

Constancia Secretarial: Vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 18 de enero de 2022, la parte actora y el fondo privado de pensiones Porvenir S.A. remitieron en término los alegatos de conclusión al correo institucional, como se aprecia en las constancias de recepción que obran en la subcarpeta 06 de la carpeta de segunda instancia. Al revisar el buzón del referido canal electrónico, se evidencia que la Administradora Colombiana de Pensiones dejó transcurrir en silencio el plazo otorgado para alegar en esta sede.

Pereira, 2 de febrero de 2022.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

PEREIRA, NUEVE DE FEBRERO DE DOS MIL VEINTIDÓS

Acta de Sala de Discusión No 16 de 7 de febrero de 2022

SENTENCIA ESCRITA

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la demandante MARTHA RINCÓN BURITICÁ en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito el 22 de junio de 2021, dentro del proceso que le promueve al fondo privado de pensiones PORVENIR S.A. y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE

PENSIONES, cuya radicación corresponde al N°66001310500320180047001.

ANTECEDENTES

Pretende la señora Martha Rincón Buriticá que la justicia laboral acceda a la nulidad y/o ineficacia de la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad el 24 de agosto de 1998 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 Porvenir S.A. a girar a favor de Colpensiones 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: luego de vincularse al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por la Administradora Colombiana de Pensiones, suscribió formulario de afiliación el 24 de agosto de 1998 con la AFP Porvenir S.A., materializando de esa manera su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad; el asesor comercial designado por esa sociedad para lograr su vinculación al RAIS no le brindó la asesoría legal que la ley exigía en ese momento, al no darle la información plena, cierta, seria y oportuna que le permitiera adoptar una decisión jurídica bajo un conocimiento

completo, informado y consciente de las consecuencias que generaba ejecutar ese acto jurídico.

En escrito emitido el 16 de marzo de 2017, se le informó que al momento de cumplir los 57 años el 20 de enero de 2019, podía acceder a una pensión de vejez mensual de \$897.700, o si accede a ella a los 60 años podía ascender a la suma de \$1.149.600; sin embargo, con la misma densidad de cotizaciones, podría obtener en el RPM una mesada pensional a los 57 años de \$3.274.910.

Ante solicitud elevada por ella, la Administradora Colombiana de Pensiones emitió comunicación 2017_9708965-12821583 de 14 de septiembre de 2017, en la que le niega el retorno al RPM por encontrarse a menos de diez años de acceder a la edad mínima de pensión en ese régimen pensional.

La Administradora Colombiana de Pensiones dio respuesta a la acción -págs.89 a 94 archivo 01 carpeta primera instancia- manifestando que, al revisar la historia laboral de la señora Martha Rincón Buriticá inmersa en sus bases de datos, se evidencia un traslado desde el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad el 24 de agosto de 1998 a través de la AFP Porvenir S.A., el cual goza de plena validez, añadiendo que la negativa de Colpensiones de recibir nuevamente a la accionante se encuentra acorde con lo establecido en la ley, al encontrarse a menos de diez años de arribar a la edad mínima de pensión en el RPM. Se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló las excepciones de mérito

que denominó “Inexistencia de la obligación demandada” y “Prescripción”.

Al contestar la demanda -págs.128 a 168 archivo 01 carpeta primera instancia- el fondo privado de pensiones Porvenir S.A. sostuvo que el traslado ejecutado por la señora Martha Rincón Buriticá cumplió todas las exigencias que la ley exigía para el 24 de agosto de 1998, indicando que ese suceso jurídico fue completamente lícito y ajustado a derecho en la medida en que su voluntad fue consciente de las consecuencias jurídicas que ello generaría, agregando que la señora Rincón Buriticá no ha sido víctima de la inducción a error que proclama dentro del escrito inaugural. Se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso las excepciones de mérito que denominó “Genérica o innominada”, “Prescripción”, “Buena fe”, “Compensación”, “Exoneración de condena en costas”, “Inexistencia de la obligación”, “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”, “Afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado”, “Inexistencia de daño e inexistencia de responsabilidad con cargo a mi representada por ausencia de imputación fáctica”.

En sentencia de 22 de junio 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 a la señora Martha Rincón Buriticá, esto es, las características de ambos regímenes pensionales con sus ventajas y desventajas; sin embargo, a continuación, sostuvo que en este caso se presentaron los actos de relacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia, ya que en el plenario quedó demostrado que la afiliada se movilizó dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad al vincularse el 3 de marzo de 2000 a la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A., realizando cotizaciones al sistema general de pensiones durante más de veinte años a través de ese régimen pensional, además de haber recibido durante todo ese tiempo los extractos en los que se encontraba la información sobre las cotizaciones efectuadas por sus empleadores, así como el monto que mensualmente tenía en su cuenta de ahorro individual; hechos que catalogó como configurativos de esos actos de relacionamiento que la llevaron a determinar que la actora ha tenido la voluntad de permanecer y pertenecer al RAIS.

