

Constancia Secretarial: vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 22 de abril de 2021, la totalidad de los intervinientes remitieron en término los alegatos de conclusión al correo institucional, tal y como se ve en las constancias de recepción que obran en el expediente digitalizado, y el Ministerio Público decidió presentar su concepto.

Pereira, 11 de mayo de 2021.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ
Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
PEREIRA, DIECINUEVE DE MAYO DE DOS MIL VEINTIUNO
Acta de Sala de Discusión No 076 de 18 de mayo de 2021

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 febrero de 2021, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de COLPENSIONES, dentro del proceso promovido por la señora **PATRICIA ARCILA RAMÍREZ**, cuya radicación corresponde al N°66001310500520180018901.

Se reconoce personería para actuar dentro del proceso de la referencia a la doctora PAULA ANDREA MURILLO BETANCUR, como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones, en los términos y para los efectos del memorial de sustitución de poder que fue allegado al correo institucional el pasado 28 de abril de 2021, incluido debidamente en el expediente digitalizado.

ANTECEDENTES

Pretende la señora Patricia Arcila Ramírez que la justicia laboral declare la nulidad de la afiliación efectuada el 30 de enero de 2002 al régimen de ahorro individual con solidaridad 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 demandado a girar la totalidad de los emolumentos a que haya lugar, además de las costas procesales a su favor.

Refiere que: se afilió al régimen de prima media con prestación definida el 9 de julio de 1987 a través del extinto Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones; el 30 de enero de 2002 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la afiliación efectuada al fondo privado de pensiones accionado; antes de suscribir el formulario de afiliación que produjo su cambio entre regímenes pensionales, los asesores comerciales de la sociedad demandada le aseguraron que el régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS iba a desaparecer, por lo que debía afiliarse al RAIS; que en ese régimen pensional se iba a pensionar anticipadamente y con una mesada pensional mucho más alta que aquella que podría devengar en el RPM; así mismo que el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual podía pasar a manos de sus herederos hasta el quinto grado de consanguinidad en caso de fallecimiento; también se le dijo que, de no querer reclamar la pensión de vejez, podía solicitar la devolución del capital ahorrado en su cuenta de ahorro individual junto con el bono pensional; el 21 de marzo de 2018 se le informó que en su cuenta de ahorro individual tenía acumulados \$158.120.048, producto de 1168 semanas cotizadas; en ese mismo documento se le dijo que podría pensionarse a los 57 años de edad con una mesada de salario mínimo; en caso de que se encontrara en el RPM, la pensión de vejez a la que podría acceder a esa misma edad equivaldría a la suma de \$3.296.500; en el mes de abril de 2018 la Administradora Colombiana de Pensiones negó el retorno al RPM solicitado por ella, expresándosele que se encontraba a menos de 10 años de cumplir la edad mínima de pensión en ese régimen pensional.

Al dar respuesta a la acción -pag.97 a 108- la Administradora Colombiana de Pensiones se opuso a la totalidad de las pretensiones, afirmando que la señora Patricia Arcila Ramírez se afilió voluntariamente el régimen de ahorro individual con solidaridad el 30 de enero de 2002, cumpliéndose con la totalidad de los requisitos exigidos en la Ley para esa época, razón por la que ese acto jurídico se reputa válido como se acredita con la suscripción del formulario de afiliación; acotando que, en caso de que se hubiere configurado la nulidad relativa alegada en la demanda, ella se saneó por el paso del tiempo como lo determina el artículo 1750 del Código Civil. Finalmente sostiene que en este caso no se puede ordenar

el traslado de la accionante al RPM por cuanto ella se encuentra en la prohibición legal establecida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003. Formuló las excepciones de mérito que denominó *“Inexistencia de la obligación”, “Prescripción”, “Imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal”, “Buena fe” e “Imposibilidad de condena en costas”*.

