

Constancia Secretarial: vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 21 de septiembre 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 e igualmente el Ministerio Público hizo uso del derecho a presentar su concepto sobre el caso en el plazo otorgado para esos efectos.

Pereira, 6 de octubre de 2021.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

PEREIRA, TRECE DE OCTUBRE DE DOS MIL VEINTIUNO

Acta de Sala de Discusión No 160 de 11 de octubre 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 Primero Laboral del Circuito el 27 de julio de 2021, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de COLPENSIONES, dentro del proceso promovido por el señor LUIS FERNANDO VÉLEZ ISAZA, cuya radicación corresponde al N°66001310500120180031201.

AUTO

Se reconoce personería para actuar dentro del proceso de la referencia a la doctora MARILUZ GALLEGO BEDOYA, 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 septiembre de 2021, incluido debidamente en el expediente digitalizado.

ANTECEDENTES

Pretende el señor Luis Fernando Vélez Isaza que la justicia laboral declare la nulidad de la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad 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, lo que resulte probado extra y ultra petita, además de las costas procesales a su favor.

Refiere que: se vinculó laboralmente con la sociedad Loas Ltda. el 15 de septiembre de 1981, momento en el que se afilió al RPM a través del Instituto de Seguros Sociales, en donde cotizó hasta antes del 18 de diciembre de 1998 cuando se materializó el cambio de régimen pensional hacía el RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A., sin que se le explicaran todas las consecuencias que conllevaba tomar esa determinación, puesto que antes de suscribir el formulario de afiliación, un asesor comercial del fondo privado de pensiones demandado le dijo que el ISS estaba próximo a desaparecer, motivo por el que debía trasladarse al RAIS, pues de permanecer en el RPM y no tener beneficiarios de ley, en caso de deceso, se perderían la totalidad de las cotizaciones efectuadas al sistema general de pensiones, mientras que en el RAIS el capital acumulado podía pasar a sus herederos hasta el quinto grado de consanguinidad; también le dijo que estando en el RAIS era él quien definía si se pensionaba o recibía la devolución de saldos junto con el valor del bono pensional.

En documento emitido por la AFP accionada, se le informa que en su cuenta de ahorro individual tiene acumulado \$627.933.728, producto de 1718 semanas cotizadas, manifestándole que a los 62 años podía acceder a una pensión de equivalente a la suma de \$2.525.000; mientras que en el RPM podría alcanzar a la misma edad una mesada del orden de \$3.095.400.

El 1° de junio de 2018, ante solicitud elevada por él, la Administradora Colombiana de Pensiones negó su retorno al RPM bajo el argumento de encontrarse a menos de diez años de arribar a la edad mínima de pensión.

Al contestar la acción -págs.71 a 77 del expediente digitalizado- la Administradora Colombiana de Pensiones manifestó que no existen elementos de juicio que permitan entrever que el cambio de régimen pensional efectuado por el afiliado Luis Fernando Vélez Isaza se hizo bajo un actuar negligente y/o revestido de mala fe por parte del fondo privado de pensiones Porvenir S.A., lo que implica que dicho acto jurídico deba reputarse válido. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones del actor y formuló las excepciones de mérito de “Inexistencia de la obligación demandada”, “Prescripción” y “Declaratoria de otras excepciones”.

La AFP Porvenir S.A. respondió la demanda -págs.118 a 137 del expediente digitalizado- sosteniendo que ese fondo privado de pensiones cumplió el lleno de los requisitos exigidos para el año 1998, por lo que el traslado efectuado por el señor Luis Fernando Vélez Isaza al régimen de ahorro individual con solidaridad es completamente ajustado a derecho, acotando que en todo caso, de haberse configurado al vicio en el consentimiento que se le atribuye a

esa entidad, lo cierto es que la nulidad relativa se habría saneado por el paso del tiempo como lo establece el artículo 1750 del código civil. Se opuso a las pretensiones de la acción y planteó las excepciones de mérito que denominó “Validez y eficacia de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento”, “Saneamiento de la supuesta nulidad relativa”, “Prescripción”, “Buena fe” e “Innominada o genérica”.

