

Constancia Secretarial: vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 1° de junio de 2021, 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 el expediente digitalizado.

Pereira, 22 de junio de 2021.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

PEREIRA, SIETE DE JULIO DE DOS MIL VEINTIUNO

Acta de Sala de Discusión No 107 de 6 de julio de 2021

SENTENCIA ESCRITA

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. SKANDIA S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito el 16 de marzo de 2021, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de la codemandada COLPENSIONES, dentro del proceso promovido por la señora GLORIA BETSABÉ ESPINOSA OBREGÓN, cuya radicación corresponde al N°66001310500220180045801.

Se reconoce personería para actuar dentro del proceso de la referencia a la doctora PAULA ANDREA MURILLO BETANCUR, como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones, en los

términos y para los efectos del memorial de sustitución de poder que fue allegado al correo institucional el pasado 2 de junio de 2021, incluido debidamente en el expediente digitalizado.

ANTECEDENTES

Pretende la señora Gloria Betsabé Espinosa Obregón que la justicia laboral declare 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 esas declaraciones aspira que se condene a los fondos privados de pensiones demandados a girar la totalidad de los emolumentos a que haya lugar, además de las costas procesales a su favor.

Refiere que: se vinculó laboralmente el 26 de enero de 1983, momento en el que se afilió al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS, en donde hizo cotizaciones hasta antes de trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad el 30 de junio de 1995 por medio de la AFP Porvenir S.A.; antes de tomar esa decisión, un agente comercial de esa sociedad le dijo que debía trasladarse al RAIS porque el ISS iba a desaparecer, asegurándole que en ese régimen pensional podía acceder anticipadamente a la pensión de vejez, con una mesada muy superior a la del RPM; así mismo le dijo que en caso de fallecimiento, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual pasaría a manos de sus herederos hasta el quinto grado de consanguinidad y finalmente afirmó que si no era su deseo pensionarse, independientemente de que llenara los requisitos para acceder a la gracia pensional, podía solicitar la devolución del saldo acumulado en toda su vida laboral, incluido el valor del bono pensional; al movilizarse en varias oportunidades dentro de ese

régimen pensional, los correspondientes fondos privados de pensiones le expresaron que al ya estar vinculada en el RAIS no era necesaria una nueva asesoría, expresándosele únicamente en cada oportunidad que era conveniente su paso hacía esas sociedades, garantizándosele una mejor tasa de rendimiento.

En documento emanado de la AFP Porvenir S.A., en la que se encuentra afiliada actualmente, se le informó que en su cuenta de ahorro individual con solidaridad acumulaba un total de \$309.125.147, producto de 1396 semanas cotizadas, indicándosele que a los 57 años podía acceder a la pensión de vejez en el RAIS devengando una mesada del orden de \$1.250.900, mientras que en el RPM accedería también a esa edad a la gracia pensional, pero con una mesada de \$4.812.200. Ante esa situación elevó solicitud de retorno al RPM, pero Colpensiones negó la petición el 25 de junio de 2018 manifestando que ella se encontraba a menos de diez años de acceder a la edad mínima de pensión.

La Administradora Colombiana de Pensiones contestó la demanda - pags.178 a 189 tomo I- manifestando que la señora Gloria Betsabé Espinosa Obregón, atendiendo las disposiciones de la ley 100 de 1993, se trasladó válidamente al régimen de ahorro individual con solidaridad en el año 1995, decisión que adoptó de manera libre, voluntaria y sin presiones, motivo por el que no se ha configurado el vicio en el consentimiento del que se habla en la acción, acotando que en caso de que así hubiere sido, la presunta nulidad que de ello se hubiere desprendido se saneó por el paso del tiempo como lo establece el artículo 1750 del código civil; evidenciándose que la actora no hizo uso de las herramientas legales para retornar en tiempo al régimen de prima media con prestación definida. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y formuló las excepciones de mérito

que denominó “Validez de la afiliación al RAIS”, “Saneamiento de una presunta nulidad”, “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”.

La AFP Skandia S.A. respondió la acción -págs.222 a 241 tomo I- expresando que el cambio de régimen pensional efectuado por la señora Gloria Betsabé Espinosa Obregón se ejecutó con el lleno de los requisitos exigidos en la ley, sin que se configurara el vicio del consentimiento alegado por la actora, asegurando que en caso de que así hubiere acontecido, él se saneó 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 mérito que denominó “Validez de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento”, “Saneamiento de la eventual nulidad relativa”, “Pago”, “Compensación”, “Prescripción”, “Buena fe” e “Innominada o genérica”.

