

Constancia Secretarial: Vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada por la secretaría de la Corporación, únicamente la Administradora Colombiana de Pensiones y la parte actora remitieron en término los alegatos de conclusión en esta sede.

Pereira, 16 de agosto de 2023.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
PEREIRA, TREINTA DE AGOSTO DE DOS MIL VEINTITRÉS
Acta de Sala de Discusión No 135 de 28 de agosto de 2023

SENTENCIA ESCRITA

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por el fondo privado de pensiones **PORVENIR S.A** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito el 6 de marzo de 2023, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de COLPENSIONES, dentro del proceso promovido por el señor **GUSTAVO ADOLFO MARÍN MARMOLEJO**, cuya radicación corresponde al N°66001310500520200021901, en el que también se encuentran demandadas las AFP COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A.

AUTO

Por medio de escrito remitido el 3 de agosto de 2023, la Administradora Colombiana de Pensiones allegó la escritura pública N°3365 de 2019 otorgada ante la Notaría

90 del Círculo de Bogotá, mediante la cual le otorga poder general a la sociedad Muñoz Medina Abogados S.A.S. representada legalmente por Santiago Muñoz Medina; revocando de esa manera el poder que Colpensiones le había otorgado en su momento a la Unión Temporal Abaco Paniagua & Cohen representada legalmente por Angélica Margoth Cohen Mendoza; por lo que, de conformidad con lo previsto en el artículo 76 del CGP el mandato otorgado a esta última entidad se da por finalizado a partir del 3 de agosto de 2023 cuando se radicó el poder otorgado por esa administradora pensional a la sociedad Muñoz Medina Abogados S.A.S., a quien se le reconoce personería para actuar en el presente asunto.

De otro lado, de acuerdo con el memorial de sustitución de poder allegado en esa misma fecha por la sociedad Muñoz Medina Abogados S.A.S., se le reconocer personería al abogado Juan Guillermo Carmona Cardona para actuar como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones, en los términos y condiciones del poder de sustitución que le fue otorgado.

ANTECEDENTES

Pretende el señor Gustavo Adolfo Marín Marmolejo 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 Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. el 16 de noviembre de 1995, así como a la ineficacia de los movimientos ejecutados al interior de ese régimen pensional; y consecuentemente que se declare válida y vigente la afiliación primigenia efectuada al régimen de prima media con prestación definida.

Con base en esas declaraciones aspira que se condene a los fondos privados de pensiones accionados a girar la totalidad de los dineros a que haya lugar y las costas procesales a su favor.

Refiere que: Nació el 29 de octubre de 1962; después de afiliarse al régimen de prima media con prestación definida a través del otrora Instituto de Seguros Sociales

el 30 de junio de 1987, decidió trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad el 16 de noviembre de 1995 a través de la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A.; para ejecutar el acto jurídico que significó el cambio de régimen pensional, no recibió la totalidad de la información que la ley exigía para ese momento, ya que el asesor comercial designado por esa sociedad para dicha tarea, no hizo una exposición de la totalidad de las ventajas y sobre todo las desventajas que acarrearía cambiar de régimen pensional.

El 5 de diciembre de 2019, ante solicitud elevada por él, la Administradora Colombiana de Pensiones negó la anulación de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, argumentando que ese acto jurídico se hizo bajo los parámetros contemplados en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993.

La demanda fue admitida en auto de 10 de noviembre de 2020 -archivo 05 carpeta primera instancia-.

La Administradora Colombiana de Pensiones contestó la acción -archivos 8 y 16 carpeta primera instancia- manifestado que el traslado que ejecutó el demandante del RPMPD al RAIS el 16 de noviembre de 1995 se realizó con el lleno de los requisitos exigidos en la ley, la haberlo hecho de manera libre, voluntaria y sin presiones; pero, en caso de que se hubiere configurado la nulidad relativa que se alega en la demanda, ella se saneó por el paso del tiempo como lo determina el artículo 1750 del código civil. Se opuso a las pretensiones y 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”*.

