <p>Decreto 2241 de 2010</p>	<p>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</p>

		<i>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

ellos, 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.

Con la solicitud de vinculación N°13578701 -pág.59 archivo 10 carpeta primera instancia- el señor Juan Francisco Pavajeau Ospino se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad el 27 de enero de 2010 cuando se vinculó a la AFP Porvenir S.A., sin embargo, el 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; 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 27 de enero de 2010 (segunda etapa).

En lo que concierne al formulario de afiliación, más allá de que en dicho documento se evidencia la rúbrica del señor Juan Francisco Pavajeau Ospino en la casilla denominada “voluntad de afiliación al fondo seleccionado” 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 que actualmente se encuentra activo como cotizante prestando sus servicios como controlador aéreo en la Aeronáutica Civil.

En torno al momento en que se produjo el cambio de régimen pensional el 27 de enero de 2010, sostuvo que un asesor comercial del fondo privado de pensiones Porvenir S.A. visitó las instalaciones en la que prestaba sus servicios y, con el ánimo de que se afiliara a esa entidad, le manifestó que el Instituto de Seguros Sociales iba a desaparecer y que en el régimen de ahorro individual con solidaridad iba a percibir una mesada pensional mucho más alta que la que podría ofrecer el RPMPD, sin embargo, no se le dijo nada más sobre las características de los regímenes pensionales que conforman 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 Juan Francisco Pavajeau Ospino, 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 27 de enero de 2010, 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 permanecido afiliado en el RAIS por más de diez 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 Juan Francisco Pavajeau Ospino fue conociendo paulatinamente la totalidad de las características de cada uno de los regímenes pensionales que componen el sistema general de pensiones, pues por ejemplo no quedó probado en el plenario que el actor tuviera el conocimiento de cuáles son los requisitos necesarios para pensionarse en el RAIS o en el RPMPD, ni mucho menos tiene conocimiento sobre las diferentes modalidades de pensión existentes en el régimen de ahorro individual con solidaridad, **además de no existir prueba que demuestre que a él se le hizo la reasesoría antes de cumplir los 52 años, con el fin de que se le pusiera de presente su situación pensional y se le aconsejara a cuál de los dos regímenes pensionales le convenía estar afiliado**; 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 27 de enero de 2010 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 27 de enero de 2010, 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 27 de enero de 2010, por lo que todos los actos ejecutados al interior de ese régimen pensional carecen de validez; quedando válida y vigente la afiliación primigenia efectuada por el señor Juan Francisco Pavajeau Ospino 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 Juan Francisco Pavajeau Ospino, 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 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 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 27 de enero de 2010 y al haber cotizado el accionante más de 150 semanas al RPM antes de que se produjera el traslado al RAIS, más concretamente 860 semanas de cotización, como se constata con la información inmersa en la historia laboral emitida por Protección S.A. -págs.61 a 79 archivo 10 carpeta primera instancia-, se generó en ese momento un bono pensional tipo A en favor del señor Juan Francisco Pavajeau Ospino al cumplirse con los requisitos previstos en el artículo 115 de la ley 100 de 1993.

Como el accionante nació el 5 de abril de 1962, ese título de deuda pública se redimiría normalmente el 5 de abril de 2024, fecha en que cumple los 62 años; por lo que, teniendo en cuenta que la declaratoria de ineficacia trae como consecuencia que las cosas se reestablezcan al estado en el que se encontraban antes de que se produjera el cambio de régimen pensional del afiliado, y teniendo en cuenta que la

OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público emitió y liquidó el bono pensional tipo A modalidad 2 versión 1 -págs.80 a 83 archivo 10 carpeta primera instancia-, lo que corresponde es comunicar la decisión adoptada en este asunto a la dicha entidad, para que, en un trámite interno y a través de canales institucionales, ejecute todas las acciones a que haya lugar para dejar las cosas en el estado en el que se encontraban antes de que se ejecutara el traslado del accionante al RAIS, procediendo, entre otras cosas y de ser el caso, a anular o dejar sin vigencia el bono pensional que se emitió y liquidó en favor del señor Juan Francisco Pavajeau Ospino y que tenía como fecha de redención normal el 5 de abril de 2024, aplicando con ello lo previsto en el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995 modificado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 hoy recopilado en el Decreto 1833 de 2016; razón por la que se adicionará la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito en ese aspecto.

En torno al hecho consistente en que el accionante está próximo a arribar 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 2º de la Ley 797 de 2003.

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 1º 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. ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito el 8 de marzo de 2023, en el sentido de **COMUNICAR** la decisión adoptada en este asunto a la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, para que, en un trámite interno y a través de canales institucionales, ejecute todas las acciones a que haya lugar para dejar las cosas en el estado en el que se encontraban antes de que se ejecutara el traslado del accionante al RAIS, procediendo, entre otras cosas y de ser el caso, a anular o dejar sin vigencia el bono pensional que se emitió y liquidó en favor del señor JUAN FRANCISCO PAVAJEAU OSPINO y que tenía como fecha de redención normal el 5 de abril de 2024.

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 de la 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: **8694542c1c9d1513d07120abe897b6441db6c646aeeb3eb555d985d71d611670**
Documento generado en 02/08/2023 09:14:18 AM

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