Por las razones expuestas negó la totalidad de las pretensiones elevadas por la señora Martha Rincón Buriticá, además de condenarla en costas procesales en un 100% a favor de las demandadas.

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación, manifestando que en el presente asunto el fondo privado de pensiones Porvenir S.A. no cumplió la

carga probatoria que le correspondía, no solamente porque no demostró haberle suministrado la información que debía ponerle de presente a la afiliada el 24 de agosto de 1998 cuando se ejecutó el cambio de régimen pensional, sino también porque no acreditó los actos de relacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia, pues a pesar de que en efecto la señora Martha Rincón Buriticá se movilizó dentro del RAIS el 3 de marzo de 2000 cuando se vinculó a la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. y que hizo cotizaciones al sistema general de pensiones a través de ese régimen pensional por más de veinte años, la verdad es que esos hechos no hicieron que desapareciera la asimetría en la información que se produjo el 24 de agosto de 1998, advirtiéndole que el fondo privado de pensiones accionado no demostró en el plenario que durante el tiempo que la demandante ha estado afiliada al RAIS le suministró la información que le permitiera tomar la decisión de permanecer y pertenecer a ese régimen pensional, al punto de no haberle puesto de presente la forma como podía pensionarse y las modalidades de pensión existentes en el RAIS; razones por las que solicita que se revoque en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito, para que en su lugar acceda a las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Conforme se dejó plasmado en la constancia emitida por la Secretaría de la Corporación, la parte actora y la AFP Porvenir S.A. hicieron uso del derecho a presentar alegatos de conclusión en esta sede; mientras

que la Administradora Colombiana de Pensiones dejó transcurrir en silencio el plazo otorgado para alegar en esta sede.

En cuanto al contenido de los alegatos de conclusión remitidos por la parte recurrente, 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 su apoderado judicial coinciden con los expuestos en la sustentación del recurso de apelación.

A su turno, el fondo privado de pensiones accionado, coincidiendo con los argumentos expuestos por la funcionaria de primera instancia, solicita que se confirme en su integridad la sentencia recurrida.

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 prevalece en 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 señora Martha Rincón Buriticá al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada el 24 de agosto de 1998?

¿Con el movimiento efectuado por la demandante dentro del RAIS y su permanencia en ese régimen pensional durante veinte años, desapareció la asimetría en la información que se echa de menos en la presente acción?

De acuerdo con la respuesta al interrogante anterior ¿Se configuraron los actos de relacionamiento de los que habla la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia?

¿Hay lugar a revocar la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito el 22 de junio de 2021?

De ser afirmativa la respuesta al interrogante anterior ¿Cuáles son las consecuencias prácticas de declarar la ineficacia del cambio de régimen pensional de los afiliados?

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

FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL

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

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

*“En el caso bajo estudio, se hace necesario precisar, que en reiterada jurisprudencia esta Sala de Casación Laboral ha dejado clara su postura al indicar que la elección a cualquiera de los dos regímenes pensionales existentes, **debe estar precedida de una decisión libre y voluntaria, de suerte que las administradoras de pensiones tienen el deber de brindar a sus afiliados una asesoría que les permita tener los elementos de juicio suficientes para***

advertir la trascendencia de la decisión tomada al momento del traslado, sin importar si la persona es o no beneficiaria del régimen de transición, o si está próximo a pensionarse.” (Negrillas fuera de texto).

Y más adelante reiteró:

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

2. Sobre el deber de información.

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

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

<i>Etapas acumulativas</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones 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 autonomía personal</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>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 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</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes</i>

y asesoría.	doble 2016	pensionales.
----------------	------------	--------------

3. La suscripción del formulario de afiliación.

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

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

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

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

través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

4. Carga de la prueba.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Y más adelante continuó expresando:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

Conforme se expuso en el primer punto del fundamento jurisprudencial, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene definido que la acción que se debe estudiar cuando se reclama la ausencia total o parcial del deber de información por parte de los fondos privados de pensiones, no es otra que la ineficacia del acto jurídico que

permitió el traslado entre regímenes pensionales, por lo que al haber orientado 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 del demandante al RAIS se dio en términos de eficacia, como acertadamente lo abordó la falladora de primera instancia.