Por su parte, la AFP Protección S.A. contestó el libelo introductorio - págs.5 a 20 tomo II- asegurando que tanto el traslado efectuado por la accionante del RPM al RAIS, como los movimientos efectuados al interior de este último régimen pensional se realizaron con todos los requisitos que la ley exigía para cada momento histórico, razones por las que no resulta dable acceder a las pretensiones de la demanda, lo que la llevó a proponer las excepciones de fondo de “Prescripción”, “Validez y eficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad”, “Validez y eficacia de la afiliación con Protección S.A.”, “Buena fe y confianza legítima”, “Pago”, “Compensación”, “Innominada o genérica”.

A su turno, la AFP Porvenir S.A. dio respuesta a la demanda -págs.94 a 116 tomo II- aseverando que el cambio de régimen pensional que ejecutó la señora Gloria Betsabé Espinosa Obregón a través de ese fondo privado de pensiones el 30 de junio de 1995 cumplió con los requisitos que la ley exigía para ese momento, debido a que a ella se le entregó verbalmente toda la información sobre las consecuencias que conllevaba su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad. Se opuso a las pretensiones de la demanda y presentó las excepciones de mérito de “Validez y eficacia de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento”, “Saneamiento de la supuesta nulidad relativa”, “Prescripción”, “Buena fe” e “Innominada o genérica”.

En sentencia de 16 de marzo de 2021, la funcionaria de primera instancia, aplicando en su integridad la jurisprudencia que sobre el tema ha emitido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluyó que el cambio de régimen pensional efectuado por la accionante el 30 de junio de 1995 es ineficaz, por cuanto la AFP Porvenir S.A. con la que se surtió ese acto jurídico, no cumplió con la carga probatoria consistente en demostrar que le brindó a la afiliada la información que la ley exigía para ese momento histórico, motivo por el que declaró ineficaz el traslado de la señora Gloria Betsabé Espinosa Obregón del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, manifestando que todos los actos posteriores carecen de validez.

A continuación, y después de verificar que la señora Gloria Betsabé Espinosa Obregón se encuentra afiliada actualmente a la AFP Porvenir S.A., la condenó a restituir la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con sus intereses y

rendimientos financieros, además del valor del bono pensional en caso de existir.

Así mismo condenó a la totalidad de los dos fondos privados de pensiones accionados en los que estuvo afiliada la actora, esto es, Porvenir S.A., Protección S.A. y Skandia S.A., a reintegrar con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, las sumas descontadas a la afiliada durante su permanencia en cada una de ellas y que estuvieron destinadas a cubrir los gastos o cuotas de administración, la garantía de pensión mínima y los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes.

Finalmente condenó en costas procesales al fondo privado de pensiones Porvenir S.A., con el que se surtió el cambio de régimen pensional, en un 100% a favor de la parte actora.

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

La apoderada judicial de los fondos privados de pensiones accionados interpuso recurso de apelación, manifestando que contrario a lo expuesto por la directora del proceso, al interior del proceso quedó acreditado el cumplimiento del deber legal de información por parte de la AFP Porvenir S.A. para el 30 de junio de 1995 cuando se produjo el cambio de régimen pensional de la señora Gloria Betsabé Espinosa Obregón, así como en los momentos en que ella se movilizó dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad, quedando probado que esos actos jurídicos fueron realizados de manera libre, voluntaria y sin presiones, quedando también demostrado que la actora ejecutó actos de relacionamiento al interior del RAIS que ratificaron su voluntad de

permanecer y pertenecer a ese régimen pensional, sin que hubiere hecho uso en tiempo de las herramientas que la ley puso a disposición de los afiliados para retornar en tiempo al régimen de prima media con prestación definida. Expresa que lo que realmente se evidencia con la demanda y el interrogatorio de parte absuelto por la demandante, es que su inconformidad es de tipo económico, por lo que la acción tendiente a resolver ese tipo de conflictos no es la de nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, sino la resarcitoria de perjuicios prevista en el artículo 10 del decreto 720 de 1994.

