

Constancia Secretarial: vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 22 de junio de 2021, las demandadas Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones, así como el demandante, 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. La AFP Skandia S.A. remitió extemporáneamente los alegatos de conclusión al referido canal institucional.

Pereira, 9 de julio de 2021.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

PEREIRA, JULIO VEINTIOCHO DE DOS MIL VEINTIUNO

Acta de Sala de Discusión No 119 de 26 de julio de 2021

SENTENCIA ESCRITA

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito el 18 de marzo de 2021, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de COLPENSIONES, dentro del proceso promovido por el señor CARLOS VICENTE SERRANO ROCA, cuya radicación corresponde al N°66001310500420190055801.

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 25 de junio de 2021, incluido debidamente en el expediente digitalizado.

ANTECEDENTES

Pretende el señor Carlos Vicente Serrano Roca 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, lo que resulte probado *extra y ultra petita*, además de las costas procesales a su favor.

Refiere que: nació el 16 de junio de 1958, iniciando su vida laboral en el mes de julio de 1979 con el empleador “Electrificadora Santander S.A.”, momento en la que se afilió al RPM a través del Instituto de Seguros Sociales, en donde cotizó hasta antes del 1° de julio de 1994 cuando se materializó el cambio de régimen pensional hacía el RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A.; antes de rubricar el formulario de afiliación, el asesor comercial de esa entidad le aseguró que en el régimen de ahorro individual con solidaridad la mesada pensional sería mucho más alta que en el RPM y que si no era su deseo pensionarse, independientemente de acreditar el lleno de los requisitos para acceder a la gracia pensional, podía solicitar la devolución de saldos con el valor del bono pensional, sin embargo, más allá de esos dos aspectos, no se le brindó la información completa sobre las demás ventajas y sobre todo las desventajas que representaba tomar esa determinación; el 28 de junio de 2016 se movilizó hacía la AFP Skandia S.A., quien tampoco

cumplió con el deber de suministrarle la información que la ley exigía para ese momento.

En documento emitido por la AFP Skandia S.A. en el año 2019, se le informa que a los 62 años podía acceder a una pensión equivalente a la suma de \$4.952.000; mientras que en el régimen de prima media con prestación definida podría percibir una mesada del orden de \$7.309.000. El 29 de octubre de 2019, ante solicitud elevada por él, la Administradora Colombiana de Pensiones negó su retorno al RPM bajo el argumento de encontrarse a menos de diez años de arribar a la edad mínima de pensión.

Al contestar la demanda -págs.106 a 116 del expediente digitalizado- la Administradora Colombiana de Pensiones sostuvo que el traslado efectuado por el señor Carlos Vicente Serrano Roca es completamente válido, en consideración a que la afiliación efectuada por el fondo privado de pensiones Porvenir S.A. el 1° de julio de 1994 se hizo con el lleno de los requisitos exigidos en la ley, añadiendo que en caso de que se hubiere configurado el vicio en el consentimiento por la ausencia de información, él se saneó por el paso del tiempo como lo prevé el artículo 1750 del código civil. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y formuló las excepciones de mérito de “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 Porvenir S.A. respondió la demanda -pags.188 a 202 del expediente digitalizado- sosteniendo que ese fondo privado de pensiones cumplió el lleno de los requisitos exigidos para el año 1994, por lo que el traslado efectuado por el señor Serrano Roca al régimen

de ahorro individual con solidaridad es ajustado a derecho; indicando a continuación, que de haberse configurado la nulidad relativa que se alega, ella se saneó por el paso del tiempo como lo dispone el artículo 1750 del código civil; añadiendo que en caso de que se declare la nulidad o ineficacia del acto jurídico que materializó el traslado entre regímenes pensionales de la actora, no resulta jurídicamente viable ordenar la restitución de los dineros cancelados por el afiliado por concepto de gastos o cuotas de administración, así como los dineros que fueron dirigidos a cancelar las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes. Se opuso a las pretensiones de la acción y planteó las excepciones de mérito que denominó “Validez y eficacia de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento”, “Saneamiento de la eventual nulidad relativa”, “Inexistencia de la obligación de trasladar la comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS”, “Inexistencia de la obligación de trasladar el pago al seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS”, “Pago”, “Compensación”, “Prescripción”, “Buena fe” e “Innominada o genérica”.