En sentencia de 27 de julio de 2021, la funcionaria de primera instancia, aplicando en su integridad la jurisprudencia vigente que sobre el tema ha emitido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluyó, después de analizar las pruebas allegadas al proceso, que la AFP Porvenir S.A. no cumplió con la carga probatoria que le incumbía en este proceso, al verificar que no le brindó la totalidad de la información que debía ponerle de presente al afiliado Luis Fernando Vélez Isaza, 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 18 de diciembre de 1998; motivo por el que declaró válida y vigente la afiliación primigenia efectuada al régimen de prima media con prestación definida por medio del Instituto de Seguros Sociales.

Como consecuencia de esas declaraciones, condenó a la AFP Porvenir S.A. a restituir a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, la totalidad de los aportes efectuados a la cuenta de ahorro individual junto con sus intereses y rendimientos financieros, así como el valor del bono pensional en caso de existir.

Seguidamente condenó a la AFP accionada a reintegrar a favor de Colpensiones, la totalidad de los dineros que descontó a la afiliada por concepto de gastos de administración, primas de los seguros

previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como los dineros destinados a financiar la garantía de pensión mínima, todo ello con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados.

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

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

La apoderada judicial de la AFP Porvenir S.A. señala que, contrario a lo concluido por el juzgado de conocimiento, en el proceso se demostró que el señor Luis Fernando Vélez Isaza recibió la información que por ley debía suministrarle el fondo privado de pensiones accionado, quien ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS con los más de veinte años en los que ha estado afiliado en ese régimen pensional, haciendo los correspondientes aportes al sistema general de pensiones.

En caso de se confirme la declaratoria de ineficacia del acto jurídico que produjo el cambio entre regímenes pensionales, estima que no resulta procedente emitir condena por concepto de devolución de los gastos de administración y las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, ya que esos rubros han sido cobrados por ministerio de la ley, habiéndole proporcionado al afiliado unos excelentes rendimientos financieros, que según un estudio efectuado por Asofondos corresponden al 74% del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, resultando desproporcionado tener que devolver los rendimientos financieros y los gastos de administración; añadiendo en torno frente a las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, que su cobro ha permitido la cobertura del

afiliado para los riesgos de invalidez y muerte, además que esa devolución afecta los intereses de terceros que no han sido convocados al proceso.

Finalmente solicita que se exonere a esa entidad de la condena en costas procesales en primera instancia, debido a que Porvenir S.A. se ha ceñido al estricto cumplimiento de la ley, aplicando en su accionar el principio de la buena fe.

Por su parte, la apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones manifestó que al verificarse el contenido de la demanda, sale a relucir que la inconformidad del afiliada es netamente económica, por lo que de conformidad con lo expuesto en el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, la acción que debió incoarse en este evento en donde se reprocha la ausencia de información por parte del fondo privado de pensiones Porvenir S.A., es la resarcitoria de perjuicios y no la ineficacia del acto jurídico que produjo el traslado entre regímenes pensionales como equivocadamente lo definió la *a quo*.

Si ello no fuere suficiente para revocar la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito, asegura que en el curso del proceso quedó demostrado que el fondo privado de pensiones demandado cumplió con el deber legal de información que la ley exigía para el 18 de diciembre de 1998, tal y como se demuestra con la suscripción del formulario de afiliación y lo dicho por el demandante en el interrogatorio de parte.

En todo caso, estima que tampoco puede accederse a las pretensiones de la demanda porque el demandante se encuentra

inmerso en la prohibición legal prevista en el artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003.

Finalmente, en caso de que se confirme la decisión de primera instancia, solicita que se adicione la sentencia imponiéndole a la AFP Porvenir S.A. un término perentorio para que cumpla con las condenas emitidas en el 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 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 parte actora solicitó la confirmación integral de la sentencia emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito el 27 de julio de 2021.