En caso de que se confirme la declaratoria de ineficacia del traslado efectuado por la accionante al RAIS, considera que la única condena económica que de ello se desprende es la restitución de los rubros provenientes de las cotizaciones o aportes al sistema general de pensiones y no los demás emolumentos ordenados por la *a quo*, ya que esos dineros fueron recaudados como producto del paso de la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad; explica, frente a los gastos o cuotas de administración y las primas de los seguros previsionales, que esos dineros fueron cobrados por ministerio de la ley, lo que permitió no solamente una excelente gestión de cada uno de los fondos privados de pensiones demandados al frente de la cuenta de ahorro individual de la señora Espinosa Obregón, sino también su cubrimiento ante las contingencias de invalidez y muerte; por lo que su restitución a Colpensiones configura un enriquecimiento sin justa causa para esa entidad y un detrimento patrimonial de cada una de las sociedades demandadas. Finalmente solicita que se exonere a la AFP Porvenir S.A. de la condena en costas emitida en el curso de la primera instancia, debido a que su actuación ha estado ceñida al estricto cumplimiento de la ley y bajo el principio de la buena fe.

La apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones asegura que en el trámite procesal quedó demostrado que el traslado efectuado por la señora Gloria Betsabé Espinosa Obregón al régimen de ahorro individual con solidaridad en el año 1995 cumplió con los requisitos que la ley exigía para esa época, ratificando su voluntad de permanecer en ese régimen pensional con los movimientos posteriores hechos a su interior, así como con las cotizaciones que ha efectuado al sistema general de pensiones a través de ese régimen pensional por algo más de veinte años. Ahora, en caso de que se confirme la decisión adoptada en primera instancia, solicita que se condene a los fondos privados de pensiones demandados a cancelar a título de sanción, un cálculo actuarial equivalente al valor de las potenciales mesadas pensionales que devengaría la demandante dentro del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, en consideración a que esa entidad nada tuvo que ver con el acto jurídico que materializó el cambio de régimen pensional de la afiliada, debiéndola recibir cuando se encuentra cerca de configurarse a su favor la gracia pensional.

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.

La apoderada judicial de la accionante solicita la confirmación integral de la sentencia emitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito.

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 Betsabé Espinosa Obregón al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

¿Con los movimientos efectuados por la demandante dentro del RAIS y su permanencia en ese régimen pensional 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 las ineficacias de los traslados surtidos entre regímenes pensionales?

¿Les asiste razón a los fondos privados de pensiones accionados cuando afirman que solo es viable 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 la afiliada haya arribado a la edad mínima de pensión prevista en el RPM?

¿Es procedente condenar a los fondos privados de pensiones demandados a cancelar a la Administradora Colombiana de Pensiones, a título de

sanción, una suma igual al valor de las eventuales mesadas pensionales que se le pudieren otorgar al demandante en el régimen de prima media con prestación definida?

¿Hay lugar a absolver a la AFP Porvenir S.A. de la condena en costas procesales fulminada en el curso de la 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.**”.* (Negritas fuera de texto).

Y más adelante reiteró:

“Así, en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL452-2019, CSJ SL1688-2019 y SL1689- 2019,

esta Sala ha determinado de manera pacífica que la reacción del ordenamiento jurídico -artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993- a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. **Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, tiene que abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales.**” (Negrillas fuera de texto).

2. Sobre el deber de información.

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

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

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	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	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>derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</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 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; por lo que bajo esa única y exclusiva postura, adecuada resultó la forma en la que la falladora de primera instancia abordó el estudio y definición del proceso, más allá de que la accionante haya elevado la acción de nulidad del

acto jurídico por medio del cual se surtió el traslado entre regímenes pensionales.

Resuelto lo anterior, se tiene entonces que de acuerdo con la certificación emitida por el SIAFP de Asofondos -pag.21 tomo II-, la señora Gloria Betsabé Espinosa Obregón se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad el 30 de junio de 1995 a través de su afiliación 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 30 de junio de 1995 (primera etapa).

Al plenario no fue adosado el formulario de afiliación que da cuenta de la vinculación de la accionante a la AFP Porvenir S.A. el 30 de junio de 1995, sin embargo, a pesar de que ello hubiese acontecido y se verificara en su contenido la rúbrica de la señora Gloria Betsabé Espinosa Obregón; lo cierto es que según lo dice la Sala de Casación Laboral, esa prueba no sería suficiente para tener por demostrado el deber de información, pues, como mucho, demostraría un consentimiento, pero no informado.

