

Constancia Secretarial: vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 30 de septiembre de 2021, la totalidad de los intervinientes remitieron en término los alegatos de conclusión al correo institucional, como se aprecia en las constancias de recepción que obran en la subcarpeta 07 de la carpeta de segunda instancia.

Pereira, 15 de octubre de 2021.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
PEREIRA, VEINTE DE OCTUBRE DE DOS MIL VEINTIUNO
Acta de Sala de Discusión No 165 de 19 de octubre de 2021**

SENTENCIA ESCRITA

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito el 3 de junio de 2021, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de COLPENSIONES, dentro del proceso promovido por el señor JOSÉ NELSON PÉREZ LUNA, cuya radicación corresponde al N°66001310500320190049201, y en el que también están demandado el fondo privado de pensiones PROTECCIÓN S.A.

AUTO

Se reconoce personería para actuar dentro del proceso de la referencia a la doctora MARILUZ GALLEGU BEDOYA, 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 7 de octubre de 2021, incluido debidamente en el expediente digitalizado.

ANTECEDENTES

Pretende el señor José Nelson Pérez Luna que la justicia laboral acceda a la nulidad de la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de Porvenir S.A. 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 20 de julio de 1956, afiliándose al régimen de prima media con prestación definida el 9 de septiembre de 1979, en donde continuó realizando cotizaciones interrumpidas hasta antes de trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad el 4 de abril de 1997. Para ejecutar ese acto jurídico se le dijo por parte de un asesor comercial del fondo privado de pensiones con el que se materializó el cambio de régimen pensional, que el Instituto de Seguros Sociales iba a desaparecer, poniendo en riesgo los aportes efectuados por él a través de esa entidad; así mismo se le aseguró que en el RAIS podía pensionarse con una mesada mucho más alta que la que percibiría en el RPM e igualmente le expresó que al arribar a la edad mínima de pensión, sería él quien eligiese si accedía a la gracia pensional o reclamaba la devolución de saldos junto con el valor del bono pensional.

Posteriormente decidió afiliarse a la AFP Protección S.A., debido a que el asesor comercial de esa entidad le aseguró que allí iba a generar mejores rendimientos financieros.

El 11 de octubre de 2019, ante solicitud elevada por él, la Administradora Colombiana de Pensiones negó su retorno al régimen de prima media con prestación definida, bajo el argumento que se encontraba a menos de diez años de arribar a la edad mínima de pensión.

La Administradora Colombiana de Pensiones dio respuesta a la acción -págs.190 a 194 expediente digitalizado- manifestando que, al revisar sus bases de datos, se evidencia un traslado de régimen pensional por parte del señor José Nelson Pérez Luna el 4 de abril de 1997 a través de la AFP Porvenir S.A., el cual tiene plena validez al haberse ejecutado de acuerdo con la normatividad prevista en las normas que regulaban la materia para la época. Así mismo, argumenta que no es viable el retorno del accionante al RPM, ya que el se encuentra inmerso en la prohibición legal prevista en el artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003. Se opuso a las pretensiones elevadas por la actora y planteó las excepciones de *“Inexistencia de la obligación demandada”* y *“Prescripción”*.

El fondo privado de pensiones Porvenir S.A. respondió el libelo introductorio - págs.200 a 214 expediente digitalizado- oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, argumentando que el acto jurídico por medio del cual se surtió el traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad el 4 de abril de 1997 a través de esa entidad, se hizo con el lleno de los requisitos que la ley exigía para ese momento histórico, agregando que el afiliado no puede regresar al RPM porque se encuentra inmerso en la prohibición legal prevista en el artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003. Propuso las excepciones de fondo que denominó *“Validez y eficacia de la afiliación del demandante al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento”*, *“Saneamiento de la eventual nulidad relativa”*, *“Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS”*, *“Inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS”*, *“Pago”*, *“Compensación”*, *“Prescripción”*, *“Buena fe”* e *“Innominada o genérica”*.

A su turno, la AFP Protección contestó la demanda -págs.259 a 286 expediente digitalizado- manifestando que si bien el traslado de régimen pensional ejecutado por la actora el 4 de abril de 1997 no se produjo a través de esa entidad, se opone a la totalidad de las pretensiones en razón a que el suceso jurídico que significó el cambio de régimen pensional del actor fue completamente lícito y ajustado a derecho en la medida en que su voluntad fue consciente de las consecuencias jurídicas que ello generaría, agregando que el señor Pérez Luna no ha sido víctima de la inducción a error que proclama dentro del escrito inaugural. Se opuso

a la totalidad de las pretensiones y propuso las excepciones de mérito que denominó *“Genérica o innominada”, “Prescripción”, “Buena fe”, “Compensación”, “Exoneración de condena en costas”, “Inexistencia de la obligación”, “Falta de legitimación en la causa y/o ausencia de personería sustantiva por pasiva de mi representada”, “Inexistencia de la fuente de la obligación”, “Inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad”, “Ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados por parte de esta entidad llamada a juicio”, “Afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado”, “Excepción de mérito seguro previsional”, “Excepción de mérito cuotas de administración”*.