Al dar respuesta a la demanda -subcarpeta 03 de la carpeta de primera instancia- la AFP Skandia S.A. únicamente se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra, por cuanto esa entidad nada tuvo que ver en el traslado del afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, exponiendo que en el momento que él pasó a ese fondo privado de pensiones, la entidad cumplió con el lleno de los requisitos exigidos en la época. Formuló las excepciones de mérito que denominó “Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen”, “El demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado”, “Ausencia de configuración de causales de nulidad”, “Inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS”, “Ausencia de falta al deber de

asesoría e información”, “Los supuestos fácticos de este proceso son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de sentencias invocadas por el demandante”, “Prescripción”, “Buena fe” y “Genérica”.

En sentencia de 18 de marzo de 2021, la funcionaria de primera instancia, aplicando en su integridad la jurisprudencia vigente que sobre el tema ha emitido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluyó, después de analizar las pruebas allegadas al proceso, que la AFP Porvenir S.A. no cumplió con la carga probatoria que le incumbía en este proceso, al verificar que no le brindó la totalidad de la información que debía ponerle de presente al señor Carlos Vicente Serrano Roca, esto es, las características de ambos regímenes pensionales con sus ventajas y desventajas, razón por la que declaró ineficaz el traslado al RAIS surtido el 1° de julio de 1994; motivo por el que declaró también válida y vigente la afiliación primigenia efectuada al régimen de prima media con prestación definida por medio del Instituto de Seguros Sociales.

Como consecuencia de esas declaraciones, condenó al fondo privado de pensiones Skandia S.A., al que se encuentra vinculado actualmente, a restituir a la Administradora Colombiana de Pensiones el capital existente en la cuenta de ahorro individual de la accionante que correspondan a los aportes al sistema, junto con sus intereses y rendimientos financieros, bonos pensionales en caso de existir; además de ordenarle restituir, con cargo a sus propios recursos, los valores que fueron descontados a la afiliada durante su permanencia en esa entidad y que estuvieron dirigidos a cancelar los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como las sumas destinadas a financiar la garantía de pensión mínima; ordenando a continuación cancelar la totalidad de los emolumentos referidos anteriormente, debidamente indexados.

Seguidamente condenó a la AFP Porvenir S.A. a restituir, con cargo a sus recursos y debidamente indexados, los valores que cobró al afiliado durante su permanencia en esa entidad y que estuvieron dirigidos a cancelar los gastos de administración.

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

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

La apoderada judicial de la AFP Porvenir S.A. sostuvo que en el trámite procesal esa entidad cumplió con la carga probatoria que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia le atribuye a los fondos privados de pensiones, pues con el interrogatorio de parte absuelto por el señor Carlos Vicente Serrano Roca se acreditó que Porvenir S.A. le brindó la información necesaria que la ley exigía para el 1° de julio de 1994, motivo por el que no resulta viable declarar la ineficacia del acto jurídico que materializó el cambio de régimen pensional del accionante, máxime cuando en el plenario se demostraron actos de relacionamiento que confirman la voluntad del actor de permanecer y pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que ha estado vinculado por más de veinte años en ese régimen pensional haciendo cotizaciones al sistema general de pensiones. Tampoco puede accederse a las pretensiones porque el demandante se encuentra incurso en la prohibición legal prevista en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003.

De confirmarse la declaratoria de ineficacia emitida por el juzgado de conocimiento, considera que la única consecuencia económica que ello

acarrearía sería la restitución de los dineros provenientes de los aportes o cotizaciones al sistema general de pensiones, lo cual ya aconteció en este caso cuando Porvenir S.A. entregó a la AFP Skandia S.A. el valor correspondiente por ese concepto ante la movilización que efectuó el demandante al interior del RAIS; agregando que no es jurídicamente correcto ordenar la devolución de los dineros cobrados por concepto gastos o cuotas de administración, así como los dineros destinados a cancelar las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, ya que esas sumas fueron cobradas por la entidad por disposición legal, lo que permitió una excelente gestión al frente de la cuenta de ahorro individual del afiliado.

Finalmente solicita que se exonere a esa entidad de la condena en costas procesales en primera instancia, debido a que Porvenir S.A. se ha ceñido al estricto cumplimiento de la ley, aplicando en su accionar el principio de la buena fe.