Resuelto lo anterior, se tiene entonces que con la solicitud de vinculación de 24 de agosto de 1998 -págs.16 y 169 archivo 01 carpeta primera instancia-, la señora Martha Rincón Buriticá se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad al vincularse 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 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 24 de agosto de 1998 (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 Rincón

Buriticá 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 Rincón Buriticá reiteró lo expuesto en la demanda consistente en que en el año 1998 suscribió el formulario de afiliación que la vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través del fondo privado de pensiones Porvenir S.A., indicando que un asesor comercial de esa sociedad llegó a su puesto de trabajo en las instalaciones de la entidad para la que prestaba sus servicios en ese entonces y sin explicarle nada le dijo que debía cambiarse de régimen pensional debido a que las administradoras pensionales del régimen de prima media con prestación definida iban a desaparecer, pero, como ya lo dijo, no se le expuso nada sobre las características de esos regímenes pensionales.

El apoderado judicial del fondo privado de pensiones accionado le preguntó por qué decidió pasarse en el año 2000 a la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A., respondiendo la accionante que realmente había pensado que ese movimiento se había dado en el área de cesantías y no el de pensiones, advirtiéndole que precisamente en ese momento no recibió ningún tipo de información frente a las características del sistema general de pensiones y sus dos regímenes;

a continuación, la directora del proceso le pregunta si ella se presentaba a las instalaciones del fondo para recibir información, respondiendo la actora que en el año 2017, un par de años antes de arribar a la edad mínima de pensión, decidió ir Porvenir S.A. para que le hicieran una proyección sobre la que sería su mesada pensional, pero después de sorprenderse frente a los montos informados, decidió iniciar la presente acción; posteriormente la *a quo* le dice que cuál fue el motivo por el que no hizo uso del periodo de gracia que se presentó entre los años 2003 y 2004 para retornar al RPM, contestando que el fondo privado de pensiones nunca le suministró información al respecto y que solo se dio cuenta de que no podía regresar a Colpensiones cuando estuviera a menos de diez años de arribar a la edad mínima de pensión cuando intentó hacerlo en el año 2017; finalmente le pregunta la funcionaria de primera instancia, si ella recibía información frecuente por parte de Porvenir S.A., expresando la demandante que le remitían los extractos, pero que ella realmente no entendía nada sobre la datos que allí se ponían frente a las cotizaciones y los dineros que habían en la cuenta de ahorro individual.

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 Rincón Buriticá, 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 24 de agosto de 1998 dejó de prolongarse con el paso de los años**, pues a pesar de que la

accionante se movilizó dentro del RAIS y se mantuvo activa como cotizante dentro de ese régimen pensional durante veinte años, **lo cierto es que en el plenario no quedó acreditado el cumplimiento del deber legal de información que le incumbía a la AFP Porvenir S.A. y a la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. para el 24 de agosto de 1998 y el 3 de marzo de 2000 respectivamente, siendo del caso señalar que estos hechos, esto es, la movilidad dentro del RAIS y su permanencia en él durante todo ese tiempo, 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.**

Es que, contrario a lo concluido por la *a quo*, no es cierto que en este caso se hayan configurado 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 Rincón Buriticá 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 o en el RPM, 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; debiéndose especificar que al rendir el interrogatorio de parte la actora manifestó que había recibido información sobre la que podría ser la mesada pensional, pero solamente en el año 2017, esto es, cuando estaba a menos de diez años de cumplir los 57 años el 20 de enero de 2019, al haber nacido en la misma calenda del año 1962 -registro civil de nacimiento pág.17 archivo 01 carpeta primera instancia-, información esta que no configura actos de relacionamiento en la medida en que ya le era imposible a la afiliada regresar al RPM en tiempo, por estar inmersa en la prohibición legal establecida en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificada por el artículo 2° de la ley 797 de 2003; pues los actos de relacionamiento se configuran, siempre y cuando los afiliados sean informados en tiempo sobre las consecuencias de permanecer y pertenecer al RAIS y que tengan la posibilidad cierta de retornar al RPM, pues de lo contrario no se puede considerar que ha desaparecido la asimetría en la información que se produjo desde el momento en que se ejecutó el cambio de régimen pensional.

