

Constancia Secretarial: Vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 11 de agosto de 2022, las partes remitieron en término los alegatos de conclusión, como se aprecia en los archivos 05 a 07 de la carpeta de segunda instancia.

Pereira, 29 de agosto de 2022.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
PEREIRA, SIETE DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL DOS
Acta de Sala de Discusión No 139 de 5 de septiembre de 2022

SENTENCIA ESCRITA

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira el 17 de mayo de 2022, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de COLPENSIONES, dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor FREDY ENIO ORTÍZ ÁLVAREZ, radicado al N°66001310500420210021901.

ANTECEDENTES

Pretende el señor Freddy Enio Ortiz Álvarez que la justicia laboral declare la ineficacia del traslado que efectuó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de Porvenir S.A., y consecuente con ello, 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 a Porvenir S.A., a liberarla de sus bases de datos y a trasladar todos los saldos existentes en su cuenta de ahorro individual con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones, y a las costas procesales a su favor.

Refiere que: Nació el 30 de mayo de 1959; se afilió al régimen de prima media el 24 de julio de 1978, donde efectuó cotizaciones hasta el mes de noviembre de 1994; debido a una multifiliación que existió entre la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, quedó válidamente afiliado a ésta última; el 12 de agosto de 2009 suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir S.A., por cuanto los asesores

comerciales de dicho fondo de pensiones privado, le aseguraron que la mesada pensional sería mucho más alta que la que recibiría en el RPMPD, que el Seguro Social estaba próximo a desaparecer y los aportes quedarían en riesgo de perderse, razón por la que tomó la decisión de trasladarse sin que hubiese sido informado sobre las posibles ventajas y desventajas que tendría al trasladarse.

Indica que en documento radicado 0105672023320500 el referido fondo privado le informa que no cuenta con soportes físicos de la asesoría brindada al momento de la vinculación, por lo que no existe documento alguno que permita establecer que cumplió con lo previsto en el Estatuto Orgánico Financiero. Por último, señala que el 13 de abril de 2021 Colpensiones negó su solicitud de traslado al RPMPD, por encontrarse a 10 años o menos del requisito de tiempo para pensión.

Al contestar la acción, la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones se opuso a la totalidad de las pretensiones, manifestando que, para el momento en que se expidió la Ley 100 de 1993, el demandante tenía la posibilidad de escoger cualquiera de los dos regímenes pensionales que fueron creados, resultando que con la suscripción del formulario en la AFP Porvenir S.A., tomó la decisión de manera libre y espontánea de trasladarse, entendiéndose así, su deseo de acogerse al RAIS, de modo que, es él, quien debe acreditar que la información suministrada fue equivocada o engañosa, máxime cuando su voluntad ha sido permanecer en dicho régimen pensional por más de 26 años. Solicita que, en caso de considerarse prósperas las pretensiones de la demanda, se condene a título de sanción a las AFP's involucradas a pagar a Colpensiones un cálculo actuarial equivalente al valor total de las mesadas pensionales, liquidadas bajo los parámetros del régimen de prima media, teniendo en cuenta la expectativa de vida del demandante y sus beneficiarios. En su defensa formuló como excepciones de mérito "*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 -Colpensiones*", "*Imposibilidad de condena en costas*" y "*Declaratoria de otras excepciones*", (archivo 09 del expediente digital).

La AFP Porvenir S.A. guardó silencio dentro del término otorgado para descorrer el traslado, motivo por el que su conducta fue tenida en como indicio grave en su contra, (archivo 15 del expediente digital).

