

Constancia Secretarial: Vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 8 de febrero de 2022, la totalidad de los intervinientes remitieron en término los alegatos de conclusión al correo institucional, tal y como se ve en las constancias de recepción que obran en la subcarpeta 08 de la carpeta de segunda instancia.

Pereira, 23 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, VEINTITRÉS DE MARZO DE DOS MIL VEINTIDÓS**

Acta de Sala de Discusión No 042 de 22 de marzo de 2022

SENTENCIA ESCRITA

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito el 19 de octubre de 2021, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de COLPENSIONES, dentro del proceso promovido por la señora MARTHA LUCÍA CARMONA NADER, cuya radicación corresponde al N°66001310500520190023501.

AUTO

Se reconoce personería para actuar dentro del proceso de la referencia al doctor JORGE MARIO HINCAPIÉ LEÓN, como apoderado 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 la señora Martha Lucía Carmona Nader que la justicia laboral acceda a la nulidad de la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad y consecuentemente que se declare válida y vigente la afiliación primigenia efectuada al régimen de prima media con prestación definida. Con base en ello, aspira que se condene al fondo privado de pensiones Porvenir S.A. a girar la totalidad de los emolumentos a que haya lugar a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, lo que resulte probado extra y ultra petita, además de las costas procesales a su favor.

Refiere que: Nació el 14 de febrero de 1965; se afilió al régimen de prima media con prestación definida el 30 de noviembre de 1985 a través del empleador Atempí del Valle Ltda.; cotizó en ese régimen pensional hasta antes de suscribir el formulario de afiliación N°00625890 el 4 de octubre de 1995, cuando se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad por medio de la AFP Porvenir S.A.; para firmar ese documento, se le dijo por parte de esa entidad, que en el RAIS obtendría una mesada pensional mucho más alta que en RPM, pero que, si no quería acceder al derecho pensional, a pesar de cumplir con los requisitos exigidos para ello, podría reclamar la devolución de saldos junto con el valor del bono pensional.

El 22 de julio de 2019, ante solicitud elevada por ella, la Administradora Colombiana de Pensiones le negó el retorno al régimen de prima media con prestación definida, manifestándosele que se encuentra incurso en la prohibición legal prevista en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003.

Al contestar la acción -págs.119 a 129 expediente digitalizado- la Administradora Colombiana de Pensiones sostuvo que, de acuerdo con la información contenida en sus bases de datos, la señora Martha Lucía Carmona Nader estuvo afiliada en el régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS entre el 30 de noviembre de 1985 y el 4 de octubre de 1995, fecha en que se evidencia un traslado al RAIS por medio de la AFP Porvenir S.A., el cual se reputa válido al cumplir con las exigencias legales de la época, pero, en caso de que se hubiere configurado la nulidad que se alega en la demanda, ella se saneó por el paso del tiempo como lo prevé el artículo 1750 del código civil. Se opuso a las pretensiones elevadas por la demandante y formuló las excepciones de mérito que denominó

“Validez de la afiliación al RAIS”, “Saneamiento de una presunta nulidad”, “Solicitud de traslado de dineros de gastos de administración”, “Prescripción”, “Imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal”, “Buena fe”, “Imposibilidad de condena en costas” y “Declaratoria de otras excepciones”.

Por su parte, el fondo privado de pensiones Porvenir S.A. contestó el libelo introductorio -págs.160 a 174 expediente digitalizado-, sosteniendo que el traslado de régimen pensional efectuado por la señora Martha Lucía Carmona Nader cumplió con todos los requisitos legales que se exigían para el 4 de octubre de 1995, como quedó consignado con su rúbrica en el formulario de afiliación, lo que demuestra que esa decisión fue tomada de manera libre, espontánea y sin presiones; no obstante, en caso de que así no hubiere sido, la nulidad relativa que se alega en la acción se habría saneado por el paso del tiempo como lo determina el artículo 1750 del código civil. Se opuso a la totalidad de las pretensiones y planteó las excepciones de fondo de *“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 ineficacia de la afiliación al RAIS”, “Prescripción”, “Buena fe” e “Innominada o genérica”.*

En sentencia de 19 de octubre 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 afiliada Martha Lucía Carmona Nader, esto es, las características de ambos regímenes pensionales con sus ventajas y desventajas, razón por la que accedió a la ineficacia del traslado al RAIS surtido el 4 de octubre de 1995; motivo por el que declaró válida y vigente la afiliación primigenia efectuada al régimen de prima media con prestación definida por medio del Instituto de Seguros Sociales.