Por su parte, la AFP Porvenir S.A. al contestar la demanda -pag.170 a 204- se opuso también a la totalidad de las pretensiones, manifestando que de acuerdo con los acontecimientos de la afiliación de la señora Arcila Ramírez al RAIS, la suya fue una vinculación ajustada a derecho en la medida en que su voluntad fue totalmente consiente del acto del traslado en cuanto a sus consecuencias jurídicas, por cuanto ella nunca fue víctima de la inducción de error que se proclama en el libelo introductorio; pero que, en caso de haberse producido, ya se saneó por el paso del tiempo. Planteó las excepciones de fondo de *“Genérica o innominada”, “Prescripción”, “Buena fe”, “Compensación”, “Exoneración de condena en costas”, “Inexistencia de la obligación”, “Falta de causa para pedir”, “Falta de legitimación en la causa y/o ausencia de personería sustantiva por pasiva de mi representada”, “Inexistencia de la fuente de la obligación”, “Inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad”, “Ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados por parte de esta entidad llamada a juicio” y “Afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado”*.

En sentencia de 11 de febrero de 2021, la funcionaria de primer grado, luego de exponer ampliamente la jurisprudencia que sobre el tema ha emitido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y después de aplicarla en su integridad al caso en concreto, concluyó que el fondo privado de pensiones Porvenir S.A. no cumplió con la carga probatoria que le correspondía, por cuanto no quedó demostrado en el proceso que le haya puesto de presente a la señora Patricia Arcila Ramírez la totalidad de la información que legalmente debía suministrarle el 30 de enero de 2002, motivo por el que declaró la ineficacia del acto jurídico por medio del cual se materializó su traslado del RPM al RAIS en esa calenda, declarando también válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación inicial efectuada al régimen de prima media con prestación definida a través del extinto Instituto de Seguros Sociales.

Posteriormente, conforme con los efectos que traen las declaraciones reseñadas anteriormente, condenó al fondo privado de pensiones Porvenir S.A. a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones la totalidad de las sumas recibidas con ocasión de la afiliación de la accionante por concepto de cotizaciones, sus intereses y rendimientos financieros, así como los dineros recaudados por concepto de bonos pensionales. A continuación, condenó a la AFP Porvenir S.A. a restituir, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores que fueron cobrados a la afiliada para cancelar los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, además de los recursos dirigidos a financiar la garantía de pensión mínima. Finalmente condenó en costas procesales al fondo privado de pensiones accionado en un 100% a favor de la demandante.

Inconformes con la decisión, las entidades demandadas interpusieron recurso de apelación en los siguientes términos:

La apoderada judicial del fondo privado de pensiones Porvenir S.A. manifestó que el efecto jurídico de la declaratoria de ineficacia consiste en devolver las cosas al estado en el que se encontraban para el momento en que se produjo el cambio de régimen pensional y por lo tanto no resulta factible que se le ordene a esa entidad restituir los gastos de administración y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, por cuanto esos rubros solo fueron descontados como producto de la afiliación de la accionante al RAIS, indicando como razón adicional, que esos rubros fueron descontados dando estricto cumplimiento a la Ley, con el objeto de administrar adecuadamente la cuenta de ahorro individual de la afiliada en esa entidad, lo cual le produjo excelentes rendimientos financieros, mismos que según estudios hechos por Asofondos, corresponden al 74% del total de la suma que se encuentra en las cuentas de ahorro individual de los afiliados.

En cuanto a la condena en costas, considera que esa entidad ha soportado su accionar en el estricto cumplimiento de la Ley, aplicando siempre el principio de la buena fe, razones por las que no se le puede imponer esa carga dentro del presente proceso.

Por su parte, la apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones sostuvo que en el curso del proceso quedó demostrado que a la señora Patricia

Arcila Ramírez se le brindó por parte de la AFP Porvenir S.A. la totalidad de la información que la Ley exigía para el 30 de enero de 2002, razón por la que el acto que significó el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad se ajusta a derecho; afirmando que lo que salió a relucir en el curso del proceso, es que la inconformidad de la accionante es de tipo económico, ya que su malestar consiste en que la pensión de vejez a la que puede arribar al cumplimiento de la edad mínima, no es la que ella espera, motivo por el que la acción que debió encaminar en contra de la AFP Porvenir S.A. no era otra que la resarcitoria de perjuicios establecida en el artículo 10 del Decreto 720 de 1994.

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 presentar alegatos de conclusión en término.

En cuanto al contenido de los alegatos de conclusión remitidos por las entidades recurrentes, 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 emitidos por cada una de ellas coinciden con los expuestos en la sustentación de los recursos de apelación.