De acuerdo con lo narrado, no queda duda en que las omisiones en las que incurrieron los fondos privados de pensiones Porvenir S.A. y Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A., demuestran que en este caso no se produjeron esos actos de relacionamiento, por cuanto la asimetría de la información que se produjo el 24 de agosto de 1998 no desapareció

mientras la accionante estuvo afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Por lo expuesto,, conforme con lo sentado por la Corte Suprema de Justicia, no queda otro camino que revocar en su integridad la decisión emitida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito, para en su lugar 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 en la fecha referida anteriormente, por lo que todos los actos posteriores ejecutados dentro del RAIS carecen de validez; quedando valida y vigente la afiliación primigenia efectuada por la accionante al RPM, actualmente administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones.

Así las cosas, al no tener ningún efecto jurídico el traslado efectuado por la señora Martha Rincón Buriticá al régimen de ahorro individual con solidaridad, se condenará a la AFP Porvenir S.A., a que restituya a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones la totalidad del capital existente en la cuenta de ahorro individual correspondientes a las sumas provenientes de las cotizaciones o aportes efectuados al sistema general de pensiones, junto 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 decisiones 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, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los gastos o cuotas de administración descontados por los fondos privados de pensiones durante la permanencia de los afiliados en esas entidades, motivo por el que se fulminará sentencia en contra del fondo privado de pensiones accionado en ese sentido.

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 se condenará a la AFP Porvenir S.A. a cancelar a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores descontados durante la permanencia de la afiliada en esa entidad (AFP Porvenir S.A. y Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A.) y que estuvieron dirigidos a pagar las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como aquellos que fueron 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 afiliación al RAIS.

Al haber operado un traslado desde el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 24 de agosto de 1998, se generó en ese momento un bono pensional tipo

A en favor de la señora Martha Rincón Buriticá nacida el 20 de enero de 1962 como se aprecia en el registro civil de nacimiento -pag.17 archivo 01 carpeta primera instancia-, por lo que, a pesar de que no existe prueba que demuestre el estado actual de ese instrumento de deuda pública, lo cierto es que el mismo se redimiría normalmente el 20 de enero de 2022, fecha en que la accionante cumplió los 60 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 debe entrar a la cuenta de ahorro individual de la demandante antes del 20 de febrero de 2022; razón por la que, al tener que restituirse las cosas al estado en el que se encontraban para el 24 de agosto de 1998, al carecer de efectos jurídicos el traslado al RAIS ejecutado en esa calenda, se condenará al fondo privado de pensiones accionado, en caso de haber recibido el pago del bono pensional en favor de la cuenta de ahorro individual de la actora, a restituir la suma pagada por ese concepto 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 ordenará 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 eventualmente pagado por parte de esa entidad a favor de la cuenta de ahorro individual de la 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 24 de agosto de 1998.

En torno al hecho de que la 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 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.

En cuanto a las costas procesales en ambas instancias, teniendo en cuenta que las entidades accionadas se opusieron a la prosperidad de las pretensiones que surgieran en su contra por cuenta de la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS por parte del accionante y al haber sido vencidas en el proceso, conforme con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 365 del CGP se fulminará condena por este

concepto en contra de ellas en un 100% y por partes iguales, a favor de la parte actora.

De esta manera queda resuelto el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la señora Martha Rincón Buriticá.

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 en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito el 22 de junio de 2021.

SEGUNDO. DECLARAR la ineficacia de la afiliación efectuada por la señora MARTHA RINCÓN BURITICÁ al régimen de ahorro individual con solidaridad el 24 de agosto de 1998 a través del fondo privado de pensiones PORVENIR S.A., y consecuentemente los movimientos ejecutados por la actora al interior del régimen de ahorro individual con solidaridad; quedando válida y vigente la afiliación primigenia efectuada por la accionante al régimen de prima media con prestación definida, administrado actualmente por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES.

TERCERO. 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 MARTHA RINCÓN BURITICÁ, proveniente de las cotizaciones efectuadas al sistema general de pensiones, junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado.

CUARTO. 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 a la señora MARTHA RINCÓN BURITICÁ durante su permanencia en la AFP PORVENIR S.A. y en la AFP HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., 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.

QUINTO. CONDENAR al fondo privado de pensiones PORVENIR S.A., de haber recibido el pago del bono pensional en favor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, a restituir la suma pagada por ese concepto a la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, monto que deberá estar debidamente indexado, precisándose que esa actualización del valor del bono pensional debe ser cancelado con su propio patrimonio.

SEXTO. 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 debe ser pagado por parte de esa entidad a favor de la cuenta de ahorro individual de la 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 24 de agosto de 1998.

SÉPTIMO. CONDENAR en costas en ambas instancias a las entidades accionadas 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

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:

b4217c0a4f3e5c0909261c34be66155b73ec5011f9c70863c12789b878edcc17

Documento generado en 09/02/2022 07:00:28 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>