El fondo privado de pensiones Porvenir S.A. respondió la demanda -archivo 10 carpeta primera instancia- aceptando que el señor Gustavo Adolfo Marín Marmolejo

se trasladó del RPMPD al RAIS el 16 de noviembre de 1995 a través de la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A., añadiendo que el afiliado hizo varios movimientos al interior del régimen de ahorro individual con solidaridad, estando actualmente vinculado a la AFP Porvenir S.A., asegurando que cada uno de esos actos jurídicos se hicieron bajo el estricto cumplimiento de la ley; añadiendo que en todo caso no es posible que el señor Marín Marmolejo retorne al régimen de prima media con prestación definida, ya que él se encuentra inmerso en la prohibición legal previsto en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003. Se opuso a las pretensiones elevadas por el actor y planteó las excepciones de mérito que denominó *“Validez y eficacia de la afiliación del demandante 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 nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS”*, *“Inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS”*, *“Prescripción”*, *“Buena fe”* e *“Innominada o genérica”*.

El fondo privado de pensiones Protección S.A. contestó el libelo introductorio -archivo 25 carpeta primera instancia- manifestando que, a pesar de que el cambio de régimen pensional del señor Gustavo Adolfo Marín Marmolejo no se surtió con esa sociedad, sino con la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A., lo cierto es que se opone a la prosperidad de la totalidad de las pretensiones elevadas por él, ya que ese acto jurídico cumplió con el lleno de los requisitos exigidos en la ley, como se desprende del respectivo formulario de afiliación; agregando que, conforme con los movimientos ejecutados por él al interior del RAIS, se configuraron los actos de relacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia. Propuso las excepciones de *“Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir”*, *“Buena fe”*, *“Prescripción”* e *“Innominada o genérica”*.

El fondo privado de pensiones Colfondos S.A. contestó la demanda -archivo 26 carpeta primera instancia- expresando que se opone a la prosperidad de las declaraciones y condenas en las que se involucre a esa sociedad, especialmente la correspondiente a la declaratoria de ineficacia del movimiento que se ejecutó por

parte del afiliado hacía ese fondo privado de pensiones, ya que esa entidad cumplió con los requisitos que la ley exigía. Planteó las excepciones de fondo que denominó *“Inexistencia de la obligación”, “Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Buena fe”, “Innominada o genérica”, “Ausencia de vicios del consentimiento”, “Validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad”, “Ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A.”, “Prescripción de la acción para solicitar la nulidad de la afiliación” y “Compensación y pago”*.

En sentencia de 6 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 Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. no cumplió con la carga probatoria que le incumbía en este proceso, al verificar que no le brindó la totalidad de la información que debía ponerle de presente al señor Gustavo Adolfo Marín Marmolejo, 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 16 de noviembre de 1995, así como la ineficacia de los movimientos ejecutados al interior de ese régimen pensional; 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., al que se encontraba vinculado actualmente, 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 a los fondos de pensiones accionados a reintegrar, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores que fueron descontados al afiliado durante su permanencia en cada una de esas entidades y que estuvieron dirigidos a cancelar los gastos de administración, las primas de los

seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como las sumas destinadas a financiar la garantía de pensión mínima.

Al considerar que con el traslado entre regímenes pensionales se pudo generar a favor del actor un bono pensional tipo A, le ordenó a la AFP Porvenir S.A., en la que se encontraba vinculado actualmente, que, en caso de que se haya efectuado la redención anticipada de ese título de deuda pública a favor de la cuenta de ahorro individual del demandante, proceda a restituir la suma pagada por ese concepto a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, monto que deberá estar debidamente indexado al momento del pago, actualización que está a cargo de su propio patrimonio.

A renglón seguido, ordenó comunicar la decisión a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con la finalidad de que a través de trámites internos y canales institucionales ejecute todas las acciones a que haya lugar para dejar las cosas en el estado en el que se encontraban antes de que se produjera el traslado del accionante del RPMPD al RAIS, procediendo, entre otros asuntos, a anular o dejar sin vigencia el bono pensional que se hubiere generado en favor del señor Gustavo Adolfo Marín Marmolejo y que tenía como fecha de redención normal el 29 de octubre de 2024, cuando él cumple los 62 años.

Finalmente, condenó en costas procesales a los fondos privados de pensiones Porvenir S.A, Protección S.A. y Colfondos S.A. en un 100%, a favor de la parte actora.