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 Primero Laboral del Circuito, razón por la que estima que se debe confirmar en su integridad la sentencia proferida el 27 de julio 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 del señor Luis Fernando Vélez Isaza al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada el 18 de diciembre de 1998?

¿Con la permanencia del demandante en el régimen de ahorro individual con solidaridad durante más de veinte años, desapareció la asimetría en la información que se echa de menos en la presente acción?

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

¿Tiene razón el fondo privado de pensiones accionado cuando afirma que no es procedente ordenar la devolución de 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 redimido un bono pensional a favor del afiliado?

¿Existe algún inconveniente en torno a que el afiliado haya arribado a la edad mínima de pensión prevista en el RPM?

¿Les corresponde a los jueces definir un término perentorio para el cumplimiento de las sentencias?

¿Hay lugar a exonerar a la AFP 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.**”.* (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:

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

	<i>autonomía personal</i>	
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010</i>	<i>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>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

3. La suscripción del formulario de afiliación.

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

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

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

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

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

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

4. Carga de la prueba.

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

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

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

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

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

En sentencia SL3752 de 15 de septiembre de 2020, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, advirtiendo la importancia constitucional y legal que caracteriza el derecho a la seguridad social, recordó la necesidad de resolver los asuntos que son puestos en conocimiento de la jurisdicción teniendo en cuenta la verdadera intención que tienen los afiliados a través de sus actuaciones y no con base en las formalidades y protocolos; trayendo a colación como ejemplos los temas que han sido resueltos desde esa arista, como el relacionado con la desafiliación al sistema general de pensiones cuando no existe el reporte de la novedad de retiro del

sistema, o como en los casos en que, sin existir afiliación a una administradora pensional, el afiliado realiza aportes durante un periodo importante, que conllevan a concluir que se ha presentado una afiliación tácita a pesar de no haberse diligenciado el correspondiente formulario; mostrando que, como en esos eventos, existen muchos otros en los que las manifestaciones efectuadas por los afiliados al sistema general de pensiones denotan su verdadera intención de permanecer vinculados en determinado régimen pensional.

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

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

Y más adelante continuó expresando:

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

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

Por esta misma razón, en casos como el presente, donde se discute la materialización del acto jurídico de la afiliación o traslado, es relevante tener en

cuenta los aportes al sistema, no como un requisito ad substantiam actus de la afiliación, como lo sostuvo el Tribunal, sino como una señal nítida de la voluntad del trabajador cuando existen dudas razonables sobre su genuino deseo de cambiarse de régimen.

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

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

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

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

“En ese orden de ideas, se advierte que, si bien las conclusiones del Tribunal fueron inicialmente desacertadas, en el sentido de asignarle la carga de probar al afiliado los presuntos vicios del consentimiento en los que incurrió y no a las

administradoras de pensiones, lo cierto es que tal desatino no sería relevante teniendo en cuenta la situación jurídica concreta de la señora Lara Rodríguez.

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

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

CASO CONCRETO

Conforme se expuso en el primer punto del fundamento jurisprudencial, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene definido que la acción que se debe estudiar cuando se reclama la ausencia total o parcial del deber de información por parte de los fondos privados de pensiones, no es otra que la ineficacia del acto jurídico que permitió el traslado entre regímenes pensionales, por lo que al haber orientado el actor la demanda en ese sentido, por imperativo jurisprudencial, lo que corresponde es analizar el caso en la forma determinada por la Corte Suprema de Justicia, esto es, si el traslado de la demandante al RAIS se dio en términos de eficacia; por lo que bajo esa única y exclusiva postura, no le asiste razón a la Administradora Colombiana de Pensiones cuando afirma que la acción que debió incoar el señor Luis Fernando Vélez Isaza era 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°01120418 -pág.41 del expediente digitalizado-, el señor Luis Fernando Vélez Isaza se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad el 18 de diciembre de 1998 cuando se vinculó a la AFP Porvenir S.A., sin embargo, el 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 información sobre las consecuencias que conllevaba tomar esa decisión; viciándose de esa manera su consentimiento.