En sentencia de 17 de mayo de 2022, la funcionaria de primera instancia, luego de tener por demostrado que la afiliación inicial del accionante al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuada el 26 de abril de 1994 fue anulada después de resolverse el problema de multifiliación, procedió a verificar, aplicando en su

integridad la jurisprudencia vigente que sobre el tema ha emitido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si el traslado al RAIS efectuado por el señor Freddy Enio Ortiz Álvarez el 12 de agosto de 2009 se presentó en términos de eficacia, concluyendo, después de valorar los distintos medios de prueba allegados al proceso, que la AFP Porvenir S.A., no cumplió con la carga probatoria que le correspondía, al no haberse demostrado que cumplió con el debido deber de información que por ley le asistía para con el afiliado para ese momento histórico, esto es, las características de ambos regímenes pensionales con sus ventajas y desventajas, razón por la que decidió acceder a la ineficacia del traslado al RAIS surtido el 12 de agosto de 2009; declarando a continuación válida y vigente la afiliación primigenia efectuada al régimen de prima media administrado actualmente por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

Como consecuencia de esas decisiones, condenó a Porvenir S.A., a girar con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor, proveniente de las cotizaciones efectuadas al sistema general de pensiones, junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado; así mismo, a restituir con cargo a sus propios recursos y debidamente indexadas, las sumas de dinero descontadas al afiliado durante su permanencia en las respectivas entidades, y que fueron destinadas a pagar las cuotas de administración, así como los destinados a financiar la garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, con cargo a los recursos propios del fondo privado de pensiones.

Aunado a ello, ordenó a dicha entidad que, en caso de haber recibido el pago del bono pensional en favor de la cuenta de ahorro individual del demandante, procediera a restituir la suma recibida por tal concepto a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, debidamente indexada y con cargo a su propio patrimonio. Así mismo, comunicar la decisión adoptada a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que, en caso de que se haya emitido un bono pensional, a través de un trámite interno y haciendo uso de canales institucionales, ejecute todas las acciones a que haya lugar para retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban.

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

Inconformes con la decisión, Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones interpusieron recursos de apelación en los siguientes términos:

La apoderada judicial Porvenir S.A. manifiesta que, no está de acuerdo con que se haya ordenado la restitución de los gastos de administración, los rendimientos financieros, las primas de seguros previsionales y los pagos aportes al fondos de solidaridad pensional, ya que esos son rubros que se cobran por ministerio de la Ley, no por capricho, y tienen como finalidad gestionar adecuadamente las cuentas de ahorro individual de los afiliados, protegerlos de los siniestros de invalidez y muerte, siendo improcedente que se le ordene al fondo privado reintegrar unos dineros que ya fueron entregados a un tercero, como lo son las aseguradoras y reaseguradoras que financian las pensiones de invalidez y sobrevivientes, máxime que se ha establecido que las cosas deben volver al estado en que se encontraban antes del traslado de régimen pensional. Agrega que el actor no puede retornar al RPMPD por encontrarse inmerso en una prohibición legal, pues a la fecha cuenta con 62 años de edad. Finalmente indica que, el actuar del fondo de pensiones se encuentra ajustado a derecho y en consonancia con el principio de buena fe, motivo por el cual no está de acuerdo tampoco con la condena en costas procesales. Por lo anterior, solicita se revoque la sentencia y se le absuelva de las condenas.

Por su parte, el apoderado judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones manifestó que, en el proceso no se logró determinar la existencia de algún tipo de vicio en el consentimiento de error o dolo por falta de información por parte de la AFP Porvenir, además de que se presentó una multifiliación, y el actor regresó bajo su voluntad al RAIS, suministrándosele la información respectiva.

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 de la Secretaría de la Corporación, las partes remitieron en término alegatos de conclusión.

En cuanto al contenido de los alegatos de conclusión remitidos, 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 esgrimidos por las recurrentes coinciden con los expuestos en la sustentación de los recursos de apelación. A su turno, los de la parte actora están encaminados a que se confirme en su integridad la sentencia de primera instancia.

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 que efectuó el señor Freddy Enio Ortíz Álvarez al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 12 de agosto de 2009?

¿Existe incongruencia entre lo pedido en la demanda y lo resuelto por la juez de primer grado como lo alega la Administradora Colombiana de Pensiones en su alzada?

¿Con la permanencia de la afiliada en el régimen de ahorro individual durante más de veinte años y el movimiento efectuado al interior del mismo 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?

