

Constancia Secretarial: Vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 1° de febrero de 2022, la totalidad de los intervinientes remitieron en término los alegatos de conclusión al correo institucional, como se aprecia en las constancias de recepción que obran en la subcarpeta 05 de la carpeta de segunda instancia.

Pereira, 16 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, DOS DE MARZO DE DOS MIL VEINTIDÓS
Acta de Sala de Discusión No 28 de 28 de febrero de 2022

SENTENCIA ESCRITA

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el demandante **GERMÁN GÓMEZ NAGED** en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito el 25 de agosto de 2021, dentro del proceso que le promueve al fondo privado de pensión **PORVENIR S.A.**, así como a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**, cuya radicación corresponde al N°66001310500320200020501.

AUTO

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

ANTECEDENTES

Pretende el señor Germán Gómez Naged que la justicia laboral acceda a la nulidad y/o ineficacia 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 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: nació el 26 de febrero de 1957; después de haberse afiliado al régimen de prima media con prestación definida, se trasladó el 15 de junio 2004 al régimen de ahorro individual con solidaridad por medio de la AFP Porvenir S.A.; antes de suscribir el formulario de afiliación que significó el cambio de régimen pensional, el agente comercial del fondo privado de pensiones accionado le aseguró que el Instituto de Seguros Sociales, en el que él estaba afiliado, iba a desaparecer, lo que ponía en riesgo los aportes efectuados en esa entidad; después le dijo que en el RAIS se iba a pensionar con una mesada mucho más alta que la ofrecida en el RPM; sin embargo, no se le puso de presente cuales eran las consecuencias que conllevaba tomar esa decisión.

En documento de 10 de julio de 2020, ante solicitud elevada por él, la Administradora Colombiana de Pensiones negó su regreso al RPM, argumentando que se encontraba incurso en una prohibición legal.

La Administradora Colombiana de Pensiones dio respuesta a la acción -archivo 07 carpeta primera instancia- oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, argumentando que al revisar la historia laboral del señor Germán Gómez Naged, se evidencia la aprobación de su traslado al régimen de ahorro individual con

solidaridad el 15 de junio de 2004, motivo por el que dicho acto jurídico se reputa plenamente válido y eficaz, agregando que otro de los motivos para no acceder a las pretensiones, es la imposibilidad de ordenar el regreso del accionante al RPM, debido a que él se encuentra incurso en la prohibición legal establecida en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003. Formuló las excepciones de mérito que denominó “*Inexistencia de la obligación demandada*”, “*Prescripción*” y “*No condena en costas*”.

Al dar respuesta a la demanda -archivo 12 carpeta primera instancia-, la AFP Porvenir S.A. aceptó que el 15 de junio de 2004 el señor Germán Gómez Naged se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, suscribiendo voluntariamente el formulario de afiliación que lo vinculó a ese fondo privado de pensiones, sin embargo, estima que ese acto jurídico cumplió con el lleno de los requisitos exigidos en la ley, al habersele suministrado la información sobre las particularidades del RAIS, sus diferencias con el RPM, así como las consecuencias que se derivarían del cambio de régimen pensional. Sin embargo, en caso de que se hubiere configurado la nulidad relativa que se alega en la demanda, ella se saneó por el paso del tiempo como lo prevé el artículo 1750 del código civil. Pero, si en gracia de discusión se declarara la nulidad y/o ineficacia del traslado al RAIS, no resulta viable ordenar la restitución a Colpensiones de los gastos o cuotas de administración, ni el valor de las primas de los seguros previsionales. Se opuso a la totalidad de las pretensiones 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 eventual nulidad relativa*”, “*Inexistencia de la obligación de trasladar la comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS*”, “*Inexistencia de la obligación de trasladar el pago al seguro previsional cuando se declara la nulidad o la ineficacia de la afiliación al RAIS*”, “*Prescripción*”, “*Buena fe*” e “*Innominada o genérica*”.