Como consecuencia de esas declaraciones, condenó a la AFP Porvenir S.A. a restituir a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, la totalidad de las sumas de dinero provenientes de los aportes o cotizaciones efectuados al sistema

general de pensiones, junto con sus intereses y rendimientos financieros; además de ordenarle reintegrar, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexadas, las sumas que descontó al afiliado por concepto de gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como los dineros destinados a financiar la garantía de pensión mínima.

Así mismo, ordenó comunicar la decisión adoptada a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que a través de un trámite interno y haciendo uso de canales institucionales, ejecute todas las acciones a que haya lugar para dejar las cosas en el estado en el que se encontraban antes del 4 de octubre de 1995, procediendo, entre otras cosas, a anular o dejar sin vigencia el bono pensional tipo A que se generó en favor de la señora Martha Lucía Carmona Nader.

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

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

La apoderada judicial del fondo privado de pensiones Porvenir S.A. sostiene que en el proceso quedó demostrado que esa entidad cumplió con las exigencias que se encontraban vigentes para la época en que se produjo el cambio de régimen pensional de la señora Martha Lucía Carmona Nader, al brindársele la información que para ese momento correspondía, como quedó acreditado con el formulario de afiliación suscrito de manera libre, espontánea y sin presiones, además de lo expuesto por ella misma en el interrogatorio de parte, razón por la que no hay lugar a acceder a la ineficacia del acto jurídico del traslado al RAIS; añadiendo que otro argumento que impide llegar a esa decisión, es el hecho consistente en que la accionante se encuentra inmersa en la prohibición legal prevista en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003.

En caso de que no se revoque la sentencia de primera instancia con base en los argumentos expuestos anteriormente, estima que la única consecuencia económica que genera la declaratoria de ineficacia del traslado, es la restitución

de los dineros provenientes de las cotizaciones o aportes al sistema general de pensiones, y no todos los emolumentos ordenados por la *a quo*, sobre todo los concernientes a los gastos o cuotas de administración y los valores de las primas de los seguros previsionales, ya que esos dineros fueron cobrados por ministerio de la ley y permitieron la excelente gestión de Porvenir S.A. al frente de la cuenta de ahorro individual de la accionante, lo que le permitió obtener unos muy buenos rendimientos financieros, que según un estudio efectuado por Asofondos corresponde al 74% del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de los afiliados; precisando también que durante todo ese tiempo estuvo debidamente cubierta frente a los riesgos de invalidez y muerte; y añadiendo que el pago de esos dineros a Colpensiones genera un enriquecimiento sin justa causa en favor de esa entidad y causa un detrimento patrimonial al fondo privado de pensiones demandado.

Finalmente, estima que no hay lugar a que se emita condena en costas procesales, por cuanto el comportamiento y accionar de Porvenir S.A. se ha ceñido al estricto cumplimiento de la ley, en aplicación del principio de buena fe.

La apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones argumenta que no es procedente la declaratoria de ineficacia del traslado, no solamente porque el cambio de régimen pensional se ejecutó cumpliendo el lleno de los requisitos exigidos en la ley, pero sobre todo porque realmente la acción que se debió incoar en este asunto es la prevista en el decreto 720 de 1994 y no la de nulidad o ineficacia del traslado, al quedar demostrado que la razón de ser de la demanda es por un supuesto perjuicio económico que considera haber sufrido la afiliada. Tampoco resulta procedente que Colpensiones, quien nada tuvo que ver en la materialización de ese acto jurídico, se vea perjudicada teniendo que recibir a una persona que claramente decidió vincularse a otro régimen pensional, en el que ha estado vinculado por más de veinte años, lo que de paso demuestra los actos de relacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia.

Finalmente, asevera que no es posible ordenar el regreso del accionante al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, en consideración a que el señor Jairo Barbosa Naranjo se encuentra incurso en la prohibición legal prevista en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003.

Al haber resultado afectados los intereses de la Administradora Colombiana de Pensiones, se dispuso también el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Conforme se dejó plasmado en la constancia emitida por la Secretaría de la Corporación, la totalidad de los intervinientes hicieron uso del derecho a presentar alegatos de conclusión en término.

En cuanto al contenido de los alegatos de conclusión remitidos por las entidades recurrentes, teniendo en cuenta que el artículo 279 del CGP dispone que *“No se podrá hacer transcripciones o reproducciones de actas, decisiones o conceptos que obren en el expediente.”*, baste decir que los argumentos emitidos por cada una de ellas coinciden con los expuestos en la sustentación de los recursos de apelación.

Por su parte, la apoderada judicial de la parte actora solicitó la confirmación integral de la sentencia emitida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito el 19 de octubre de 2021.

