

**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. Así mismo, el agente del Ministerio Público emitió su concepto sobre el caso.

Pereira, 6 de septiembre de 2023.

**DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ**

Secretario

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

**PEREIRA, VEINTICINCO DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTITRÉS**

Acta de Sala de Discusión No 147 de 18 de septiembre 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 Quinto Laboral del Circuito el 11 de mayo de 2023, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de COLPENSIONES, dentro del proceso promovido por la señora **MARTHA LUCÍA AMAYA GÓMEZ**, cuya radicación corresponde al N°66001310500520210012801.

### **AUTO**

Por medio de escrito remitido el 5 de julio 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 5 de julio de 2023 cuando se radicó el poder conferido 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 conferido.

### **ANTECEDENTES**

Pretende la señora Martha Lucía Amaya Gómez que la justicia laboral acceda a la ineficacia de la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad el 14 de diciembre de 1994 a través de la AFP 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, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas procesales a su favor.

Refiere que: Nació el 30 de agosto de 1960; después de afiliarse al régimen de prima media con prestación definida a través del Instituto de Seguros Sociales el 13 de junio de 1983, decidió trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad el 14 de diciembre de 1994 a través de la AFP 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, viciándose de esa manera su consentimiento.

El 22 de febrero de 2021, ante solicitud elevada por ella, la Administradora Colombiana de Pensiones negó su retorno al RPMPD, argumentando que se encontraba inmersa en la prohibición legal prevista en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003.

La demanda fue admitida en auto de 13 de diciembre de 2021 -archivo 09 carpeta primera instancia-.

La Administradora Colombiana de Pensiones contestó la acción -archivo 10 carpeta primera instancia- manifestando que el acto jurídico que significó el traslado de la señora Martha Lucía Amaya Gómez del RPMPD al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. en el año 1994 cumplió con el lleno de los requisitos exigidos en la ley para la época; añadiendo que en caso de que se hubiere configurado la presunta nulidad alegada en la demanda, ella se saneó por el paso del tiempo como lo determina el artículo 1750 del código civil; aclarando que de todas maneras no es posible que la actora regrese al RPMPD, por cuanto ella se encuentra inmersa en la prohibición legal prevista en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003. Se opuso a las pretensiones elevadas por la accionante y formuló las excepciones de mérito que denominó “*Validez de la afiliación al RAIS*”, “*Saneamiento de una presunta nulidad*”, “*Prescripción*”, “*Imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal*”, “*Buena fe*”, “*Imposibilidad de condena en costas*” y “*Declaratoria de otras excepciones*”.

Por su parte, el fondo privado de pensiones Porvenir S.A. respondió el libelo introductorio -archivo 12 carpeta primera instancia- aceptando que la demandante suscribió formulario de afiliación con esa entidad el 14 de diciembre de 1994, con el que se materializó el traslado del RPMPD al RAIS, asegurando que el cambio de régimen pensional cumplió con la totalidad de los requisitos exigidos en la ley,

motivo por el que no es dable acceder a las pretensiones elevadas por la actora y por tanto se opuso a su prosperidad. Planteó como excepciones de mérito las que denominó *“Validez y eficacia de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento”*, *“Inexistencia de la obligación de trasladar la comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS”*, *“Inexistencia de la obligación de trasladar el pago al seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS”*, *“Prescripción”*, *“Buena fe”* e *“Innominada o genérica”*.

En sentencia de 11 de mayo 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 a la señora Martha Lucía Amaya Gómez, 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 14 de diciembre de 1994; y, en consecuencia, declaró válida y vigente la afiliación primigenia efectuada al régimen de prima media con prestación definida por medio del ISS, administrado actualmente por Colpensiones.

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

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

Ante la posibilidad de que se haya emitido y redimido un bono pensional a favor de la actora, le ordenó a la AFP Porvenir S.A. que, en caso de haber recibido el pago de ese título de deuda pública, proceda a restituir la suma pagada a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, monto que deberá estar debidamente indexado, indicando que dicha actualización corre por cuenta de los propios recursos de la AFP Porvenir S.A.