Conforme con lo señalado por el demandante, se procederá a verificar, siguiendo, única y exclusivamente las reglas jurisprudenciales expuestas anteriormente, si la AFP Porvenir S.A. -quien tiene la carga probatoria en este tipo de procesos (como se explicó en el punto cuatro del fundamento jurisprudencial)-, cumplió con el deber legal de información que le correspondía para el 18 de diciembre de 1998 (primera etapa).

En lo que concierne al formulario de afiliación, más allá de que en dicho documento se evidencia la rúbrica del señor Luis Fernando Vélez Isaza 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, el señor Luis Fernando Vélez Isaza informó que actualmente se encuentra activo como cotizante, debido a

que aún continúa prestando sus servicios como líder de producción de la sociedad Avícola Tabacal S.A.S., razón por la que no ha solicitado ante Porvenir S.A. el reconocimiento de la pensión de vejez; en torno a la asesoría brindada por el fondo privado de pensiones accionado antes de suscribir el formulario de afiliación con el que se trasladó al RAIS, sostuvo que en una reunión colectiva, el agente comercial de esa entidad les dijo que en el régimen de ahorro individual con solidaridad podían pensionarse de manera anticipada y con una mesada mucho más alta que la que podrían percibir en el ISS, pero no se les explicó como podían alcanzar ese objetivo; también les dijeron que el Instituto de Seguros Sociales iba a desaparecer; ante varios interrogantes efectuados, aseguró que ese agente comercial no les hizo una explicación comparativa entre las características del RPM y el RAIS, que tampoco se le había dicho nada sobre la devolución de saldos, ni mucho menos como era la forma en la que podía pensionarse en ambos regímenes pensionales; durante su permanencia en el RAIS se le han enviado los extractos donde únicamente verifica que la empresa para la que presta sus servicios haya realizado los aportes correspondientes.

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, ni del formulario de afiliación, ni del interrogatorio de parte absuelto por el señor Luis Fernando Vélez Isaza, 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 expediente digitalizado que acredite que la asimetría en la información que se produjo el 18 de diciembre de 1998 dejó de prolongarse con el paso de los años, pues a pesar de que el accionante ha estado afiliado en el RAIS por más de veinte años realizando cotizaciones al sistema general de pensiones a través de ese régimen pensional, esas situaciones no demuestran per se los actos de

correlacionamiento 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.

Por lo expuesto, no le asiste razón a las entidades recurrentes cuando afirman que al accionante se le brindó la información que por ley correspondía y que su permanencia en el RAIS por más de 20 años hizo desaparecer la asimetría en la información que se produjo el 18 de diciembre de 1998, 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 Primero 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 18 de diciembre de 1998, 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 el señor Luis Fernando Vélez Isaza 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 tercero 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 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 determinó el juzgado de conocimiento; por lo que no le asiste razón a la apoderada judicial del fondo privado de pensiones Porvenir S.A. cuando afirmó en la sustentación del recurso de apelación que no era procedente la restitución de estos emolumentos.