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

El apoderado judicial del fondo privado de pensiones Porvenir S.A. sostiene que la declaratoria de ineficacia del traslado efectuado por el señor Gustavo Adolfo Marín

Marmolejo del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad no trae como consecuencia económica la devolución de los dineros que fueron cobrados por concepto de gastos de administración, en consideración a que esos dineros fueron cobrados por ministerio de la ley, tanto así que gracias a la gestión de Porvenir S.A. al frente de la cuenta de ahorro individual del afiliado, se logró recaudar a su favor excelentes rendimientos financieros que componen una porción importante de los dineros que se encuentran en su cuenta; añadiendo que lo mismo sucede con el cobro de los dineros para los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, ya que ellos se realizan por ministerio de la ley para cubrir a los afiliados frente a los riesgos de invalidez, vejez y muerte; por lo que su devolución a cargo del patrimonio del fondo privado de pensiones constituye un detrimento patrimonial para Porvenir S.A. y un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones. Finalmente, como las actuaciones de esa entidad se han ceñido al estricto cumplimiento de la ley, en aplicación del principio de la buena fe, considera que tampoco hay lugar a que se emita condena en costas procesales en su contra.

La apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones argumenta que en este caso no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda, dado que en el proceso quedó demostrado que el cambio de régimen pensional ejecutado por el señor Gustavo Adolfo Marín Marmolejo se hizo bajo el estricto cumplimiento de la ley, tal y como se soporta con la suscripción del correspondiente formulario de afiliación; sin que se haya acreditado en el plenario la configuración de uno de los vicios del consentimiento como se alega en la acción. Tampoco es posible que se ordene el retorno del demandante al régimen de prima media con prestación definida, dado que el afiliado se encuentra incurso 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.

Es que, lo que realmente se evidencia en este caso, es una inconformidad de tipo económico, por lo que la acción que resuelve estos eventos no es la de ineficacia

del traslado, sino la resarcitoria de perjuicios prevista en el artículo 10 del decreto 720 de 1994.

Finalmente solicita que, en caso de que se resuelva desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, no se emita condena por concepto de costas procesales, ya que dicha entidad actúa en el proceso salvaguardando el interés público.

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, únicamente la Administradora Colombiana de Pensiones y la parte actora 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, las argumentaciones expuestas por la Administradora Colombiana de Pensiones coinciden con las emitidas en la sustentación del recurso de apelación; mientras que los narrados por la parte actora se circunscriben en solicitar la confirmación integral 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.

Ahora, en caso de que se confirme la decisión de primera instancia, solicita que se emita condena en contra de la AFP Porvenir S.A. consistente en cancelar a favor de Colpensiones a título de sanción, una suma de dinero por concepto de cálculo actuarial que contenga el valor de las eventuales mesadas pensionales que podría devengar el actor en el régimen de prima media con prestación definida, teniendo en cuenta la expectativa de vida del demandante y sus beneficiarios.

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 Gustavo Adolfo Marín Marmolejo al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada el 16

de noviembre de 1995 a través de la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A., así como la ineficacia de los movimientos ejecutados al interior del RAIS?

¿Con la permanencia del afiliado en el RAIS durante más de veinte años, así como con los movimientos ejecutados al interior de ese régimen pensional, 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 al apoderado judicial de la AFP Porvenir S.A. cuando afirma que no es procedente ordenarle a esa entidad que restituya los dineros que fueron cobrados al actor por concepto de gastos de administración y 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 este próximo a arribar a la edad mínima de pensión prevista en el régimen de prima media con prestación definida?

¿Hay lugar a absolver al fondo privado de pensiones Porvenir S.A. de la condena en costas procesales en primera instancia?

¿Le asiste razón a la Administradora Colombiana de Pensiones cuando afirma que no hay lugar a emitir condena por concepto de costas procesales en segunda 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</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del</i>

	a dar información	deber de información
<i>Deber de información</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	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>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
<i>Deber de información, asesoría,</i>	<i>Ley 1748 de 2014</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el</i>

buen consejo y doble asesoría.	Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	derecho a obtener asesoría de los representante s de ambos régimenes pensionales.
---	---	--

3. La suscripción del formulario de afiliación.

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

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

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

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

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante

*puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

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

4. Carga de la prueba.

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

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

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

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

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

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

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

“Conviene recordar que, más allá de los posibles debates dirigidos a evidenciar un engaño de las administradoras de pensiones respecto de los afiliados con el fin de conseguir un traslado de régimen, lo que aquí realmente tiene importancia y se convierte en el eje central de la controversia es la asimetría de la información.”.