A renglón seguido, ordenó comunicar la decisión a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con la finalidad de que tenga conocimiento de la decisión adoptada en el proceso y para 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 de la accionante del RPMPD al RAIS.

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

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

La apoderada judicial de la AFP Porvenir S.A. sostuvo que en este caso no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda, en consideración a que en el plenario quedó demostrado que esa entidad cumplió con el deber legal de información para el momento en que se produjo el cambio de régimen pensional por parte de la actora; añadiendo que tampoco resulta procedente la acción de ineficacia interpuesta por la señora Martha Lucía Amaya Gómez, ya que cuando se alega la falta de cumplimiento del deber de información, la acción que procede es la resarcitoria de perjuicios prevista en el decreto 720 de 1994, tal y como lo sostiene una parte de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira.

En caso de que no se acojan esos argumentos y se confirme la declaratoria de ineficacia, considera que la única consecuencia que se deriva de tal situación, es que se restituyan los dineros provenientes de las cotizaciones o aportes al sistema general de pensiones, pues los demás emolumentos fueron realizados en virtud a la afiliación de la actora al RAIS que con esa declaratoria pierde todos sus efectos; agregando que la restitución de los demás dineros configuran un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones y un detrimento patrimonial para el fondo privado de pensiones accionado; acotando que con la restitución de los rendimientos financieros y la orden de indexar algunos rubros, se está castigando doblemente a la AFP Porvenir S.A.

Tampoco hay lugar a la imposición de costas procesales, ya que Porvenir S.A. ha actuado bajo el estricto cumplimiento de la ley en aplicación del principio de la buena fe.

La apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones manifiesta que en el plenario quedó demostrado que el traslado de la actora del RPMPD al RAIS en el año 1994 cumplió con el lleno de los requisitos exigidos en la ley, por lo que ese acto jurídico se reputa válido y eficaz conforme con lo previsto en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993. Así mismo, afirma que en el curso del proceso quedaron demostrados los actos de relacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia, ya que la demandante ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS con las cotizaciones realizadas a través de él durante más de veinte años.

De otro lado, tampoco es posible que la demandante retorne al RPMPD, dado que ella se encuentra inmersa en la prohibición legal establecida en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003; indicando además que la actora no hizo uso en tiempo de las herramientas legales para regresar en tiempo al régimen de prima media con prestación definida.

Adicionalmente sostiene que Colpensiones es una tercera que no tuvo nada que ver en el acto jurídico que se alega ineficaz, razón por la que esa entidad no puede verse afectada con el resultado del proceso.

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 allí esgrimidos por las entidades recurrentes coinciden con los expuestos en la sustentación de los recursos de apelación; mientras que los emitidos por la parte actora se circunscriben en solicitar la confirmación integral de la sentencia de primer grado.

### **CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Ministerio Público por medio del Procurador 25 Judicial II para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social con sede en Pereira, emitió su concepto frente al caso, sosteniendo que, de acuerdo con la línea jurisprudencial que sobre el tema ha construido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la AFP Protección S.A. no cumplió con el deber legal de asesoría que le asistía con la señora Carolina Ortiz Ortiz, razón por la que considera que hay lugar a acceder a las pretensiones de la acción y por consiguiente confirmar la sentencia proferida por el *a quo*.

### **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 de la señora Martha Lucía Amaya Gómez al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada el 14 de diciembre de 1994?***

***¿Con la permanencia de la afiliada en el RAIS durante más de veinte años en 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?***

***¿Tiene razón el fondo privado de pensiones recurrente cuando afirma que no es jurídicamente viable condenarla a restituir a favor de Colpensiones la totalidad de los dineros definidos por la a quo?***

***¿Acredita la señora Martha Lucía Amaya Gómez 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 la afiliada haya arribado a la edad mínima de pensión prevista en el régimen de prima media con prestación definida?***

***¿Hay lugar a exonerar al fondo privado de pensiones Porvenir S.A. de la condena emitida en su contra por concepto de costas procesales?***