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 al actor durante su permanencia en esa entidad y que estuvieron destinados a cancelar las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como los valores dirigidos a financiar la garantía de pensión mínima, como atinadamente lo ordenó la *a quo*; 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 18 de diciembre de 1998, se generó en ese momento un bono pensional tipo A en favor del señor Luis Fernando Vélez Isaza, nacido el 9 de septiembre de 1957 como se aprecia en la copia de su cédula de ciudadanía -pág.31 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 redimió normalmente el pasado 9 de septiembre de 2019, fecha en que la accionante cumplió los 62 años de edad; por lo que, teniendo en cuenta que el artículo 17 del Decreto 1748 de 1995 dispone que esta clase de bonos se pagan dentro del mes siguiente a la fecha de redención (sin necesidad de solicitud previa), claro es que el mismo debió entrar a la cuenta de ahorro individual de la demandante antes del 9 de octubre de 2019; razón por la que, al tener que restituirse las cosas al estado en el que se encontraban para el 18 de diciembre de 1998, al carecer de efectos jurídicos el traslado al RAIS ejecutado en esa calenda, se modificará el ordinal tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito, con el objeto de no incluir dentro de la condena la restitución del valor del bono pensional a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, para posteriormente adicionar ese ordinal en el sentido de condenar al fondo privado de pensiones accionado a restituir la suma pagada por ese concepto pero a favor de la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, suma que deberá estar debidamente indexada, precisándose que esa actualización del valor del bono pensional debe ser cancelada con los recursos propios del fondo privado de pensiones Porvenir S.A.

Así mismo, se adicionará la sentencia proferida por la *a quo* en el sentido de comunicar a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público la decisión adoptada en el presente caso, con el objeto de que tenga conocimiento de la orden impartida frente al bono pensional tipo A redimido y pagado por parte de esa entidad a favor de la cuenta de ahorro individual del accionante, y para que posteriormente, haciendo uso de trámites internos y a través de canales institucionales, ejecute todas las acciones pertinentes para retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban para el 18 de diciembre de 1998.

En torno al hecho consistente en que el accionante arribó a la edad mínima de pensión en el RPM, 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.

En lo que atinente al reclamo hecho por la apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones relativo a que se adicione la sentencia de primer grado en el sentido de imponer un término perentorio para el cumplimiento de las órdenes emitidas en la sentencia, pertinente es recordar que de acuerdo con lo previsto en el

artículo 302 del CGP, la decisión adoptada en las sentencias judiciales deben cumplirse a partir del momento en el que quedan debidamente ejecutoriadas, sin que le sea dable al juez conceder términos adicionales que no están contemplados en la ley; motivo por el que no resulta procedente adicionar la providencia objeto de estudio en los términos solicitado por la entidad recurrente.

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 el ordinal TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito, el cual quedarán así:

*“**TERCERO. A. 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 del señor LUIS FERNANDO VÉLEZ ISAZA, proveniente de las cotizaciones efectuadas al sistema general de pensiones, junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado.*

***B. CONDENAR** al fondo privado de pensiones PORVENIR S.A a restituir, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexadas, las sumas de dinero que fueron descontadas al señor LUIS FERNANDO VÉLEZ ISAZA durante su permanencia en esa entidad y que fueron destinadas a pagar los gastos o cuotas de administración, así como aquellas que fueron dirigidas a financiar la garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes; a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES.”.*

SEGUNDO. ADICIONAR el ordinal TERCERO, con un literal del siguiente tenor:

*“**C. CONDENAR** a la AFP PORVENIR S.A., de haber recibido el pago del bono pensional en favor de la cuenta de ahorro individual del demandante, a restituir la suma pagada por ese concepto a la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, suma que deberá estar debidamente indexada, precisándose que esa actualización del valor del bono pensional debe ser cancelada con su propio patrimonio.”.*

TERCERO. ADICIONAR la sentencia emitida por el Juzgado Primero 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 tenga conocimiento de

la orden impartida frente al bono pensional tipo A que una vez redimido debió ser pagado por parte de esa entidad a favor de la cuenta de ahorro individual del accionante, y para que posteriormente, haciendo uso de trámites internos y a través de canales institucionales, ejecute todas las acciones pertinentes para retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban para el 18 de diciembre de 1998.

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

QUINTO. 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

Sala 2 Laboral

Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Ana Lucia Caicedo Calderon

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 1 Laboral

Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

German Dario Goez Vinasco

Magistrado

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:

a79bc9303984c120676170dc777954b8f49c4244653775555039d6b3c28dd8c2

Documento generado en 13/10/2021 09:18:58 a. m.

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>