La apoderada judicial de la AFP Skandia S.A. manifestó que no es posible que en este tipo de asuntos se condene a los fondos privados de pensiones a restituir los gastos o cuotas de administración y los valores de las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, ya que esas decisiones contrarían flagrantemente las disposiciones legales que ordenan el cobro de esos emolumentos para la adecuada gestión de las cuentas de ahorro individual, y el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte; constituyéndose un perjuicio económico en contra de esas entidades, poniendo en riesgo también la sostenibilidad financiera del sistema.

Por su parte, el apoderado judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones expuso que esa entidad nada tuvo que ver con el nacimiento del acto jurídico que materializó el cambio de régimen pensional del

señor Serrano Roca, razón por la que no puede verse afectada con los resultados del proceso. Adicionalmente sostiene que en el curso del proceso quedó demostrado que el señor Carlos Vicente Serrano Roca recibió por parte de la AFP Porvenir S.A. la asesoría que por ley correspondía, motivo por el que debe revocarse la sentencia proferida por el juzgado de conocimiento. En caso de que se confirme la decisión emitida por la *a quo*, solicita que se condene en costas procesales a la AFP Porvenir S.A. a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones.

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 AFP Porvenir S.A., la Administradora Colombiana de Pensiones y el demandante hicieron uso en término del derecho a presentar alegatos de conclusión; mientras que la AFP Skandia S.A. lo hizo de manera extemporánea.

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

Por su parte, la apoderada judicial de la parte actora solicitó la confirmación integral de la sentencia emitida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito el 18 de marzo de 2021.

Cuestión previa

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

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

PROBLEMAS JURÍDICOS

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

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

¿Hay lugar a declarar ineficaz la afiliación del señor Carlos Vicente Serrano Roca al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada el 1° de julio de 1994?

¿Con la permanencia del demandante en el régimen de ahorro individual con solidaridad 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?

¿Tienen razón los fondos privados de pensiones accionados cuando afirman que no es correcto ordenar la devolución de los gastos o cuotas de administración?

En virtud al grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones ¿Hay lugar a ordenar alguna otra condena en contra de los fondos privados de pensiones accionados?

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

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

¿Hay lugar a exonerar a la AFP Porvenir S.A. de la condena emitida en su contra por concepto de costas procesales?

¿Resulta viable condenar en costas procesales a la AFP Porvenir S.A. a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones?

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

FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL

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

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

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

Y más adelante reiteró:

*“Así, en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL452-2019, CSJ SL1688-2019 y SL1689- 2019, esta Sala ha determinado de manera pacífica que la reacción del ordenamiento jurídico -artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993- a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. **Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión***

del deber de información, tiene que abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales.” (Negrillas fuera de texto).

2. Sobre el deber de información.

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

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

<i>Etapas acumulativas</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a 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>

<p><i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i></p>	<p><i>Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010</i></p>	<p><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></p>
<p><i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i></p>	<p><i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016</i></p>	<p><i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i></p>

3. La suscripción del formulario de afiliación.

Respecto al valor probatorio del formulario de afiliación suscrito entre la AFP y el potencial afiliado, la alta magistratura en la providencia que se viene referenciando sostiene que ese documento por sí solo no le otorga plena validez al traslado entre regímenes pensionales, argumentando que:

“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.”.

4. Carga de la prueba.

Continuando con su exposición argumentativa, el máximo órgano de la jurisdicción laboral sentó frente al punto:

“Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.”.

5. Actos de relacionamiento dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad.

En sentencia SL3752 de 15 de septiembre de 2020, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, advirtiendo la importancia constitucional y legal que caracteriza el derecho a la seguridad social, recordó la necesidad de resolver los asuntos que son puestos en conocimiento de la jurisdicción teniendo en cuenta la verdadera intención que tienen los afiliados a través de sus actuaciones y no con base en las formalidades y protocolos; trayendo a colación como ejemplos los temas que han sido resueltos desde esa arista, como el relacionado con la desafiliación al sistema general de pensiones cuando no existe el reporte de la novedad de retiro del sistema, o como en los casos en que, sin existir afiliación a una administradora pensional, el

afiliado realiza aportes durante un periodo importante, que conllevan a concluir que se ha presentado una afiliación tácita a pesar de no haberse diligenciado el correspondiente formulario; mostrando que, como en esos eventos, existen muchos otros en los que las manifestaciones efectuadas por los afiliados al sistema general de pensiones denotan su verdadera intención de permanecer vinculados en determinado régimen pensional.