En sentencia de 25 de agosto 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, determinó que el señor Germán Gómez Naged emitió una serie de confesiones en el interrogatorio de parte que la llevaban a concluir que el cambio de régimen pensional efectuado el 15 de junio de 2004 es eficaz, puesto que fue el propio afiliado quien buscó al fondo privado de pensiones Porvenir S.A. para trasladarse al RAIS, recibiendo posteriormente por parte de esa entidad la totalidad de la información que le permitía conocer las consecuencias que se originaban con la suscripción de ese acto jurídico, ya que el respectivo asesor comercial, además de manifestarle que el Instituto de Seguros Sociales iba a desaparecer, la mostró con base en unos cuadros que la mesada pensional en el régimen de ahorro individual con solidaridad iba a ser mejor que en el de prima media con prestación definida, además de algunos otros aspectos que, a su juicio, demuestran que la AFP Porvenir S.A. cumplió con la carga probatoria que le correspondía en este proceso, determinando posteriormente que con ese acto jurídico, materializado el 15 de junio de 2004, no se produjo asimetría en la información, pero que, de haberse configurado, ella habría desaparecido con el paso del tiempo, al haber recibido por parte del fondo privado de pensiones demandado los extractos con la información sobre sus cotizaciones al sistema general de pensiones, además de haber permanecido afiliado a ese régimen pensional durante más de quince años, sin haber hecho uso de las herramientas legales para regresar al RPM; quedando demostrados también los actos de relacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia.

Por las razones expuestas, negó la totalidad de las pretensiones elevadas por el señor Germán Gómez Naged, y a continuación lo condenó en costas procesales en un 100% a favor de las demandadas.

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación, manifestando que en el presente asunto no se dan los

presupuestos establecidos por la jurisprudencia para negar las pretensiones de la demanda, pues no es cierto, como lo afirma la funcionaria de primera instancia, que el cambio de régimen pensional del señor Germán Gómez Naged se haya realizado de conformidad con las exigencias de la época, ya que no es verdad que se haya probado que la AFP Porvenir S.A. le haya suministrado la totalidad de la información que debía ponerle de presente al afiliado para que el traslado se reputara válido y eficaz, debido a que la información que se le entregó al actor fue parcial, como se expuso en la demanda, sin que se le hubiera hecho explicación completa de las consecuencias que conllevaba trasladarse al RAIS, ya que, entre muchas otras cosas, no se le dijo como era la forma en la que se pensionaría en ese régimen pensional, ni las modalidades existentes en él.

Con base en lo expuesto, solicita que se revoque la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito y en su lugar se 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 totalidad de los intervinientes remitieron en término los alegatos de conclusión al correo institucional.

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 ella coinciden con los expuestos en la sustentación del recurso de apelación.

A su turno, las entidades demandadas, reiterando los argumentos expuestos al dar respuesta a la demanda, solicitaron la confirmación integral de la sentencia recurrida por la parte actora.

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 Germán Gómez Naged al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada el 15 de junio de 2004?

¿Con la permanencia del afiliado en ese régimen pensional durante más de quince 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 25 de agosto 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.”. (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>Etapa acumulativa</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</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</i>

	<i>derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>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 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 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 N°10770574 -pág.15 archivo 12 carpeta primera instancia-, el señor Germán Gómez Naged se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad el 15 de junio de 2004 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 totalidad de la información sobre las consecuencias que conllevaba tomar esa decisión; viciándose de esa manera su consentimiento.

Conforme con lo señalado por el demandante, se procederá a verificar, siguiendo, única y exclusivamente las reglas jurisprudenciales expuestas anteriormente, si la AFP 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 15 de junio de 2004 (primera etapa).

En lo que concierne al formulario de afiliación, más allá de que en dicho documento se evidencia la rúbrica del señor Germán Gómez Naged en la casilla denominada “7.1 *Voluntad de afiliación pensiones obligatorias*” 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 Germán Gómez Naged, al responder las preguntas efectuadas por la apoderada judicial de la Administradora Colombiana

de Pensiones, manifestó que únicamente ha estado afiliado al Instituto de Seguros Sociales y a la AFP Porvenir S.A., indicando que cuando se vinculó a esa última entidad en el año 2004, en una asesoría colectiva, se les manifestó por parte del agente comercial de ese fondo privado de pensiones, que el ISS iba a colapsar, indicándole a continuación que su situación pensional en Porvenir S.A. iba ser mucho mejor, asegurándole que la pensión sería mucho más alta que la ofrecida en el ISS, pero que, si continuaba en el ISS, su pensión quedaría en el aire.