Ahora, en el interrogatorio de parte, la señora Gloria Betsabé Espinosa Obregón, quien se encuentra activa laboralmente como trabajadora en el acueducto metropolitano de Bucaramanga, sostuvo que en el año 1995, antes de suscribir el formulario de afiliación con el que se materializó su traslado al RAIS, una agente comercial de la AFP Porvenir S.A., en una reunión personalizada de no más de diez minutos, le manifestó que el ISS iba a desaparecer, prometiéndole que en el régimen de ahorro individual con solidaridad se iba a pensionar anticipadamente y con una mesada muy superior a la que se le ofrecía en el RPM, debido a que esa entidad, que tenía un gran músculo financiero, generaría a su favor rendimientos financieros muy altos; sin embargo, no se le puso de presente otra información que le permitiera conocer con certeza las consecuencias que derivaría su paso al RAIS, ya que la información suministrada fue realmente precaria, por cuanto se le mostraron algunas de las ventajas de ese régimen pensional, pero jamás se le explicaron las consecuencias negativas que traía abandonar el RPM. En torno a los movimientos efectuados al interior al RAIS, sostuvo que ello se debió a que los respectivos asesores comerciales afirmaban que en esos fondos privados iba a obtener mejores rendimientos financieros, pero no se le dijo nada más, agregando que la razón de ser de la demanda es retornar al RPM ya que en el RAIS se le ofrece una mesada pensional que no se compadece con las cotizaciones efectuadas en toda su vida laboral; indicando que nunca se le puso de presente que existía el derecho de retracto, ni que entre los años 2003 y 2004 existió un periodo de gracia para retornar al RPM y mucho menos que había un limite temporal para regresar al régimen de prima media con prestación definida.

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, cabe concluir que ni del interrogatorio de parte absuelto por la señora Gloria Betsabé Espinosa Obregón, 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 30 de junio de 1995 dejó de prolongarse con el paso de los años, pues no se acreditaron actos expresos o tácitos por parte de la accionante que permitieran concluir que su conocimiento sobre las características de los regímenes pensionales que componen el sistema general de pensiones le permitieron tomar la decisión de continuar afiliada al RAIS a sabiendas de las consecuencias que ello le traía; al punto que las AFP Protección S.A. y Skandia S.A. tampoco acreditaron haberle suministrado a la actora la información que la ley exigía para cada momento histórico en los que se produjeron esos movimientos dentro del RAIS, sin que el hecho de permanecer por más de veinte años en ese régimen pensional, 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 con esos movimientos desaparezca por completo esa asimetría que nace con el acto jurídico que materializa el cambio de régimen pensional, lo cual no aconteció en el presente asunto; evidenciándose por el contrario, que una vez la AFP Porvenir S.A., a la que se encuentra afiliada actualmente, le puso de presente el 21 de junio de 2018 -pag.91 del tomo I- que al cumplir los 57 años el 3 de diciembre de 2018 podía alcanzar una mesada pensional del orden de \$1.250.900 en el RAIS, mientras que en el RPM podría beneficiarse de una mesada de \$4.812.200 a la misma edad; inmediatamente después, esto es, el 14 de agosto de 2018 decidió iniciar la presente acción -pág.133 tomo I-.

Por lo expuesto, al no cumplirse con la carga probatoria que les asistía a los fondos privados de pensiones y en particular a la AFP Porvenir S.A. con la que se surtió el cambio de régimen pensional, 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, 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 30 de junio de 1995, por lo que todos los actos posteriores ejecutados dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad carecen de validez.

Así las cosas, al no tener ningún efecto jurídico el traslado efectuado por la señora Gloria Betsabé Espinosa Obregón al régimen de ahorro individual con solidaridad, correcta resultó la decisión de condenar a la AFP Porvenir S.A., a la que se encuentra afiliada actualmente, a restituir los dineros inmersos en la cuenta de ahorro individual de la actora provenientes de los aportes o cotizaciones al sistema general de pensiones, junto con sus intereses y rendimientos financieros, tal y como lo ha sentado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las providencias relacionadas a lo largo de la presente providencia.