Y más adelante continuó expresando:

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

*Dichos comportamientos o **actos de relacionamiento**, en los casos de afiliación, pueden verse traducidos en acciones concretas de los afiliados tales*

como presentar solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros. Así lo ha establecido esta Corporación en el fallo CSJ SL413-2018, en donde dijo que,

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

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

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

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

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

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

Lo anterior, puesto que a través de los actos de relacionamiento que quedaron plenamente acreditados dentro del proceso, esto es, el traslado horizontal constante entre administradoras de pensiones dentro del Régimen de Ahorro Individual, la información, aunque parcial, dio cada uno de los fondos y el

regreso permanente a la primera entidad elegida, se puede razonablemente entender la vocación que tenía la accionante de permanecer vinculada en el Régimen de Ahorro y, sobre todo, de no retornar a Colpensiones pese a las prerrogativas con las que allí inicialmente contaba.

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

CASO CONCRETO

Conforme se expuso en el primer punto del fundamento jurisprudencial, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene definido que la acción que se debe estudiar cuando se reclama la ausencia total o parcial del deber de información por parte de los fondos privados de pensiones, no es otra que la ineficacia del acto jurídico que permitió el traslado entre regímenes pensionales, por lo que al haber orientado 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 realizada por el señor Gustavo Adolfo Marín Marmolejo ante el fondo privado de pensiones Horizonte S.A hoy Porvenir S.A. el 16 de noviembre de 1995 -pág.48 archivo 10 carpeta primera instancia- el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, sin embargo, el actor inicia la presente acción al considerar que el cambio de régimen pensional, 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 Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. -quien tiene la carga probatoria en este tipo de procesos (como se explicó en el punto cuatro del fundamento jurisprudencial)-, cumplió con el deber legal de información que le correspondía para el 16 de noviembre de 1995 (primera etapa).

En lo que concierne al formulario de afiliación, más allá de que en dicho documento se evidencia la rúbrica del señor Luis Vicente Mora Rebolledo en la casilla denominada “*Voluntad de Selección y Afiliación*” en la que se hace constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la efectúa de manera libre, espontánea y sin presiones, y que los datos proporcionados son verdaderos; lo cierto es que, según lo dice la Sala de Casación Laboral, esa prueba no resulta suficiente para tener por demostrado el deber de información, pues, como mucho, demuestra un consentimiento, pero no informado.

Ahora, en el interrogatorio de parte, el señor Gustavo Adolfo Marín Marmolejo informó que actualmente se encuentra activo como cotizante en su calidad de trabajador independiente como médico veterinario zootecnista.

En torno al momento en que se produjo el cambio de régimen pensional el 16 de noviembre de 1995, sostuvo que los asesores privados de pensiones Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. visitaron las instalaciones de la empresa en la que prestaba sus servicios en ese momento y, en una reunión colectiva, les dijeron que el Instituto de Seguros Sociales, en el que él estaba afiliado en materia de pensiones, iba a desaparecer y con él los aportes realizados al sistema general de pensiones, razón por la que les manifestaron que debían afiliarse al régimen de ahorro individual con solidaridad por medio de ese fondo privado de pensiones, asegurándoles que ese era el mejor camino que podían tomar; pero no se les explicó nada sobre las consecuencias reales que conllevaba tomar esa decisión; finalmente sostuvo que cuando ejecutó los movimientos en el RAIS, tampoco se le brindó información sobre

las consecuencias de continuar afiliado en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

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 Gustavo Adolfo Marín Marmolejo, ni de ninguna de las pruebas allegadas al plenario se desprende el cumplimiento del deber legal de información por parte de la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. para el 16 de noviembre de 1995, 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 se movilizó al interior del RAIS, estando actualmente vinculado a la AFP Porvenir S.A y ha permanecido afiliado 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 Gustavo Adolfo Marín Marmolejo 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 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 16 de noviembre de 1995 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 16 de noviembre de 1995, indefectiblemente, conforme con lo sentado por la Corte Suprema de Justicia, no queda otro camino que confirmar la decisión emitida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito, consistente en declarar la ineficacia del acto jurídico por medio del cual el accionante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 16 de noviembre de 1995, así como la ineficacia de cada uno de los movimientos realizados por él al interior de ese régimen pensional, por lo que todos los actos ejecutados en el RAIS carecen de validez; quedando válida y vigente la afiliación primigenia efectuada por el señor Gustavo Adolfo Marín Marmolejo al RPMPD administrado actualmente por la Administradora Colombiana de Pensiones, como correctamente lo definió la *a quo*.

