

Constancia Secretarial: Vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 27 de septiembre de 2022, tanto la parte actora como Porvenir S.A. remitieron dentro del término concedido los alegatos de conclusión, como se aprecia en los archivos 05 y 06 de la carpeta de segunda instancia.

Pereira, 12 de octubre de 2022.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
PEREIRA, NUEVE DE NOVIEMBRE DE DOS MIL VEINTIDÓS
Acta de Sala de Discusión No 172 de 18 de octubre de 2022**

SENTENCIA ESCRITA

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP PORVENIR S.A., y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira el 31 de mayo de 2022, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de COLPENSIONES, dentro del proceso promovido por la señora GLORIA AZUCENA DURÁN VALDERRAMA, cuya radicación corresponde al N°66001310500220190057801.

ANTECEDENTES

Pretende la señora Gloria Azucena Durán Valderrama que la justicia laboral declare la nulidad o ineficacia de la afiliación que efectuó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la afiliación a Porvenir S.A., y consecuentemente, 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 a Porvenir S.A. a trasladar las cotizaciones con destino a Colpensiones, y a esta última entidad a aceptarla sin solución de continuidad.

Refiere que: nació el 24 de mayo de 1966 y se afilió al régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales el 29 de enero de 1992, donde cotizó hasta el mes de julio de 1996, pues en esa calenda suscribió formulario de afiliación con Porvenir S.A., puesto que el asesor comercial le aseguró que de trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, obtendría una mesada más alta, y que en caso de no querer recibir la pensión podría optar por la devolución de saldos, incluido el bono pensional, sin que exista ningún documento que dé cuenta de que ese fondo privado de pensiones cumplió con la asesoría debida, conforme a las disposiciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero vigente para la época de la afiliación. El 29 de noviembre de 2019 la Administradora Colombiana de Pensiones le negó la solicitud de traslado argumentando que se encuentra a diez años o menos del requisito de tiempo para pensión.

La AFP Porvenir S.A. dio respuesta a la demanda indicando igualmente que se opone a la prosperidad de las pretensiones, por considerar que la vinculación que la demandante efectuó al RAIS fue completamente válida desde el punto de vista legal, por cuanto reúne las exigencias mínimas exigidas en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y demás legislación vigente para la época, agregando que la entidad cumplió con el deber legal de información debida con la afiliada, pues existía para ese momento un procedimiento de capacitación a los asesores comerciales. Formuló como 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 devolver la comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS”*, *“Inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS”*, *“Prescripción”*, *“Buena fe”* e *“Innominada o genérica”*, (archivo 09 del cuaderno de primera instancia).

Al dar respuesta a la acción, la Administradora Colombiana de Pensiones, manifestó que, la afiliación que la demandante realizó al suscribir el formulario de afiliación con la AFP Porvenir S.A. se realizó de conformidad con lo previsto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, tomando la decisión de manera libre y espontánea de acogerse al RAIS, agregando que es la demandante quien debe acreditar que la

información suministrada por el fondo privado accionado fue equivocada o engañosa, pues su voluntad ha sido permanecer durante más de 23 años en dicho régimen pensional. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de “*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*” (archivo 13 ibidem).

En sentencia de 31 de mayo de 2022, 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 Porvenir S.A. no cumplió con la carga probatoria que le incumbía en este proceso, al verificar que no le brindó la totalidad de la información que debía ponerle de presente a la señora Gloria Azucena Durán Valderrama, 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 26 de junio de 1996, al igual que su posterior traslado a BBVA Horizonte hoy Porvenir el 21 de diciembre de 2009; declarando válida y vigente la afiliación primigenia efectuada al régimen de prima media con prestación definida, administrado en la actualidad por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

Como consecuencia de esas declaraciones, la *a-quo* condenó a Porvenir S.A. a trasladar a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, la totalidad del capital existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante, con sus rendimientos financieros. Así mismo, a devolver con cargo a sus propios recursos y debidamente indexado, el valor de las comisiones y cuotas de administración que cobró a la afiliada, así como las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales durante el periodo en que estuvo afiliada a ese fondo, otorgándole para tal efecto el término de un mes.

Seguidamente, ordenó comunicar a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el contenido de la decisión, para que en caso de haber emitido un bono pensional proceda con la anulación del mismo dentro de un trámite interno, aplicando la legislación vigente.