Cuestión previa

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

los sucesivos la posición mayoritaria que ostenta la mencionada Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

PROBLEMAS JURÍDICOS

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

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

¿Hay lugar a declarar ineficaz la afiliación de la señora Martha Lucía Carmona Nader al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada el 4 de octubre de 1995?

¿Durante la permanencia de la afiliada en el régimen de ahorro individual con solidaridad, desapareció la asimetría en la información que se echa de menos en la presente acción?

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

¿Tiene razón el fondo privado de pensiones accionado cuando afirma que en caso de que se acceda a la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, la única condena que procede es la restitución de los dineros provenientes de las cotizaciones al sistema general de pensiones?

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

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

¿Hay lugar a absolver al fondo privado de pensiones Porvenir S.A. de las costas procesales en primera instancia?

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

FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL

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

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

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

	dar información	información
<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 perjudicarlo</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 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; por lo que bajo esa única y exclusiva postura, no le asiste razón a la Administradora Colombiana de Pensiones cuando sostiene que la acción que resuelve este tipo de casos es la resarcitoria de perjuicios prevista en el artículo 10 del decreto 720 de 1994.

Resuelto lo anterior, se tiene entonces que con la solicitud de vinculación N°00625890 -págs.49 y 175 expediente digitalizado-, la señora Martha Lucía Carmona Nader se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad el 4 de octubre de 1995 cuando se vinculó a la AFP Porvenir S.A., sin embargo, la demandante inicia la presente acción al considerar que el cambio del RPM al RAIS no se cumplió con el lleno de los requisitos legales al no habersele suministrado la

totalidad de la información sobre las consecuencias que conllevaba tomar esa decisión; viciándose de esa manera su consentimiento.

Conforme con lo señalado por la demandante, se procederá a verificar, siguiendo, única y exclusivamente las reglas jurisprudenciales expuestas anteriormente, si la AFP Porvenir S.A. -quien tiene la carga probatoria en este tipo de procesos (como se explicó en el punto cuatro del fundamento jurisprudencial)-, cumplió con el deber legal de información que le correspondía para el 4 de octubre de 1995 (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 Lucia Carmona Nader 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.

En el interrogatorio de parte, la afiliada Martha Lucía Carmona Nader informó que actualmente se encuentra activa como cotizante, prestando sus servicios como administradora de empresas en una manufacturera. En torno al traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, manifestó que en el año 1995 los asesores comerciales del fondo privado de pensiones Porvenir S.A. visitaron las instalaciones de la empresa para la que prestaba sus servicios, y en una reunión colectiva se les dijo que era más conveniente trasladarse al RAIS debido a que el Instituto de Seguros Sociales iba a desaparecer, asegurándoseles a continuación que en ese régimen pensional contaban con grandes ventajas, como era pensionarse de manera anticipada y con una mesada mucho más alta que la ofrecía en el RPM, y que, si no quería pensionarse, podía optar por la devolución de saldos junto con el valor del bono pensional.

Ante varias preguntas efectuadas por la directora del proceso, la demandante expresó que esas fueron las únicas características que le informaron sobre el régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que desconoce lo correspondiente a los rendimientos financieros, los requisitos para acceder a la pensión de vejez, las

modalidades pensionales existentes en ese régimen pensional, ni mucho menos que podía regresar al RPM antes de que cumpliera los 47 años; a continuación respondió que no se le explicaron cuales eran las desventajas de abandonar el régimen de prima media con prestación definida.

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, ni del formulario de afiliación, ni del interrogatorio de parte absuelto por la señora Martha Lucía Carmona Nader, 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 4 de octubre de 1995 dejó de prolongarse con el paso de los años, pues a pesar de que la accionante se mantuvo activa como cotizante dentro de ese régimen pensional durante más de veinte años, lo cierto es que estos hechos, esto es, su permanencia en el RAIS durante todo ese tiempo y haber efectuado cotizaciones al sistema general de pensiones a través de ese régimen pensional, 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, nótese que en este caso no se configuraron los actos de relacionamiento de los que habla la Sala de Casación Laboral, ya que no existen pruebas en el proceso que demuestren que la señora Martha Lucía Carmona Nader 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;** 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 4 de

octubre de 1995 no desapareció mientras la accionante estuvo afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Por lo expuesto, al no haberse demostrado que a la accionante se le brindó la información que por ley correspondía y que su permanencia en el RAIS por más de veinte años no hizo desaparecer la asimetría en la información que se produjo el 4 de octubre de 1995, indefectiblemente, conforme con lo sentado por la Corte Suprema de Justicia, no queda otro camino que confirmar la decisión emitida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito, consistente en declarar la ineficacia del acto jurídico por medio del cual la accionante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 4 de octubre de 1995, por lo que todos los actos posteriores ejecutados dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad carecen de validez.