Es así, como al abordar el tema en controversia, el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral expresó:

“Conviene recordar que, más allá de los posibles debates dirigidos a evidenciar un engaño de las administradoras de pensiones respecto de los afiliados con el fin de conseguir un traslado de régimen, lo que aquí realmente tiene importancia y se convierte en el eje central de la controversia es la asimetría de la información.”.

Y más adelante continuó expresando:

“En ese orden de ideas, es dable concluir que, aun cuando no haya certeza de si el afiliado recibió al momento de su traslado toda la información requerida, existen otros mecanismos que permiten colegir que la persona tenía vocación de permanecer en el régimen y que contaba con todos los elementos para forjar con plena convicción su elección.

*Dichos comportamientos o **actos de relacionamiento**, en los casos de afiliación, pueden verse traducidos en acciones concretas de los afiliados tales como presentar solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros. Así lo ha establecido esta Corporación en el fallo CSJ SL413-2018, en donde dijo que,*

Por esta misma razón, en casos como el presente, donde se discute la materialización del acto jurídico de la afiliación o traslado, es relevante tener en cuenta los aportes al sistema, no como un requisito ad substantiam actus de la afiliación, como lo sostuvo el Tribunal, sino como una señal nítida de la voluntad del

trabajador cuando existen dudas razonables sobre su genuino deseo de cambiarse de régimen.

Desde luego que, para la tesis que ahora sostiene la Sala, la presencia o no de cotizaciones consistente con el formato de vinculación no es la única expresión de esa voluntad, pueden existir otras, tales como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, por mencionar algunos actos de relacionamiento con la entidad que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer a ella. Lo importante es que exista correspondencia entre voluntad y acción, es decir, que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado, de modo tal que no quede duda del deseo del trabajador de pertenecer a un régimen pensional determinado.

A partir de lo expuesto en precedente, se tiene que los traslados horizontales dentro del Régimen de Ahorro Individual, es decir los cambios entre administradoras de fondos privados de pensiones, reúnen los elementos propios de unos actos de relacionamiento, lo cual permite suponer que el afiliado desea continuar en dicho régimen, aunque bajo la asesoría y beneficios que le pueda proveer otra administradora de pensiones, las cuales compiten entre sí.

Incluso, tales actuaciones presuponen cierto conocimiento de la persona respecto al funcionamiento del régimen, sus beneficios y desventajas y su modo de operar, de ahí que su intención sea firme en continuar aún teniendo la posibilidad eventual de retornar a Colpensiones.”.

Después de exponer dicha postura, la Alta Magistratura al descender al caso concreto, concluyó:

“En ese orden de ideas, se advierte que, si bien las conclusiones del Tribunal fueron inicialmente desacertadas, en el sentido de asignarle la carga de probar al afiliado los presuntos vicios del consentimiento en los que incurrió y no a las administradoras de pensiones, lo cierto es que tal desatino no sería relevante teniendo en cuenta la situación jurídica concreta de la señora Lara Rodríguez.

Lo anterior, puesto que a través de los actos de relacionamiento que quedaron plenamente acreditados dentro del proceso, esto es, el traslado horizontal constante entre administradoras de pensiones dentro del Régimen de Ahorro Individual, la información, aunque parcial, dio cada uno de los fondos y el regreso permanente a la primera entidad elegida, se puede razonablemente entender la vocación que tenía la accionante de permanecer vinculada en el Régimen de Ahorro y, sobre todo, de no retornar a Colpensiones pese a las prerrogativas con las que allí inicialmente contaba.

Se insiste, tales comportamientos tácitos de la accionante no conducen a entender que hubiera existido una perpetuidad en la asimetría de la información, sino que, por el contrario, un objetivo claro de continuar en este Régimen, asumiendo los beneficios y consecuencias que su decisión traía consigo.”.