Condenó en costas procesales a Porvenir S.A. en un 100% a favor de la demandante.

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

El apoderado judicial de Porvenir S.A. manifestó que, la entidad cumplió con el deber de información que se exigía para la época de la afiliación, agregando que en el interrogatorio de parte la demandante aceptó haber sido informada de que recibiría una mesada pensional más alta lo cual era posible por cuanto los rendimientos financieros eran más altos; así mismo que podría optar por la devolución de saldos. La inconformidad que nace de la demandante es netamente económica, aunado a que la demandante tuvo una actitud pasiva ni se preocupó por indagar sobre su futuro pensional. En caso de considerarse viable la declaratoria de régimen pensional debe tenerse en cuenta que no hay lugar a la devolución de los emolumentos ordenados en la sentencia; en cuanto a los gastos de administración y los seguros previsionales manifestó que son descuentos que se efectúan por mandato de la ley, los primeros, destinados a retribuir la buena gestión de la entidad, y los segundos, a contribuir en la cobertura de los riesgos de invalidez y sobrevivencia, de modo que, su devolución genera un detrimento en el patrimonio del fondo privado y un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones. Dijo que tampoco sería procedente la condena en costas por cuanto la entidad se ciñó a las normas legales al negar el traslado de la actora. Por lo anterior, solicita se revoque la sentencia.

A su turno, la vocera judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones ratificó lo expuesto en la contestación a la demanda, en el sentido de indicar que la afiliación que la demandante efectuó a la AFP Porvenir, se hizo conforme las previsiones del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, pues de manera libre y espontánea decidió trasladarse al RAIS, siendo ella quien debe probar que la información que le fue suministrada por la AFP fue engañosa, agregando que no resulta suficiente que se exprese que hubo un error en la información o en el valor de la mesada pensional, para que se acceda a las pretensiones de la demanda, pues la voluntad de la demandante ha sido permanecer al RAIS por más de 23 años. Sostuvo además que para el momento en que la actora solicitó su retorno al RPMPD estaba próxima a cumplir los 55 años, por lo que Colpensiones se encontraba imposibilitada para

acceder a la solicitud, pues la actora se encontraba inmersa en la prohibición de orden legal contenida en la Ley 100 de 1993. Por lo anterior, solicita se revoque la sentencia y se nieguen las pretensiones de la demanda.

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, tanto la parte actora como la AFP Porvenir S.A. remitieron dentro del término los alegatos de conclusión al correo institucional ante esta sede.

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 el fondo privado accionado coinciden con los expuestos en la sustentación del recurso de apelación encaminadas a que se revoque la sentencia de primer grado; en tanto que, los de la parte actora están encaminadas a su confirmación integral por considerarse ajustado a derecho.

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 Gloria Azucena Durán Valderrama al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada el 26 de junio de 1996?

¿Con la permanencia de la demandante en el RAIS durante más de veinte años, desapareció la asimetría en la información que se echa de menos en la presente acción?

¿Cuáles son las consecuencias prácticas de declarar la ineficacia del traslado surtido entre regímenes pensionales?

¿Tiene razón el fondo privado de pensiones cuando afirma que no es viable la restitución de los gastos de administración y primas de seguros previsionales?

En virtud del grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de Colpensiones ¿Hay lugar a condenar a la AFP Porvenir S.A. a restituir a Colpensiones algún tipo de emolumento?

¿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 la afiliada se encuentre a menos de diez años de arribar a la edad mínima de pensión prevista en el RPM?

¿Hay lugar a exonerar a la AFP Porvenir de la condena en costas impuesta en sede de primer grado?

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</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del</i>
-----------------------------------	--	--

	de pensiones a dar información	deber de 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 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 la parte 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 de la demandante al RAIS se dio en términos de eficacia, como acertadamente lo abordó la falladora de primera instancia.

Precisado lo anterior, se tiene entonces que con la solicitud de vinculación N°750147 del 26 de junio de 1996 (pág.42 del archivo 09 del cuaderno de primera instancia), la señora Gloria Azucena Durán Valderrama se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad cuando suscribió el formulario de afiliación con la AFP Porvenir S.A., sin embargo, la actora inicia la presente acción al considerar que, en 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, procederá la Sala 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 26 de junio de 1996 (primera etapa).