Por su parte, la apoderada judicial de la actora solicitó la confirmación integral de la sentencia emitida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito Laboral del Circuito.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Estando dentro del término otorgado, el Ministerio Público por medio del Procurador 34 Judicial II para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social con sede en Pereira, emitió su concepto frente al caso, coincidiendo plenamente con las consideraciones emitidas por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito, razón por la

que estima que se debe confirmar en su integridad la sentencia proferida el 11 de febrero de 2021.

Cuestión previa

Pese a que este Ponente no comparte la justificación ni la interpretación que realiza la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia frente al literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100/1993 y por ello en providencias anteriores como la proferida el 22/07/2020, Rad. No. 2018-00269-01, entre otras, bajo la autorización emitida por las sentencias C-836 de 2001 y C-621 de 2015 se había apartado del criterio expuesto por el alto tribunal al amparo de la autonomía judicial, para anunciar que cuando un trabajador alega engaño por una AFP para obtener un traslado de régimen pensional, debe presentar una acción de resarcimiento de perjuicios tal como obliga el artículo 10º del Decreto 720 de 1994, lo cierto es que ocasión a la sentencia de tutela de primer grado emitida por ese alto tribunal con número de expediente STL4759-2020, a través de la cual se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado por esa corporación en los asuntos de ineficacia de afiliación, bajo el debido respeto por el superior, se obedecerá en este caso y en los sucesivos la posición mayoritaria que ostenta la mencionada Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Así las cosas, atendidas las argumentaciones a esta Sala de Decisión le corresponde resolver los siguientes:

PROBLEMAS JURÍDICOS

¿Es la acción de ineficacia la llamada a resolver los casos en los que se alega ausencia total o parcial de la información por parte de los fondos privados de pensión?

¿En cabeza de quien se encuentra en este tipo de procesos la carga probatoria de acreditar el deber legal de información?

¿Hay lugar a declarar ineficaz la afiliación de la Patricia Arcila Ramírez al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada el 30 de enero de 2002?

¿Cuáles son las consecuencias prácticas de declarar las ineficacias de los traslados surtidos entre regímenes pensionales?

¿Tiene razón la AFP Porvenir S.A. cuando afirma que no es viable ordenar la restitución de los gastos o cuotas de administración y los recursos descontados para cancelar las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes?

Acudiendo al grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de Colpensiones ¿Hay lugar a condenar a la AFP Porvenir S.A. a restituir otro tipo de emolumentos?

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

¿Existe algún inconveniente en torno a que la afiliada esté próxima a arribar a la edad mínima de pensión prevista en el RPM?

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

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

FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL

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

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

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

Y más adelante reiteró:

“Así, en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ

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

2. Sobre el deber de información.

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

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

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de dar información
Deber de información	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
Deber de información, asesoría y buen consejo	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 perjudicarlo
Deber de información,	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener

asesoría, buen consejo y doble asesoría.	de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	asesoría de los representantes 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 régimenes 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 traslado de la demandante al RAIS se dio en términos de eficacia; por lo que bajo esa única y exclusiva postura, no les asiste razón a la apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones cuando afirma que la acción tendiente a resolver este tipo de controversias es la resarcitoria de perjuicios prevista en el artículo 10 del Decreto 720 de 1994.

Resuelto lo anterior, se tiene entonces que con la solicitud de vinculación N°01662259 -pags.54, 142 y 205 del expediente digitalizado-, la señora Patricia Arcila Ramírez se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad el 30 de enero de 2002 cuando se vinculó a la AFP Porvenir S.A., sin embargo, la demandante inicia la presente acción al considerar que el cambio del RPM al RAIS no se cumplió con el lleno de los requisitos legales, al no habersele suministrado la totalidad de la información sobre las consecuencias que conllevaba tomar esa decisión; viciándose de esa manera su consentimiento.

Conforme con lo señalado por 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 30 de enero de 2002 (primera etapa).