CASO CONCRETO

Conforme se expuso en el primer punto del fundamento jurisprudencial, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene definido que la acción que se debe estudiar cuando se reclama la ausencia total o parcial del deber de información por parte de los fondos privados de pensiones, no es otra que la ineficacia del acto jurídico que permitió el traslado entre regímenes pensionales, por lo que al haber orientado el actor la demanda en ese sentido, por imperativo jurisprudencial, lo que corresponde es analizar el caso en la forma determinada por la Corte Suprema de Justicia, esto es, si el traslado de la demandante al RAIS se dio en términos de eficacia; como correctamente lo abordó la funcionaria de primera instancia, a pesar de que la acción elevada por la apoderada judicial de la parte actora fue la de nulidad del traslado efectuado por el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Resuelto lo anterior, se tiene entonces que de acuerdo con la certificación emitida por el SIAFP de Asofondos -archivo 05 carpeta de primera

instancia-, el señor Carlos Vicente Serrano Roca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad el 1° de julio de 1994 a través de su afiliación a la AFP Porvenir S.A., sin embargo, el demandante inicia la presente acción al considerar que el cambio del RPM al RAIS no se cumplió con el lleno de los requisitos legales, al no habersele suministrado la totalidad de la información sobre las consecuencias que conllevaba tomar esa decisión; viciándose de esa manera su consentimiento.

Conforme con lo señalado por el demandante, se procederá a verificar, siguiendo, única y exclusivamente las reglas jurisprudenciales expuestas anteriormente, si la AFP Porvenir S.A. -quien tiene la carga probatoria en este tipo de procesos (como se explicó en el punto cuatro del fundamento jurisprudencial)-, cumplió con el deber legal de información que le correspondía para el 1° de julio de 1994 (primera etapa).

Al plenario no fue adosado el formulario de afiliación que da cuenta de la vinculación del accionante a la AFP Porvenir S.A. el 1° de julio de 1994, sin embargo, a pesar de que ello hubiere acontecido y se verificara en su contenido la rúbrica del señor Serrano Roca; 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, el señor Carlos Vicente Serrano Roca, quien se encuentra activo como cotizante al desempeñarse como consultor en una empresa multinacional, manifestó que en el año 1994, uno de los asesores comerciales de la AFP Porvenir S.A., antes de suscribir el correspondiente formulario de afiliación, le expresó que debía trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, debido a que el Instituto de Seguros Sociales al que él estaba afiliado iba a

desaparecer; seguidamente le dijo que en ese régimen pensional se podía pensionar anticipadamente, con una mesada mucha más alta que la que ofrecía el RPM, asegurándole que él tenía la facultad de retirar en cualquier momento el saldo acumulado en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros y el valor del bono pensional; también le dijeron que en caso de que se presentara su deceso, esos dineros pasarían a manos de sus herederos hasta el quinto grado de consanguinidad; en cuanto al movimiento que hizo hacía Skandia S.A., indicó que lo hizo por la reputación que esa entidad tenía en el mundo financiero, pero sostuvo que no recibió ningún tipo de información por parte de esa entidad; a continuación, ante pregunta efectuada por la apoderada judicial de Skandia S.A., manifestó que no ha solicitado el reconocimiento de la pensión de vejez en el RAIS, ya que quedó muy defraudado después de que se le informara que en ese régimen pensional devengaría una mesada pensional muy inferior a la que se le otorgaría en el régimen de prima media con prestación definida.

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, cabe concluir que del interrogatorio de parte absuelto por el señor Carlos Vicente Serrano Roca, 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 expediente digitalizado que acredite que la asimetría en la información que se produjo el 1° de julio de 1994 dejó de prolongarse con el movimiento efectuado al interior del RAIS, al punto que la AFP Skandia S.A. no trajo pruebas al plenario que demostraran el cumplimiento del deber legal de información por parte de esa entidad para la fecha en que se produjo el movimiento del actor hacía esa entidad, debiéndose advertir que el hecho de estar afiliado en el RAIS por más de veinte años realizando cotizaciones al sistema general de pensiones a través de ese régimen pensional, no demuestran per se los actos de correlacionamiento de los