Con el propósito de dar solución a los interrogantes en el caso concreto, la Sala considera necesario precisar, el siguiente:

## **FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL**

**1. Análisis jurídico que debe abordar el juez cuando se alega ausencia de información parcial o total por parte de las administradoras en los traslados entre regímenes pensionales.**

En sentencia STL4759 de 22 de julio de 2020, la Sala de Casación Laboral indicó:

*“En el caso bajo estudio, se hace necesario precisar, que en reiterada jurisprudencia esta Sala de Casación Laboral ha dejado clara su postura al indicar que la elección a cualquiera de los dos regímenes pensionales existentes, **debe estar precedida de una decisión libre y voluntaria, de suerte que las administradoras de pensiones tienen el deber de brindar a sus afiliados una asesoría que les permita tener los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión tomada al momento del traslado, sin importar si la persona es o no beneficiaria del régimen de transición, o si está próximo a pensionarse.**”* (Negrillas fuera de texto).

Y más adelante reiteró:

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

## **2. Sobre el deber de información.**

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

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

<b><i>Etapas acumulativas</i></b>	<b><i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones</i></b>	<b><i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i></b>
-----------------------------------	---	---

	<b>a dar información</b>	
<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 un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</p>
<i>Deber de información, asesoría,</i>	<p>Ley 1748 de 2014</p>	<p>Junto con lo anterior, lleva inmerso el</p>

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

### 3. La suscripción del formulario de afiliación.

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

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

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

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

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

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

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

#### **4. Carga de la prueba.**

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

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

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

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

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

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

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

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

Y más adelante continuó expresando:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## **CASO CONCRETO**

Conforme se expuso en el primer punto del fundamento jurisprudencial, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene definido que la acción que se debe estudiar cuando se reclama la ausencia total o parcial del deber de información por parte de los fondos privados de pensiones, no es otra que la ineficacia del acto jurídico que permitió el traslado entre regímenes pensionales, por lo que al haber orientado la actora la demanda en ese sentido, por imperativo jurisprudencial, lo que corresponde es analizar el caso en la forma determinada por la Corte Suprema de Justicia, esto es, si el cambio de régimen pensional de la demandante se dio en términos de eficacia, como correctamente lo abordó la funcionaria de primera instancia.

Resuelto lo anterior, se tiene entonces que con la solicitud de vinculación N°371507 -pág.11 archivo 04 carpeta primera instancia-, la señora Martha Lucía Amaya Gómez se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad el 14 de diciembre de 1994 cuando se vinculó a la AFP Porvenir S.A., sin embargo, la 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 la demandante, se procederá a verificar, siguiendo, única y exclusivamente las reglas jurisprudenciales expuestas anteriormente, si la AFP Porvenir S.A. -quien tiene la carga probatoria en este tipo de procesos (como se explicó en el punto cuatro del fundamento jurisprudencial)-, cumplió con el deber legal de información que le correspondía para el 14 de diciembre de 1994 (primera etapa).

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

Ahora, en el interrogatorio de parte, la señora Martha Lucía Amaya Gómez informó que actualmente se encuentra activa como cotizante en el sistema general de pensiones, al prestar sus servicios a favor de la Fiscalía General de la Nación.

En torno al momento en que se ejecutó el traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, sostuvo que antes de suscribir el formulario de afiliación que la vinculó a la AFP Porvenir S.A., un asesor comercial de esa entidad les dijo que el Instituto de Seguros Sociales iba a desaparecer y que en consecuencia los aportes efectuados allí se encontrarían en riesgo, asegurándole que su mejor opción era afiliarse al régimen de ahorro individual con solidaridad por medio de Porvenir S.A., quien llegado el momento, le otorgaría una pensión de vejez que sería equivalente a más del doble de la mesada que se le otorgaría en el régimen de prima media con prestación definida; sin embargo, no se le hizo una exposición sobre las demás ventajas, pero sobre todo las desventajas que conllevaba trasladarse del RPMPD al RAIS.