A continuación, la directora del proceso, con el fin de ampliar el interrogatorio de parte, le hizo una serie de preguntas al señor Germán Gómez Naged, contestando que el día que suscribió el formulario de afiliación que lo vinculó a Porvenir S.A. se encontraba en la institución educativa en la que presta aún sus servicios, y después de oír que un compañero de trabajo comentó que el fondo privado de pensiones Porvenir S.A. era buenísimo, decidió bajar al sitio en el que estaba el asesor comercial de esa entidad para escucharlo y, en compañía de otros cuatro profesores, se reunieron con el promotor comercial, quien les mostró unas estadísticas que mostraban que la situación financiera del ISS era lamentable, para a continuación asegurarles que en ese fondo privado de pensiones obtendrían una mensualidad (mesada pensional) mucho mejor que la del ISS; posteriormente les dijeron que **en cualquier momento podían retirarse de ese fondo privado de pensiones y pasar a otra administradora pensional**, añadiendo que también se le manifestó que en el RAIS no era necesario tener una edad mínima para pensionarse y que en caso de fallecer, sus herederos podían recibir el saldo del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual.

A renglón seguido, ante las preguntas efectuadas por la falladora de primer grado, que el asesor comercial de Porvenir S.A. les expresó que en caso de no reunir el capital necesario para pensionarse, **recibiría una pensión de salario mínimo**, sin embargo, no le dijeron que en ese caso debía reclamar la devolución de saldos; no le informaron en ese momento, ni durante su permanencia en el RAIS, que podía hacer aportes voluntarios, pregunta que fue formulada en varias oportunidades por

la *a quo*, obteniendo del actor la misma respuesta negativa; respondiendo a la funcionaria de primera instancia, dijo que nunca se le dijo que los rendimientos financieros sobre el capital dependían del mercado bursátil; siguiendo con el interrogatorio, expuso que después de cambiar de régimen pensional le llegaban los extractos con la información de las cotizaciones efectuadas por su empleador, primero de manera física y después por correo electrónico; frente a ese punto, la juzgadora le preguntó que clase de información le llegaba al correo electrónico, respondiendo el accionante que eran archivos con los extractos y otros que no podía visualizar ya que se encontraban como encriptados, señalando que en algunos documentos que pudo ver se encontraban unos códigos e información financiera que no entendía; finalmente expone que cuando el fondo privado de pensiones le hizo una proyección de que su mesada sería aproximadamente de \$1.000.000, recordó que se le había dicho que **podía pasarse a una entidad de pensiones en cualquier tiempo** y fue cuando se dirigió a Colpensiones para regresar al RPM, pero la respuesta fue negativa porque ya había sobrepasado una edad determinada en la ley.

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, cabe concluir que ni del formulario de afiliación, ni del interrogatorio de parte absuelto por el señor Germán Gómez Naged, 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., como erradamente lo concluyó la falladora de primera instancia, ya que no es verdad que el afiliado se le haya brindado la información que la ley exigía para el 15 de junio de 2004, pues nótese que no solamente no se le pusieron de presente todas las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que en esa asesoría no se le dijo nada, por ejemplo, sobre la posibilidad de realizar aportes voluntarios, tampoco le dijeron que los rendimientos financieros y por ende el crecimiento del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual dependía de los mercados financieros, ni mucho menos se le explicaron cuáles eran las modalidades de pensión que existían en ese momento en el RAIS, pero sobre todo, algunas de las cosas que se le dijeron no se adecuaban a lo establecido en la

ley, ya que no era verdad que para el año 2004 **el afiliado pudiera pasarse en cualquier momento** a una de las administradoras pensionales del sistema general de pensiones, ya que el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003 establece el traslado entre regímenes pensionales solo puede efectuarse pasados cinco años después de haber realizado la selección inicial, pero sobre todo, que esos movimientos no se pueden realizar cuando al afiliado le faltaren diez años para cumplir la edad mínima de pensión; siendo errónea también la información consistente en que de no recaudarse el capital suficiente para financiar la pensión de vejez, se le reconocería una pensión de salario mínimo, ya que si de lo que se estaba hablando era de la garantía de pensión mínima, se le tenía que haber explicado al actor que ello solo operaba en caso de que reunirá cotizaciones correspondientes a por lo menos 1150 semanas, como lo prevé el 65 de la ley 100 de 1993; ello sin contar con que del interrogatorio de parte tampoco se desprende confesión en el sentido de haberse recibido la información sobre las características del régimen de prima media con prestación definida que estaba a punto de abandonar el afiliado, pues lo único que dijo fue que el Instituto de Seguros Sociales, entidad administradora de ese régimen pensional en ese entonces, estaba en una situación económica lamentable, pero en ningún momento confesó haber recibido la explicación sobre cada una de las características de ese régimen pensional; razones que llevan a concluir que el fondo privado de pensiones accionado no cumplió con la carga probatoria que le correspondía, al no quedar acreditado que le brindó al afiliado la información que por ley debía entregarle para el 15 de junio de 2004.