Al no tener ningún efecto jurídico el traslado efectuado por la afiliada Martha Lucía Carmona Nader al régimen de ahorro individual con solidaridad, se confirmará la condena emitida por la *a quo* en contra de la AFP Porvenir S.A., consistente en girar a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones el capital existente en la cuenta de ahorro individual, proveniente de los aportes o cotizaciones al sistema general de pensiones, junto con sus intereses y rendimientos financieros; tal y como lo ha ordenado la Corte Suprema de Justicia en las providencias que se han citado a lo largo de la presente providencia.

Además de restituir los emolumentos relacionados líneas atrás, necesario resulta traer a colación la sentencia SL3034 de 7 de julio de 2021 en la que la Corte Suprema de Justicia reiteró que otra de las consecuencias prácticas que trae la declaración de ineficacia, es la de restituir los gastos o cuotas de administración descontados por los fondos privados de pensiones durante la permanencia de los afiliados en esas entidades, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, como correctamente lo determinó la falladora de primera instancia.

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

permanencia en esa entidad y que estuvieron destinados a cancelar las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como los valores dirigidos 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 4 de octubre de 1995 y teniendo en cuenta que para esa fecha la demandante tenía cotizadas 467,57 semanas en el régimen de prima media con prestación definida, como se aprecia en la historia laboral de la demandante allegada por Colpensiones -subcarpeta 02 carpeta primera instancia-, cumpliéndose de esa forma con los presupuestos consagrados en el artículo 115 de la ley 100 de 1993, se generó en favor de la señora Martha Lucía Carmona Nader un bono pensional tipo A; por lo que, a pesar de no existir prueba que demuestre el estado actual de ese título de deuda pública, lo cierto es que el mismo se redimiría normalmente el 14 de abril de 2025, fecha en que la accionante arribará a los 60 años, al haber nacido en la misma calenda del año 1965, como se registra en la copia de su cédula de ciudadanía -pág.29 expediente digitalizado-.

En tanto, como la declaratoria de ineficacia trae como consecuencia que las cosas se reestablezcan al estado en el que se encontraban antes del 4 de octubre de 1995, adecuada fue la decisión de la *a quo* consistente en comunicar la decisión adoptada en este asunto a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que, en un trámite interno y a través de canales institucionales, ejecute todas las acciones a que haya lugar para dejar las cosas en el estado en el que se encontraban antes del 4 de octubre de 1995, procediendo, entre otras cosas y de ser el caso, a anular o dejar sin vigencia el bono pensional que se generó a favor de la señora Martha Lucía Carmona Nader y que tenía como fecha de redención normal el 14 de abril de 2025, aplicando con ello lo previsto en el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995 modificado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 hoy recopilado en el Decreto 1833 de 2016.

En torno al hecho consistente en 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 carece de validez y por tanto la demandante siempre ha estado afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por Colpensiones, lo que muestra que de ninguna manera se está ordenando un nuevo traslado entre regímenes pensionales y por tanto no se transgrede la prohibición legal prevista en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

Respecto a la condena en costas emitida en el curso de la primera instancia en contra de Porvenir S.A., el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece que “Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso”, lo que permite concluir que, de acuerdo con el resultado arrojado en el proceso, el cual fue desfavorable a sus intereses, le correspondía a la *a quo* emitir condena en su contra por dicho concepto, la cual encuentra debidamente ajustada a derecho esta Corporación.

Como quiera que en la sentencia STL10364-2020 la Sala de Casación Laboral instó a esta Sala a tener en cuenta que la condena en costas se debe fulminar con independencia de los factores subjetivos que pudieren existir en favor de la persona que resulte vencida o de aquella a quien se resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, las costas en esta instancia corren a cargo de las entidades recurrentes en un 100% y por partes iguales, a favor de la demandante.

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

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia recurrida y consultada.

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

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

Quienes integran la Sala,

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

Magistrado Ponente

Aclara Voto

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Magistrada

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

Magistrado

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

Firmado Por:

Julio Cesar Salazar Muñoz

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 2 Laboral

Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Ana Lucia Caicedo Calderon

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 1 Laboral

Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

German Dario Goez Vinasco

Magistrado

Sala 003 Laboral

Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

b932eb5517d709c71cbc99b6fb5190dd0b24deba1e600a97db3345fe0f934011

Documento generado en 23/03/2022 07:08:02 AM

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