que habla la Corte Suprema de Justicia, pues como ya se ha dicho, lo importante es que durante ese periodo en el que los afiliados permanecen en el RAIS desaparezca por completo esa asimetría en la información que nace con el acto jurídico que materializa el cambio de régimen pensional, lo cual no aconteció en el presente asunto; evidenciándose que el afiliado, después de recibir el 28 de noviembre de 2019 la proyección de la que sería su mesada pensional en el RAIS -págs.51 a 55 del expediente digitalizado-, en donde se le dijo que a los 62 años de edad podía acceder a una mesada de \$4.952.000; mientras que en el RPM podría percibir una mesada de \$7.309.000; decidió iniciar la presente acción en contra de las AFP Porvenir S.A., Skandia S.A. y de la Administradora Colombiana de Pensiones el 3 de diciembre de 2019 -pág.94 expediente digitalizado-, con el fin de devolver las cosas al estado en el que se encontraban antes del 1° de julio de 1994.

Por lo expuesto, no quedó demostrado en el proceso que al accionante se le haya brindado 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 1° de julio de 1994, motivo por el que, 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, 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 el 1° de julio de 1994, por lo que todos los actos posteriores ejecutados dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad, incluido el movimiento efectuado el 28 de junio de 2016, carecen de validez, como correctamente lo definió la *quo*.

Así las cosas, al no tener ningún efecto jurídico el traslado efectuado por el señor Carlos Vicente Serrano Roca al régimen de ahorro individual con solidaridad, resulta procedente emitir una serie de condenas en contra de los fondos privados de pensiones demandados, pero no en la forma determinada por la *a quo*, como pasa a explicarse.

Como se narró en los antecedentes del presente proveído, la falladora de primer grado, después de declarar la ineficacia del acto jurídico que significó el traslado de la accionante al RAIS, decidió condenar a la AFP Skandia S.A., a la que se encuentra vinculado actualmente el actor, a restituir a la Administradora Colombiana de Pensiones la totalidad del saldo acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con sus intereses y los rendimientos financieros, como lo ha establecido la jurisprudencia en este tipo de casos, sin embargo, de manera errada, la directora del proceso dispuso que esas sumas sean entregadas debidamente indexadas, olvidando que en estos eventos el valor de los aportes al sistema general de pensiones realmente no sufren depreciación, por cuanto esa pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo queda compensada suficientemente con la orden dirigida a restituir los intereses que se han generado sobre esos valores más los rendimientos financieros; motivo por el que no hay lugar a confirmar la decisión dirigida a indexar esos valores y por tanto se modificará el ordinal segundo de la providencia objeto de análisis.

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 lo determinó el juzgado de conocimiento.

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 la AFP Skandia S.A. a reintegrar a la Administradora Colombiana de Pensiones, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores que fueron cobrados al actor durante su permanencia en esa entidad y que estuvieron destinados a cancelar las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como los valores destinados a financiar la garantía de pensión mínima; sin que con esa decisión se esté afectando los intereses de terceros que no asistieron al proceso, pues precisamente la orden dirigida en ese sentido lo que lleva es a que los fondos privados de pensiones respondan con su patrimonio por las deficiencias en que incurrieron al momento de efectuar la afiliación al RAIS.

Ahora bien, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, es del caso recordar que el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito condenó correctamente a la AFP Porvenir S.A. en la que estuvo afiliado el actor, a restituir con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, únicamente los valores que cobró al afiliado por concepto de gastos o cuotas de administración, olvidando que al haberse declarado ineficaz el traslado efectuado por el señor Serrano Roca al RAIS el 1° de julio de 1994, todos los actos posteriores carecen de validez, motivo por el que también debía condenar a la AFP Porvenir S.A. a reintegrar los dineros que fueron cobrados al afiliado para cancelar las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como los destinados a financiar la garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos

y debidamente indexados, sin que así lo hubiere hecho; razón por la que esta Corporación procederá a adicionar la sentencia de primera instancia en ese aspecto, atendiendo, como ya se dijo, el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de Colpensiones.