En sentencia de 3 de junio 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 José Nelson Pérez Luna, esto es, las características de ambos regímenes pensionales con sus ventajas y desventajas, razón por la que accedió a la ineficacia del traslado al RAIS surtido el 4 de abril de 1997; declarando válida y vigente la afiliación primigenia efectuada al régimen de prima media con prestación definida, actualmente administrado por Colpensiones.

Como consecuencia de esas declaraciones, la *a quo*, en la parte considerativa de la providencia expresó que la AFP Porvenir S.A. debía girar a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones la totalidad del capital que se encuentra acumulado en la cuenta de ahorro individual del actor, indicando que allí debían estar incluidos los aportes, intereses, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales en caso de existir, así como los gastos de administración y las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, sin embargo, al momento de emitir la parte resolutive de la providencia simplemente le ordenó al fondo privado de pensiones Porvenir S.A. que *“proceda a remitir ante COLPENSIONES el capital que aparece en la cuenta individual del demandante en los términos descritos en precedencia.”*, es decir, sin pormenorizar detalladamente los conceptos incluidos allí.

Como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de la accionante al RAIS, decidió no emitir condenas económicas en contra de la AFP Protección S.A. en la que estuvo afiliado en alguna época el señor José Nelson Pérez Luna.

Finalmente, condenó a la AFP Porvenir S.A., con la que se materializó el cambio de régimen pensional, en costas procesales en un 100% a favor del demandante.

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

La apoderada judicial de la AFP Porvenir S.A. manifiesta que en este tipo de asuntos la acción que se debe incoar no es la de nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales como lo hizo el señor José Nelson Pérez Luna, sino la resarcitoria de perjuicios prevista en el artículo 10 del decreto 720 de 1994. Así mismo, estima que en estos eventos la carga de la prueba se encuentra en cabeza de la parte actora, quien no cumplió con demostrar los hechos narrados en la demanda y por el contrario, lo que se demostró por parte de ese fondo privado de pensiones, es que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de esa sociedad el 4 de abril de 1997 de manera libre, voluntaria y sin presiones, después de habersele suministrado la totalidad de la información que la ley exigía para ese momento histórico.

En caso de que se confirme la declaratoria de ineficacia, considera que la única suma que debe restituirse a la Administradora Colombiana de Pensiones, es la relativa a los aportes o cotizaciones efectuados al sistema general de pensiones, añadiendo frente a los gastos de administración y las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, que esos son dineros que se cobran por ministerio de la ley, lo que permite la excelente administración de su cuenta de ahorro individual, que según estudios hechos por Asofondos representan el 74% del capital allí acumulado, además de estar protegido frente a los riesgos de invalidez y muerte.

Finalmente, estima que no hay lugar a que se emita condena en costas en su contra, ya que el accionar de la entidad se ha edificado en el estricto cumplimiento de la ley en aplicación del principio de la buena fe.

Por su parte, la apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones sostiene que en este tipo de casos no es procedente el retorno al RPM de los afiliados que han sobrepasado el límite de edad previsto en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, tal y como ocurre con el señor José Nelson Pérez Luna.

Adicionalmente, no puede perderse de vista que el actor elevó la acción de nulidad del traslado al RAIS, por lo que la carga probatoria de acreditar la configuración del vicio en el consentimiento que deja entrever en la demanda estaba radicada en cabeza suya, sin que así lo hubiere cumplido en el trámite procesal, en donde realmente salió a relucir que el cambio de régimen pensional se dio con el lleno de los requisitos exigidos en la ley para el año 1997.

Como si lo anterior no fuera suficiente, también quedaron probados en el plenario los actos de relacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia, no solamente porque el demandante se movilizó al interior del RAIS, sino porque ha permanecido afiliado en él por más de veinte años realizando cotizaciones al sistema general 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 totalidad de los intervinientes remitieron en término los alegatos de conclusión al correo institucional.

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

Por su parte, el apoderado judicial de la AFP Protección S.A., reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, solicitando con base en ellos que se revoque en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito para que en su lugar se nieguen la totalidad de las pretensiones incoadas por el señor José Nelson Pérez Luna.

A su turno, la parte actora solicitó la confirmación integral de la sentencia emitida por el juzgado de conocimiento el 3 de junio 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 José Nelson Pérez Luna al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada el 4 de abril de 1997?

¿Con los movimientos efectuados por el 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?

¿Tiene razón el fondo privado de pensiones Porvenir S.A. cuando afirma que únicamente es viable la restitución de los dineros provenientes de las cotizaciones al sistema general de pensiones?