Tampoco es cierto que hubieren quedado probados los actos de relacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia, primero, porque del interrogatorio de parte no se desprende confesión en ese sentido, ya que lo que expuso el demandante es que después del cambio de régimen pensional se le remitían los extractos físicos con la información sobre las cotizaciones realizadas por su empleador y que con el tiempo las empezó a recibir vía correo electrónico, indicando que además de los extractos, se le remitían archivos que estaban

encriptados o que los que podía ver tenían una serie de códigos e información que no entendía, por lo que, de acuerdo con lo expuesto por el propio demandante, se desconoce por completo en el proceso cual era la información que contenían esos archivos, sin que se pueda presumir que esos documentos contenían información sobre las características de los regímenes pensionales que conforman el sistema general de pensiones, sin que tampoco existan otras pruebas en el plenario que demuestren que la asimetría en la información que se produjo el 15 de junio de 2004, desapareció con el paso de los años, ya que ninguna de las pruebas documentales arrimadas al proceso demuestra que, por ejemplo, antes de cumplir los 52 años, se le hubiere informado al demandante que estaba próximo a quedar inmerso en la prohibición legal que le impedía regresar en término al régimen de prima media con prestación definida y mucho menos que recibió asesoría en la que se le exhibiera que era lo que más le convenía en materia pensional antes de llegar a esas edad, con el fin de que el afiliado tomara la decisión consciente de regresar al RPM o quedarse definitivamente en el RAIS con todas las consecuencias que ello implicaba; omisiones éstas que demuestran que en este caso, no se produjeron esos actos de relacionamiento, por cuanto la asimetría de la información que se produjo el 15 de junio de 2004 no desapareció mientras el accionante estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Así las cosas, 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 que significó el traslado del afiliado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 15 de junio de 2004, por lo que todos los actos posteriores ejecutados dentro del RAIS carecen de validez; quedando válida y vigente la afiliación primigenia efectuada por el accionante al RPM, actualmente administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones.

Al no tener ningún efecto jurídico el traslado efectuado por el señor Germán Gómez Naged 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 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, 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 Porvenir S.A. 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 al fondo privado de pensiones 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 del afiliado en esa entidad 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 15 de junio de 2004, se generó en ese momento un bono pensional tipo A en favor del señor Germán Gómez Naged, nacido el 26 de febrero de 1957 como se aprecia en la copia de su cédula de ciudadanía -pag.28 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 26 de febrero de 2019, fecha en que el 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 del demandante antes del 26 de marzo de 2019; razón por la que, al tener que restituirse las cosas al estado en el que se encontraban para el 15 de junio de 2004, al carecer de efectos jurídicos el traslado al RAIS ejecutado en esa calenda, se condenará al fondo privado de pensiones Porvenir S.A. a que, en caso de haber recibido el pago del bono pensional en favor de la cuenta de ahorro individual del actor, proceda 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 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 15 de junio de 2004.

En torno al hecho de 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 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 del demandante 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 la apoderada judicial del señor Germán Gómez Naged.

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 25 de agosto de 2021.

SEGUNDO. DECLARAR la ineficacia de la afiliación efectuada por el señor GERMÁN GÓMEZ NAGED al régimen de ahorro individual con solidaridad el 15 de junio de 2004 a través del fondo privado de pensiones PORVENIR S.A., quedando válida y vigente la afiliación primigenia efectuada por el accionante al régimen de prima media con prestación definida, ejecutada en ese entonces ante el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy 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 del señor GERMÁN GÓMEZ NAGED, 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 al señor GERMÁN GÓMEZ NAGED 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.

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 del 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.

SEXO. 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 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 15 de junio de 2004.

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

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:

6176407d7c8b8e3f1cf5c6d96c546a5a28cf7f70b54c0a642d7287cd28eda3a7

Documento generado en 02/03/2022 08:20:08 AM

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