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, cabe concluir que, ni del formulario de afiliación ni del interrogatorio de parte absuelto por la señora Martha Lucía Amaya Gómez, 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 14 de diciembre de 1994, sin que tampoco exista prueba en el plenario que acredite que la asimetría en la información que se produjo en ese momento dejó de prolongarse con el paso de los años, pues a pesar de que la accionante permaneció afiliada al RAIS por más de veinte años, realizando cotizaciones al sistema general de pensiones a través de él; lo cierto es que esos hechos no demuestran per se los actos de relacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia, pues como ya se ha dicho, lo importante es que durante ese periodo en el que los afiliados permanecen en el RAIS desaparezca por completo esa asimetría en la información que nace con el acto jurídico que materializa el cambio de régimen pensional, lo cual no aconteció en el presente asunto.

Es que, nótese que en este caso no se configuraron los actos de relacionamiento de los que habla la Sala de Casación Laboral, ya que no existen pruebas en el proceso que demuestren que la señora Martha Lucía Amaya Gómez fue conociendo paulatinamente la totalidad de las características de cada uno de los regímenes pensionales que componen el sistema general de pensiones, pues por ejemplo no quedó probado en el plenario que la actora tuviera el conocimiento de cuáles son los requisitos necesarios para pensionarse en el RAIS 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 ella se le hizo la reasesoría antes de cumplir los 47 años, con el fin de que se le pusiera de presente su situación pensional y se le aconsejara a cuál de los dos regímenes pensionales le convenía estar afiliada**; omisiones éstas que demuestran que en este caso no se produjeron esos actos de relacionamiento, por cuanto la asimetría de la información que se produjo el 14 de diciembre de 1994 no desapareció mientras la accionante estuvo vinculada al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Por lo expuesto, al no quedar probado en el proceso que a la accionante se le brindó la información que por ley correspondía y mucho menos que se presentaron actos de relacionamiento que hicieron desaparecer la asimetría en la información que se produjo el 14 de diciembre de 1994, indefectiblemente, conforme con lo sentado por la Corte Suprema de Justicia, no queda otro camino que confirmar la decisión emitida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito, consistente en declarar la ineficacia del acto jurídico por medio del cual la accionante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 14 de diciembre de 1994, por lo que todos los actos ejecutados en el RAIS carecen de validez; quedando válida y vigente la afiliación primigenia efectuada por la señora Martha Lucía Amaya Gómez al RPMPD administrado actualmente por la Administradora Colombiana de Pensiones, como correctamente lo definió la *a quo*.

Al no tener ningún efecto jurídico el cambio de régimen pensional y los movimientos efectuados por la señora Martha Lucía Amaya Gómez, ni ninguno de los actos ejecutados al interior del RAIS, se condenará a la AFP Porvenir S.A. a restituir el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la afiliada proveniente de las cotizaciones efectuadas al sistema general de pensiones junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado, tal y como lo ha sentado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las providencias relacionadas a lo largo de la presente providencia, como correctamente lo definió la *a quo*.

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 al fondo privado de pensiones Porvenir S.A. a reintegrar a la Administradora Colombiana de Pensiones, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores que fueron cobrados a la actora durante su permanencia en esa entidad y que estuvieron destinados a cancelar las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como los valores destinados a financiar la garantía de pensión mínima; sin que con esa decisión se esté afectando los intereses de terceros que no asistieron al proceso (aseguradoras y reaseguradoras), pues precisamente la orden dirigida en ese sentido lo que lleva es a que los fondos privados de pensiones respondan con su patrimonio por las deficiencias en que incurrieron al momento de efectuar la vinculación de los afiliados.

Al haber operado un traslado desde el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 14 de diciembre de 1994, existe la posibilidad de que se haya generado un bono pensional a favor de la señora Martha Lucía Amaya Gómez, como en su momento lo anunció la funcionaria de primera instancia; pero, al verificar la información contenida en las historias laborales allegadas por Colpensiones y Porvenir S.A., en conjunto con documento emitido por la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se arriba a la conclusión consistente en que el cambio de régimen pensional que ejecutó la señora Amaya Gómez no generó a su favor un bono pensional, como pasa a explicarse.