¿Les asiste razón a los fondos privados de pensiones cuando afirman que no es dable ordenar la restitución de los dineros que fueron cobrados por

concepto de gastos de administración y primas de los seguros previsionales?

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

¿Existe algún inconveniente en torno a que la afiliada se encuentre a menos de diez años de arribar a la edad mínima de pensión prevista en el RPM?

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 RÉGIMENES 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 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

Como se aprecia en la respuesta emitida por la AFP Porvenir S.A. según comunicado 0105672023320500 (pág31 del archivo 04 del expediente digital, así como en la información contenida en el historial de vinculaciones del SIAFP de Asofondos allegada por dicho fondo privado, (pág.2 del archivo 16), en conjunto con la historia laboral emitida por esa misma entidad administradora de fondo de pensiones, no existe duda de que el traslado del señor Freddy Enio Ortiz Álvarez al régimen de ahorro individual con solidaridad se produjo el 12 de agosto de 2009 a través de la AFP Porvenir S.A., por cuanto el acto jurídico ejecutado el 26 de abril de 1994 fue anulado en comité multifiliación, quien determinó que el accionante debía continuar vinculado al régimen de prima media con prestación definida administrado en ese entonces por el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones; razón por la que el análisis que deba hacerse en este caso, se realizará en torno a la afiliación efectuada el 12 de agosto de 2009, efectivo a partir del 1 de octubre de ese mismo año, calenda para la que se produjo realmente el cambio entre regímenes pensionales; situaciones éstas que fueron correctamente definidas por la sentenciadora de primer grado.

Aclarado lo anterior y 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.

Precisado lo anterior, se tiene que el señor Freddy Enio Ortiz Álvarez se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad el 12 de agosto de 2009 efectivo a partir del mes de octubre de ese mismo año, a través de la vinculación con la AFP Porvenir S.A., sin embargo, el demandante inicia la presente acción al considerar que, en el cambio del RPM al RAIS no se cumplió con el lleno de los requisitos legales, pues no se le suministró 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 12 de agosto de 2009.

Lo primero que debe indicarse, es que la codemandada Porvenir S.A., no contestó la demanda, y por ende, ningún elemento de prueba allegó al proceso que permita establecer que el accionante fue debidamente informado al momento del traslado de régimen pensional, otorgando su consentimiento de forma libre, voluntaria y sin presiones; ni tampoco que el referido dicho fondo de pensiones cumplió el deber de información a su cargo, como lo alegan las demandadas en su alzada.

Ahora bien, del interrogatorio de parte que rindió el señor Freddy Enio Ortiz Álvarez no se observa ninguna manifestación que pueda ser tenida como confesión, pues únicamente hizo alusión al formulario de afiliación suscrito con la AFP Porvenir S.A. el 24 de abril de 1994, el cual fue anulado por multivinculación, agregando que no recuerda cómo se dio el traslado de régimen pensional para el año 2009, pues la Alcaldía de Bucaramanga, con quien laboraba para esa época, era la que hacía los traslados.

Por ende, siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, no existe ninguna prueba respecto a los pormenores del traslado de régimen pensional que según las probanzas aportadas al proceso, se materializó el 12 de agosto de 2009, con la AFP Porvenir S.A., de modo que, no le asiste razón al apoderado judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones cuando afirma que al demandante se le suministró la información debida al momento de su traslado de régimen, pues el fondo privado accionado, a quien le correspondía demostrar el consentimiento informado y debida asesoría no allegó ninguna probanza en tal sentido y el actor en su interrogatorio no recordó nada de dicha vinculación.

Así las cosas, del material probatorio recopilado en el plenario no 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 12 de agosto de 2009 dejó de prolongarse con el paso de los años.

Es que, nótese que no existen pruebas en el proceso que demuestren que la demandante fue conociendo paulatinamente la totalidad de las características de cada uno de los regímenes pensionales que componen el sistema general de pensiones, pues no se probó que, tuviera el conocimiento de cuáles son los requisitos necesarios para pensionarse en el RAIS o en el RPM, que se le informó sobre las diferentes modalidades de pensión existentes en el régimen de ahorro

individual con solidaridad, además de no existir prueba que demuestre que se le hizo la reasesoría antes de cumplir los 50 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 afiliado; de modo que, la asimetría de la información que se produjo el 12 de agosto de 2009 no desapareció mientras el accionante estuvo afiliado al RAIS.