En lo que concierne al formulario de afiliación, más allá de que en dicho documento se evidencia la rúbrica de la señora Patricia Arcila Ramírez en la casilla denominada "*voluntad afiliado*" 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 Patricia Arcila Ramírez sostuvo que en el año 2002, un agente comercial del fondo privado de pensiones Porvenir S.A. visitó las instalaciones de la empresa para la que prestaba sus servicios en aquel entonces y en una reunión individual que no duró más de veinte minutos, le expresó que el Instituto de Seguros Sociales estaba próximo a desaparecer, por lo que su mejor opción era trasladarse al RAIS afiliándose a esa entidad que le garantizaba obtener una pensión de vejez muy superior a la que podría aspirar en el RPM, así mismo le dijo que esa pensión la podría alcanzar de manera anticipada, sin embargo, no le expuso de que manera podría lograrlo, y ante pregunta efectuada por la directora del proceso, respondió que no tenía conocimiento sobre las modalidades existentes en el RAIS; al continuar con su relato, expuso que el asesor

le manifestó que la pensión que obtuviera en el RAIS podía heredársela a su hija, y le llamó mucho la atención que él le aseguró que ella en cualquier momento podía retirar parte del dinero que iba acumulando en su cuenta de ahorro individual, aunque aclaró, ante interrogante efectuado por la *a quo*, que no le explicaron cómo se podían ejecutar esos retiros; finalmente, ante varias preguntas efectuadas por la falladora de primera instancia, dijo desconocer que era la garantía de pensión mínima, ni que existía un periodo de gracia para retornar al ISS, explicando que solo fue hasta el año 2018 cuando se dio cuenta, por medio de respuesta dada por Porvenir S.A., que la promesa que le habían hecho no era cierta, ya que el monto con el que se pensionaría en el RAIS resulta muy inferior al que puede alcanzar en el RPM.

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, del formulario de afiliación y del interrogatorio de parte absuelto por la señora Patricia Arcila Ramírez, ni de ninguna de las pruebas allegadas al plenario se desprende el cumplimiento del deber legal de información por parte de la AFP Porvenir S.A., sin que tampoco exista prueba en el plenario que acredite que la asimetría en la información que se produjo el 30 de enero de 2002 dejó de prolongarse con el paso de los años, pues no se acreditaron actos expresos o tácitos por parte de la accionante que permitieran concluir que su conocimiento sobre las características de los regímenes pensionales que componen el sistema general de pensiones le permitieron tomar la decisión de continuar afiliada al RAIS a sabiendas de las consecuencias que ello le traía, siendo evidente que una vez tuvo conocimiento de cuál podría ser el monto de su mesada pensional en el RAIS en el documento emitido por Porvenir S.A. el 21 de marzo de 2018 -pags.38 a 40 del expediente digitalizado- inmediatamente después, esto es, el 13 de abril de 2018 -pag.68- inició la presente acción con el objeto de devolver las cosas al estado en el que se encontraban antes del 30 de enero de 2002.

Por lo expuesto, no le asiste razón a la Administradora Colombiana de Pensiones cuando afirman lo contrario, esto es, que en el curso del proceso se cumplió con esa carga probatoria, motivo por el que, 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 30 de enero de 2002, por lo que todos los actos posteriores ejecutados dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad carecen de validez.

Así las cosas, al no tener ningún efecto jurídico el traslado efectuado por la señora Patricia Arcila Ramírez al régimen de ahorro individual con solidaridad, se confirmará la condena emitida por la *a quo* en contra de la AFP Porvenir S.A., consistente en girar a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones el capital existente en la cuenta de ahorro individual, pero para mayor claridad, se modificará el ordinal segundo de la sentencia recurrida en el sentido de pormenorizar que los emolumentos que debe reintegrar ese fondo privado de pensiones son los provenientes de las cotizaciones con sus intereses y rendimientos financieros, 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 SL1688 de 8 de mayo de 2019 en la que la Corte Suprema de Justicia indicó 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 determinó el juzgado de conocimiento; por lo que no le asiste razón a la apoderada judicial de la AFP Porvenir S.A. cuando sostiene que estos emolumentos no deben hacer parte de la condena en contra de sus intereses.

Bajo esa misma óptica, es del caso recordar que el traslado declarado ineficaz implica que ningún acto posterior al mismo produzca efectos, por lo que correcta resultó la decisión de la *a quo* consistente en condenar a la AFP Porvenir S.A. a reintegrar a la Administradora Colombiana de Pensiones, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores que fueron cobrados 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,

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 afiliación al RAIS.