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 1° de julio de 1994, se generó en ese momento un bono pensional tipo A en favor del señor Carlos Vicente Serrano Roca, nacido el 16 de junio de 1958 como se evidencia en la copia de su cédula de ciudadanía -pág.30 expediente digitalizado-, por lo que a pesar de que no existe prueba que demuestre el estado actual de ese bono de deuda pública, lo cierto es que el mismo se redimió normalmente el pasado 16 de junio de 2020, fecha en que el accionante cumplió los 62 años de edad; por lo que, teniendo en cuenta que el artículo 17 del Decreto 1748 de 1995 dispone que esta clase de bonos se pagan dentro del mes siguiente a la fecha de redención (sin necesidad de solicitud previa), claro es que el mismo debió entrar a la cuenta de ahorro individual del demandante antes del 16 de julio de 2020; razón por la que, al tener que restituirse las cosas al estado en el que se encontraban para el 1° de julio de 1994, al carecer de efectos jurídicos el traslado al RAIS ejecutado en esa calenda, se modificará el ordinal segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito, con el objeto de no incluir dentro de la condena la restitución del valor del bono pensional a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, para posteriormente adicionar ese ordinal en el sentido de condenar al fondo privado de pensiones accionado a restituir la suma pagada por ese concepto pero a favor de la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, suma que deberá estar debidamente indexada, precisándose que esa actualización del valor del bono

pensional debe ser cancelada con los recursos propios del fondo privado de pensiones Skandia S.A.

Así mismo, se adicionará la sentencia proferida por la *a quo* en el sentido de comunicar a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público la decisión adoptada en el presente caso, con el objeto de que tenga conocimiento de la orden impartida frente al bono pensional tipo A redimido y pagado por parte de esa entidad a favor de la cuenta de ahorro individual del accionante, y para que posteriormente, haciendo uso de trámites internos y a través de canales institucionales, ejecute todas las acciones pertinentes para retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban para el 1° de julio de 1994.

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 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., 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.

Respecto a la solicitud de condena en costas propuesta por la Administradora Colombiana de Pensiones, la misma no resulta viable, por cuanto no se dan los presupuestos establecidos en el artículo 365 del CGP, en tanto dichas entidades no son contrapartes entre ellas en el proceso, lo que implica que no existan controversias jurídicas a resolver y en consecuencia no existan vencedores ni vencidos entre ellas.

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 del 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 SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito, el cual quedarán así:

“TERCERO. A. CONDENAR al fondo privado de pensiones SKANDIA S.A. a girar a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del señor CARLOS VICENTE SERRANO ROCA, proveniente de las cotizaciones efectuadas al sistema general de pensiones, junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado.

B. CONDENAR al fondo privado de pensiones SKANDIA S.A a restituir, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexadas, las sumas de dinero que fueron descontadas al señor CARLOS VICENTE SERRANO ROCA durante su permanencia en esa entidad y que fueron destinadas a pagar los gastos o cuotas de administración, así como aquellas que fueron dirigidas a financiar la garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes; a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES.”.

SEGUNDO. ADICIONAR el ordinal SEGUNDO, con un literal del siguiente tenor:

“C. CONDENAR a la AFP SKANDIA S.A., de haber recibido el pago del bono pensional en favor de la cuenta de ahorro individual del demandante, a restituir la suma pagada por ese concepto a la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, suma que deberá estar debidamente indexada, precisándose que esa actualización del valor del bono pensional debe ser cancelada con su propio patrimonio.”.

TERCERO. ADICIONAR la sentencia proferida el 18 de marzo de 2021, en el sentido de **CONDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. a que restituya con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los dineros que cobró al señor CARLOS VICENTE SERRANO ROCA durante su permanencia en esa entidad y que estuvieron dirigidos a cancelar las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como los destinados a financiar la garantía de pensión mínima, a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES.

CUARTO. ADICIONAR la sentencia emitida por el Juzgado Cuarto 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 tenga conocimiento de la orden impartida frente al bono pensional tipo A que una vez redimido debió ser pagado por parte de esa entidad a favor de la cuenta de ahorro individual del accionante, y para que posteriormente, haciendo uso de trámites internos y a través de canales institucionales, ejecute todas las acciones pertinentes para retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban para el 1° de julio de 1994.

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

SEXTO. 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
Ausencia Justificada

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 Risaralda

Ana Lucia Caicedo Calderon

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 1 Laboral

Tribunal Superior De 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:

f1139eee2684420ac9e15f5256d17b038e178d37f02cb6f91f2d4c93c74bc2f9

Documento generado en 28/07/2021 07:17:35 AM