Además de restituir los emolumentos relacionados líneas atrás, necesario resulta traer a colación la sentencia SL1688 de 8 de mayo de 2019 en la que la Corte Suprema de Justicia indicó 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 se lo ordenó el juzgado de conocimiento a los tres fondos privados de pensiones en los que estuvo afiliada la señora Gloria Betsabé Espinosa Obregón después del 30 de junio de 1995.

Bajo esa misma óptica, es del caso recordar que el traslado declarado ineficaz implica que ningún acto posterior al mismo produzca efectos, por lo que correcta resultó la decisión de la *a quo* consistente en condenar a los tres fondos privados de pensiones demandados en los que estuvo afiliada la actora, a reintegrar a la Administradora Colombiana de Pensiones, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores que fueron cobrados a la demandante durante su permanencia en cada una de 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 esté afectando los intereses de terceros que no asistieron al proceso, pues precisamente la orden impartida en ese sentido lo que lleva es a que los fondos privados de pensiones respondan con su patrimonio por las deficiencias en que incurrieron en los afiliaciones ejecutados por la actora desde el cambio de régimen pensional y los movimientos ejecutados al interior del RAIS.

En este punto de la providencia es pertinente referir que al haber operado un traslado desde el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 30 de junio de 1995, se generó en ese momento un bono pensional tipo A en favor de la señora Gloria Betsabé Espinosa Obregón, nacida el 3 de diciembre de 1961 como consta en su cédula de ciudadanía -pag.38 del tomo I-, por lo que, a pesar de que no existe prueba que demuestre el estado actual de ese instrumento de deuda pública, lo cierto es que él se redimiría normalmente el 3 de diciembre de 2021, fecha en que la accionante cumple los 60 años de edad.

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

encontraban el 30 de junio de 1995, necesario resulta modificar el ordinal tercero de la sentencia objeto de estudio, con el fin de no incluir dentro de la condena la restitución de los bonos pensionales en caso de existir, como lo ordenó la *a quo*, para posteriormente adicionar la providencia 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 30 de junio de 1995, 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 Betsabé Espinosa Obregón y que tenía como fecha de redención normal 3 de diciembre de 2021, 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 el 3 de diciembre de 2018, lo cierto 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.

Frente a la petición elevada por la Administradora Colombiana de Pensiones relativa a que se condene a los fondos privados de pensiones accionados a cancelar a título de sanción una suma igual al valor de las futuras mesadas pensionales que pudieren reconocérsele a la accionante en el régimen de prima media con prestación definida, lo primero que cabe señalar es que la etapa de alegatos no es el acto procesal previsto para realizar pretensiones, resultando claro por demás que la demandante no dirigió ninguna pretensión en ese sentido, mientras que las consecuencias prácticas de la declaratoria de ineficacia son las que la Corte Suprema de Justicia ha reseñado en su línea jurisprudencial en este tipo de asuntos y que ya han sido aplicadas en estricto sentido en este caso. Por lo expuesto, no hay lugar a acceder a la petición condenatoria elevada por la Administradora Colombiana de Pensiones en la sustentación del recurso de apelación.

Respecto a la condena en costas emitida en el curso de la primera instancia en contra de la AFP Porvenir S.A., es pertinente recordar que 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. MODIFICAR el ordinal TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito, el cual quedarán 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 de la señora GLORIA BETSABÉ ESPINOSA OBREGÓN, proveniente de las cotizaciones efectuadas al sistema general de pensiones, junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado.”.*

SEGUNDO. ADICIONAR la sentencia emitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito, en el sentido de **COMUNICAR** a la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO la decisión adoptada en este proceso, con el objeto de 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 30 de junio 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 GLORIA BETSABÉ ESPINOSA OBREGÓN y que tenía como fecha de redención normal el 3 de diciembre de 2021.

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

CUARTO. 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
En uso de permiso

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

DESPACHO 2 SALA LABORAL TRIBUNAL SUPERIOR PEREIRA

GERMAN DARIO GOEZ VINASCO

MAGISTRADO

MAGISTRADO - TRIBUNAL 003 SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD 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:

b3bd7b2cdf10bec64bdfa1d78070a0b7643b39efcf0c11ad37f12f3a1fbb8116

Documento generado en 07/07/2021 07:11:05 AM