En este punto de la providencia es pertinente referir que al haber operado un traslado desde el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 30 de enero de 2002, se generó en ese momento un bono pensional tipo A a favor de la señora Patricia Arcila Ramírez, nacida el 12 de agosto de 1964 como se aprecia en su cédula de ciudadanía - pag.30 del expediente digitalizado-, por lo que, a pesar de que no existe prueba que demuestre el estado actual de ese bono de deuda pública, lo cierto es que el mismo se redimiría normalmente el 12 de agosto de 2024, fecha en que la accionante cumple los 60 años de edad.

Así las cosas, como la declaratoria de ineficacia trae como consecuencia que las cosas se reestablezcan al estado en el que se encontraban antes del 30 de enero de 2002, necesario resulta modificar el ordinal segundo de la sentencia objeto de estudio, con el fin de no incluir dentro de la condena la restitución de los bonos pensionales, como lo ordenó la *a quo*, para posteriormente adicionarla en el sentido de comunicar la decisión adoptada en este asunto a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que, en un trámite interno y a través de canales institucionales, ejecute todas las acciones a que haya lugar para dejar las cosas en el estado en el que se encontraban para el 30 de enero de 2002 procediendo, entre otras cosas y de ser el caso, a anular o dejar sin vigencia el bono pensional que se generó a favor de la señora Patricia Arcila Ramírez y que tenía como fecha de redención normal el 12 de agosto de 2024, aplicando con ello lo previsto en el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995 modificado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 hoy recopilado en el Decreto 1833 de 2016.

En torno al argumento esgrimido por la Administradora Colombiana de Pensiones al dar respuesta a la demanda, consistente en que la accionante se encuentra inmersa en una prohibición legal para trasladarse al RPM al encontrarse a menos de diez años de cumplir la edad mínima de pensión en ese régimen pensional, lo cierto es que ese hecho 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 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 de Porvenir S.A., es pertinente recordar que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece que “*Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso*”, lo que permite concluir que de acuerdo con el resultado arrojado en el proceso, el cual fue desfavorable a sus intereses, le correspondía a la *a quo* emitir condena en su contra por dicho concepto, la cual encuentra debidamente ajustada a derecho esta Corporación.

Como quiera que en la sentencia STL10364-2020 la Sala de Casación Laboral instó a esta Sala a tener en cuenta que la condena en costas se debe fulminar con independencia de los factores subjetivos que pudieren existir en favor de la persona que resulte vencida o de aquella a quien se resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, las costas en esta instancia corren a cargo de las entidades recurrentes en un 100% y por partes iguales, a favor 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. MODIFICAR para adicionar el ordinal SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira el 11 de febrero de 2021, el cual quedará así:

“SEGUNDO. CONDENAR al fondo privado de pensiones PORVENIR S.A. a girar a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la señora PATRICIA ARCILA RAMÍREZ, proveniente de las cotizaciones efectuadas al sistema general de pensiones, junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado.”.

SEGUNDO. ADICIONAR la sentencia emitida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito, en el sentido de **COMUNICAR** a la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO la decisión adoptada en este proceso, con el objeto de 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 para el 30 de enero de 2002, procediendo, entre otras cosas y de ser el caso, a anular o dejar sin vigencia, el bono pensional que se generó a favor de la señora PATRICIA ARCILA RAMÍREZ y que tenía como fecha de redención normal el 12 de agosto de 2024.

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

CUARTO. CONDENAR en costas en esta instancia a las entidades recurrentes en un 100% y por partes iguales, a favor de la parte actora.

Notifíquese por estado y a los correos electrónicos de los apoderados de las partes.

Quienes integran la Sala,

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
Magistrado Ponente
Aclara Voto

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN
Magistrada

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO
Magistrado

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

Firmado Por:

JULIO CESAR SALAZAR MUÑOZ

**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 2 SALA LABORAL TRIBUNAL SUPERIOR PEREIRA**

ANA LUCIA CAICEDO CALDERON

**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 1 SALA LABORAL TRIBUNAL SUPERIOR PEREIRA**

GERMAN DARIO GOEZ VINASCO

MAGISTRADO

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 003 SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD
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:

b851c1c1aea7b894f367a626f4a430912af61b819bb02cabcf117903f0441bbc

Documento generado en 19/05/2021 07:11:40 AM