En la historia laboral allegada por la Administradora Colombiana de Pensiones - págs.423 a 426 archivo 10 carpeta primera instancia- se registra que la señora Martha Lucía Amaya Gómez cotizó un total de 8.86 semanas al régimen de prima media con prestación definida antes de trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad; pero, en la historia laboral expedida por el fondo privado de pensiones Porvenir S.A. -págs.65 a 79 archivo 12 carpeta primera instancia- se informa que aún

se encuentran por consolidar en la historia laboral de la actora un total de 117,8 semanas cotizadas antes del 14 de diciembre de 1994, información ésta que coincide con el documento emitido por la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público - págs.80 a 83 archivo 12 carpeta primera instancia- en el que se informa que aun faltan por ratificar 117,86 semanas de cotización aparentemente realizadas por la señora Amaya Gómez antes de que se produjera su cambio de régimen pensional, ya que las mismas aun no han sido debidamente certificadas por el supuesto empleador; es decir que, en caso de que se ratifique la cotización de esas 117,86, las mismas deberán sumarse a las 8,86 que efectivamente reporta Colpensiones en la historia laboral, generándose en favor de la demandante un total de 126,72 semanas que no serían suficientes para haber generado a su favor un bono pensional tipo A modalidad 2 al momento en que se produjo el cambio de régimen pensional, ya que el parágrafo del artículo 115 de la ley 100 de 1993 exige 150 semanas de cotización en el ISS o las cajas o fondos de previsión del sector público, para que, con el cambio de régimen pensional, se genere bono pensional tipo A en favor del afiliado, lo que no acontece en este evento.

De allí que, al no haberse generado bono pensional a favor de la señora Martha Lucía Amaya Gómez con el cambio de régimen pensional que efectuara el 14 de diciembre de 1994, no era procedente condenar a la AFP Porvenir S.A. a restituir una suma de dinero que no entrado a la cuenta de ahorro individual de la demandante y por consiguiente tampoco procedía remitir comunicación a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, ya que el resultado del proceso no tiene ninguna incidencia respecto de dicha entidad; lo que lleva a que la Sala revoque los ordinales cuarto y quinto de la sentencia de primer grado.

En torno al hecho consistente en que la accionante arribó a la edad mínima de pensión en el RPMPD, al haber nacido el 30 de agosto de 1960 como se aprecia en la copia de su cédula de ciudadanía -pág.1 archivo 04 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 carezcan de validez, lo que lleva a que las cosas se reestablezcan al estado en el que se encontraban, es decir, que al no haberse consumado legalmente el cambio de régimen pensional, el mismo no tiene validez y por tanto la demandante siempre ha estado afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por Colpensiones, lo que muestra que de ninguna manera se está ordenando un nuevo traslado entre regímenes pensionales y por tanto no se transgrede la prohibición legal prevista en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

Respecto a la condena en costas emitida en el curso de la primera instancia en contra del fondo privado de pensiones Colfondos 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, en favor de la demandante.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO. REVOCAR** los ordinales CUARTO y QUINTO de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito, al resultar **IMPROCEDENTE** las órdenes emitidas por la *a quo* consistentes en ordenarle a la AFP PORVENIR S.A. que proceda a restituir una suma de dinero que no recibió, ya que no hubo se generó bono pensional tipo A en favor de la demandante; y por ende tampoco procede la comunicación de la decisión a la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, ya que el resultado del proceso no tiene ninguna incidencia respecto de dicha entidad.

**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, 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

Martha Lucía Amaya Gómez Vs Colpensiones y otra. Rad. 66001310500520210012801

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 Goetz 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: **82faf1c345cf2d2f610040adfbec5dcd28d07630af31274a3b8792bd4801ac50**

Documento generado en 25/09/2023 07:29:38 AM

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