Así las cosas, al no tener ningún efecto jurídico el cambio de régimen pensional y el movimiento efectuado por el señor Gustavo Adolfo Marín Marmolejo, ni ninguno de los actos ejecutados al interior del RAIS, correcta resultó la decisión de condenar a la AFP Porvenir S.A., al que se encontraba afiliado en la actualidad, 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 a cada uno de los fondos privados de pensiones accionados.

Bajo esa misma óptica, es del caso recordar que el cambio de régimen pensional 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 los fondos privados de pensiones Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A., Protección S.A., Colfondos S.A. y 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 cada una de esas entidades 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 hacía el régimen de ahorro individual con solidaridad el 16 de noviembre de 1995 y al haber cotizado el accionante más de 150 semanas al RPMPD antes de que se produjera el traslado al RAIS, más concretamente 439,29 semanas de cotización, como se constata con la información inmersa en la historia laboral emitida por Colpensiones -págs.61 a 65 archivo 08 carpeta primera instancia-, se generó en ese

momento un bono pensional tipo A en favor del Gustavo Adolfo Marín Marmolejo al cumplirse con los requisitos previstos en el artículo 115 de la ley 100 de 1993.

Ahora, conforme con la información suministrada por el fondo privado de pensiones Porvenir S.A. en los documentos arrimados al plenario en el archivo 10 de la carpeta de primera instancia, se evidencia que durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado al RAIS no se ha redimido de manera anticipada el bono pensional que se constituyó a su favor, en consideración a que él no ha elevado solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez en el RAIS de manera anticipada.

Conforme con lo antes expuesto, al no haberse redimido anticipadamente el bono pensional que se emitió a favor del señor Gustavo Adolfo Marín Marmolejo no era procedente ordenarle a la AFP Porvenir S.A. que devolviera un dinero que no ha entrado a la cuenta de ahorro individual del actor, como erradamente lo ordenó la falladora de primera instancia, motivo por el que se revocará dicha decisión.

Ahora, como la declaratoria de ineficacia trae como consecuencia que las cosas se reestablezcan al estado en el que se encontraban antes del momento en que se produjo el traslado al RAIS, correcta resultó la decisión de la *a quo* consistente en comunicar la decisión adoptada en el proceso a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que, en un trámite interno y a través de canales institucionales, ejecute todas las acciones a que haya lugar para dejar las cosas en el estado en el que se encontraban antes de que se ejecutara el cambio de régimen pensional del afiliado, procediendo, entre otras cosas y de ser el caso, a anular o dejar sin vigencia el bono pensional que se generó a favor del señor Gustavo Adolfo Marín Marmolejo, aplicando con ello lo previsto en el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995 modificado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 hoy recopilado en el Decreto 1833 de 2016.

En torno al hecho consistente en que el accionante se encuentra a menos de diez años de arribar a la edad mínima de pensión en el RPMPD, al haber nacido el 29 de

octubre de 1962 como se ve en la copia de su cédula de ciudadanía -pág.6 archivo 03 carpeta primera instancia-, 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.

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 la Administradora Colombiana de Pensiones y el fondo privado de pensiones Porvenir S.A. en un 100%, en 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. REVOCAR el ordinal QUINTO de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito, al resultar **IMPROCEDENTE** la orden emitida por la *a quo* consistente en ordenarle a la AFP PORVENIR S.A. que proceda a restituir una suma de dinero que no recibió, ya que no hubo redención anticipada del bono pensional tipo A que se generó a favor del demandante.

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%, en 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: **ce26489e1a8e777b7c59443f65b5d9555cfe72fa8b157907ceeb63a661d1b2a0**

Documento generado en 30/08/2023 07:05:19 AM

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