Por lo expuesto, al no quedar probado en el proceso que al accionante se le brindó la información que por Ley correspondía y mucho menos que se presentaron actos de relacionamiento que hicieron desaparecer la asimetría en la información que se produjo el 12 de agosto de 2009, indefectiblemente, conforme con lo sentado por la Corte Suprema de Justicia, no queda otro camino que confirmar la decisión emitida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, consistente en declarar la ineficacia del acto jurídico por medio del cual el accionante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, quedando válida y vigente la afiliación primigenia efectuada al régimen de prima media con prestación definida, como correctamente lo definió la *a quo*.

Así las cosas, al no tener ningún efecto jurídico el traslado efectuado por el accionante al régimen de ahorro individual con solidaridad el 12 de agosto de 2009, efectivo a partir del mes de octubre del mismo año, ni ninguno de los actos ejecutados al interior del mismo, correcta resultó la decisión de la *a quo* de condenar a Porvenir S.A., a restituir 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 que se hayan causado, 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 esta 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 el fondo privado durante la permanencia de los afiliados, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, como correctamente lo ordenó la falladora de primera instancia a la AFP Porvenir S.A.

Bajo esa misma óptica, correcta resultó la decisión de la *a quo* consistente en condenar a Porvenir S.A. a reintegrar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores que fueron cobrados a la actora durante su permanencia en esas entidades

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 estén afectando los intereses de terceros que no asistieron al proceso, esto es, de 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 haber operado un traslado desde el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 12 de agosto de 2009, se generó en ese momento un bono pensional tipo A en favor del señor Freddy Enio Ortíz Álvarez, ya que de acuerdo a la información vertida en la historia laboral allegada por Colpensiones, (archivo 11 del expediente digital), el afiliado cotizó 259.71 semanas antes de trasladarse al RAIS, cumpliéndose de esta manera con lo previsto en el artículo 115 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, 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 redimió normalmente el pasado 30 de mayo de 2021, fecha en que el accionante cumplió los 62 años de edad, al haber nacido en la misma calenda del año 1959, como se verifica en la información inmersa en la copia de su cédula de ciudadanía, (pág.28 del archivo 04); 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 30 de junio de 2021; razón por la que, al tener que restituirse las cosas al estado en el que se encontraban antes del 12 de agosto de 2009, al carecer de efectos jurídicos el traslado al RAIS ejecutado en esa calenda, le corresponde a la AFP Porvenir S.A., en caso de haber recibido el pago del bono pensional en favor de la cuenta de ahorro individual de la actora, proceder con su restitución a favor de la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, suma que deberá estar debidamente indexada, precisándose que esa actualización corre por cuenta de los recursos propios del fondo privado de pensiones Porvenir S.A.; como correctamente lo ordenó el juzgado de conocimiento.

Así mismo, atinada fue la decisión emitida por la falladora de primer grado, relativa a comunicar la presente decisión a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, 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 en 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 antes de que se produjera el cambio de régimen pensional del afiliado.

En torno al hecho de que el afiliado arribó a la edad mínima de pensión exigida en el RPM, ello en nada afecta 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 la Administradora Colombiana de Pensiones 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.

Finalmente, 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 debe fulminarse con independencia de los factores subjetivos que pudieran existir en favor de la persona que resulte vencida o de aquella a quien se resuelva desfavorablemente la apelación, las costas en esta instancia corren a cargo de las entidades recurrentes en un 100% y por partes iguales, a favor del actor.

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 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito el 17 de mayo de 2022.

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: **c86629f8e61e5c220321d9b92ff599ca71abedab6760bdfd528181a5c078ced4**

Documento generado en 07/09/2022 07:00:10 AM

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