En lo que concierne al formulario de afiliación, más allá de que en dicho documento se evidencia la rúbrica de la señora Gloria Azucena Durán Valderrama, 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 forma 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.

Igual situación se predica respecto del formulario de afiliación N°0209862 del 21 de diciembre de 2009, (pág.44 ibidem) que la demandante suscribió con BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías antes de la absorción por fusión que esta entidad hiciera con Porvenir S.A., pues de su contenido no es posible establecer el cumplimiento al deber de información a cargo del referido fondo privado de pensiones.

Ahora, en el interrogatorio de parte, la señora Gloria Azucena Durán Valderrama sostuvo que, para el momento del traslado al régimen de ahorro individual se encontraba trabajando en la constructora Beltrán Pinzón, a donde llegó el asesor comercial del fondo privado a la obra donde se encontraba y le dijo que si se trasladaba podía recibir una mesada pensional mucho más alta que la del Seguro Social o que podría recibir sus aportes y el bono pensional; que el ISS se iba a acabar y sus aportes se iban a perder si no se trasladaban. Dijo que la asesoría fue grupal y se tardó alrededor de 10 minutos; que no recuerda la afiliación con la AFP Horizonte, ni tampoco el asesor comercial. Sostuvo que se sintió engañada por el fondo privado que materializó su traslado de régimen, pues no le brindó la asesoría debida con el fin de permitirle conocer la realidad y solo buscó captar sus aportes, manifestando que quiere retornar al régimen de prima media ante la falta de asesoría y porque existe un interés económico. Aceptó haber suscrito sin presión el formulario de afiliación y haber asistido a las instalaciones de Porvenir para solicitar la proyección de la mesada y fue solo en ese momento que la asesora le dijo que sería de un poco más del salario mínimo, recomendándole que comprara bienes para rentar, porque no había forma de aumentar su pensión; dijo que no recibió

extractos ni llamadas; que solicitó ante Colpensiones retornar al RPMP pero no fue posible.

Ante los interrogantes que le planteó el Agente del Ministerio Público, dijo que no recibió asesoría sobre la posibilidad de hacer aportes voluntarios, de rendimientos financieros sujetos a las variaciones del mercado financiero, ni del derecho de retracto.

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, cabe concluir que ni del formulario de afiliación aportado al proceso, ni del interrogatorio de parte absuelto por la señora Gloria Azucena Durán Valderrama, ni de ninguna de las pruebas allegadas al plenario se desprende el cumplimiento del deber legal de información por parte de la Porvenir S.A., ni de BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A., sin que tampoco exista prueba en el plenario que acredite que la asimetría en la información que se produjo el 26 de junio de 1996 dejó del prolongarse con el paso de los años, pues a pesar de que la accionante se mantuvo activa como cotizante dentro del RAIS y se movilizó entre distintos fondos privados al interior de ese régimen pensional, esa no es una situación que demuestre 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.

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 por ejemplo no se acreditó 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, de la garantía de pensión mínima, **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, se insiste, la asimetría de la información que se produjo

el 26 de junio de 1996 no desapareció mientras la accionante estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, pues se insiste, no existe ninguna prueba que dé cuenta que, el fondo privado de pensiones le entregó en forma oportuna, clara, cierta y precisa una ilustración generalizada que comprendiera las características, condiciones y requisitos para el acceso a una prestación en cada uno de los regímenes pensionales que le permitiera tomar una decisión informada.

Por lo expuesto, al no quedar probado en el proceso que a la 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 26 de junio de 1996, indefectiblemente, conforme con lo sentado por la Corte Suprema de Justicia, no queda otro camino que confirmar la decisión emitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, consistente en declarar la ineficacia del acto jurídico por medio del cual se efectuó el traslado de régimen de la accionante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad en la fecha referida anteriormente, por lo que todos los actos posteriores ejecutados dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad carecen de validez; quedando válida y vigente la afiliación primigenia efectuada por la accionante al régimen de prima media con prestación definida, actualmente administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones, como atinadamente lo definió la *a quo*.

Así las cosas, al no tener ningún efecto jurídico el traslado efectuado por la señora Gloria Azucena Durán Valderrama al régimen de ahorro individual con solidaridad, corresponde a Porvenir S.A., restituir a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual proveniente de los aportes o cotizaciones al sistema general de pensiones, junto con sus respectivos intereses, frutos 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. Ahora bien, dado que se percibe ambigüedad en la decisión de la *a-quo* de condenar al fondo privado de pensiones referido a trasladar el capital existente en la cuenta individual de la demandante con sus respectivos rendimientos financieros, se modificará el ordinal tercero de la sentencia, a fin de establecer la condena en los términos señalados en precedencia.

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 del afiliado, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, como correctamente lo ordenó la falladora de primera instancia a Porvenir S.A..

Bajo esa misma óptica, dado que la declaratoria de ineficacia implica que el acto jurídico de traslado de régimen no produzca ningún efecto jurídico y que las cosas deban volver al estado al que se encontraban antes, correcta resultó la decisión de la *a quo*, consistente en que Porvenir S.A. cancele los valores que descontó a la actora para pagar las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados; sin que con esa decisión se esté afectando los intereses de terceros que no asistieron al proceso, pues precisamente la orden dirigida en ese sentido lo que lleva es a que los fondos privados de pensiones respondan con su patrimonio por las deficiencias en que incurrieron al momento 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 26 de junio de 1996, se generó en ese momento un bono pensional tipo A en favor de la señora Gloria Azucena Durán Valderrama, ya que de acuerdo a la información vertida en la historia laboral expedida por la Administradora Colombiana de Pensiones (pág.86 archivo 14 del cuaderno de primer grado), la afiliada cotizó 226.29 semanas antes de trasladarse al RAIS, cumpliéndose de esta manera con lo previsto en el artículo 115 de la Ley 100 de 1993.

Como la demandante nació el 24 de mayo de 1966, según se aprecia en la copia de su cédula de ciudadanía, (pág.1 del archivo 04 ibidem), ese título de deuda pública se redimiría normalmente el 24 de mayo de 2026, fecha en que alcanzaría los 60 años de edad.

Así las cosas, como la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, trae como consecuencia que las cosas se reestablezcan al estado en el que se

encontraban para 26 de junio de 1996, acertada resulta la decisión de la juez de primer grado, en el sentido de 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 para el 26 de junio de 1996, procediendo, entre otras cosas y de ser el caso, a anular o dejar sin vigencia el bono pensional que se generó en favor de la señora Gloria Azucena Durán Valderrama y que tendía como fecha de redención normal el 24 de mayo de 2026, 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 de que la accionante se encuentra a menos de diez años de arribar a la edad mínima de pensión en el RPM, la verdad es que ese suceso no afecta en nada la decisión tomada en este proceso, por cuanto, como se ha explicado recurrentemente a lo largo de la presente providencia, la declaratoria de ineficacia trae como consecuencia jurídica que los actos emitidos a partir de ese momento no tienen ninguna validez, lo que lleva a que las cosas se reestablezcan al estado en el que se encontraban, es decir, que al no haberse consumado legalmente el cambio de régimen pensional, el mismo no tiene validez y por tanto la demandante siempre ha estado afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por Colpensiones, lo que muestra que de ninguna manera se está ordenando un nuevo traslado entre regímenes pensionales y por tanto no se transgrede la prohibición legal prevista en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

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 les fue desfavorable a sus intereses, le correspondía al *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 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 Porvenir S.A. y Colpensiones un 100% y por partes iguales, a favor de la demandante.

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

RESUELVE

PRIMERO. MODIFICAR el ordinal TERCERO de la sentencia proferida el 31 de mayo de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, el cual quedará así:

*“**TERCERO. CONDENAR** al fondo privado de pensiones PORVENIR S.A. a girar a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la señora GLORIA AZUCENA DURÁN VALDERRAMA, 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 que fueron descontadas al referido afiliado durante su permanencia en esa AFP y en BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PORVENIR S.A., y que fueron destinadas a pagar los gastos o cuotas de administración, así como aquellas que fueron dirigidas a financiar la garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes; a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES.”*

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

CUARTO. CONDENAR en costas procesales en esta instancia a PORVENIR S.A. y COLPENSIONES en un 100% y por partes iguales, a favor de la parte actora.

Notifíquese por estado y comuníquese 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
Ausencia justificada

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

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: **1bcb9e50b10d388e3d6e31f5d3b3b6763ae6ebcce0872e3781151547912654ca**

Documento generado en 09/11/2022 08:34:37 AM

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