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

¿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 absolver a la AFP Porvenir S.A. de la condena en costas procesales emitida 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.”. (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>Etapa acumulativa</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</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</i>

	<i>relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

3. La suscripción del formulario de afiliación.

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

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

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

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

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

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

4. Carga de la prueba.

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

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

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

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal

afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.”.

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

En sentencia SL3752 de 15 de septiembre de 2020, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, advirtiendo la importancia constitucional y legal que caracteriza el derecho a la seguridad social, recordó la necesidad de resolver los asuntos que son puestos en conocimiento de la jurisdicción teniendo en cuenta la verdadera intención que tienen los afiliados a través de sus actuaciones y no con base en las formalidades y protocolos; trayendo a colación como ejemplos los temas que han sido resueltos desde esa arista, como el relacionado con la desafiliación al sistema general de pensiones cuando no existe el reporte de la novedad de retiro del sistema, o como en los casos en que, sin existir afiliación a una administradora pensional, el afiliado realiza aportes durante un periodo importante, que conllevan a concluir que se ha presentado una afiliación tácita a pesar de no haberse diligenciado el correspondiente formulario; mostrando que, como en esos eventos, existen muchos otros en los que las manifestaciones efectuadas por los afiliados al sistema general de pensiones denotan su verdadera intención de permanecer vinculados en determinado régimen pensional.

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

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

Y más adelante continuó expresando:

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

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

Por esta misma razón, en casos como el presente, donde se discute la materialización del acto jurídico de la afiliación o traslado, es relevante tener en cuenta los aportes al sistema, no como un requisito ad substantiam actus de la afiliación, como lo sostuvo el Tribunal, sino como una señal nítida de la voluntad del trabajador cuando existen dudas razonables sobre su genuino deseo de cambiarse de régimen.

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

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

Conforme se expuso en el primer punto del fundamento jurisprudencial, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene definido que la acción que se debe estudiar cuando se reclama la ausencia total o parcial del deber de información por parte de los fondos privados de pensiones, no es otra que la ineficacia del acto jurídico que permitió el traslado entre regímenes pensionales, por lo que al haber orientado el actor la demanda en ese sentido, por imperativo jurisprudencial, lo que corresponde es analizar el caso en la forma determinada por la Corte Suprema de Justicia, esto es, si el traslado del demandante al RAIS se dio en términos de eficacia, como acertadamente lo abordó la falladora de primera instancia; por lo que bajo esa única y exclusiva postura, no le asiste razón a la apoderada judicial de la AFP Porvenir S.A. cuando sostiene que la acción que debió incoar el accionante era la resarcitoria de perjuicios prevista en el artículo 10 del decreto 720 de 1994.

Resuelto lo anterior, se tiene entonces que la AFP Porvenir S.A. al contestar la demanda - págs.200 a 214 expediente digitalizado- confesó que el señor José Nelson Pérez Luna suscribió formulario de afiliación el 4 de abril de 1997, por medio del cual se materializó el traslado del afiliado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, confesión que se soporta adicionalmente con la certificación emitida por el SIAFP de Asofondos - pág.289 expediente digitalizado-, en la que se informa que el actor cambió de régimen pensional el 4 de abril de 1997 a través de esa entidad; sin embargo, el demandante inicia la presente acción al considerar que ese cambio de régimen pensional 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 4 de abril de 1997 (primera etapa).

Al plenario no fue adosado el formulario de afiliación que da cuenta de la vinculación del accionante al RAIS el 4 de abril de 1997, sin embargo, como ya se dijo anteriormente, la AFP Porvenir S.A. confesó que el actor suscribió formulario de afiliación con esa entidad en la fecha referida anteriormente, hecho que adicionalmente quedó acreditado con la certificación emitida por el SIAFP de Asofondos, en el que se constata que en esa calenda se ejecutó el acto jurídico que materializó el cambio de régimen pensional del demandante, pero, a pesar de que existe certeza de que el señor Pérez Luna rubricó ese documento; lo cierto es que según lo dice la Sala de Casación Laboral, esa prueba no resulta suficiente para tener por demostrado el deber de información, pues, como mucho, demuestra un consentimiento, pero no informado.

Ahora, en el interrogatorio de parte, el señor José Nelson Pérez Luna, quien informó que se encuentra activo laboralmente en su calidad de servidor público, manifestó que el cambio de régimen pensional se produjo debido a que unas asesoras comerciales visitaron las instalaciones donde prestaba sus servicios y en una reunión colectiva que duró aproximadamente veinticinco minutos, se les dijo que el Instituto de Seguros Sociales iba a desaparecer, motivo por el que debían trasladarse al RAIS, indicándoles adicionalmente que en ese régimen pensional podía pensionarse a cualquier edad y con una mesada mucho más alta que la ofrecida por el entonces ISS, sin embargo, ante las preguntas realizadas por la directora del proceso, sostuvo que nunca se le ha explicado durante su permanencia en el RAIS como es la forma en la que pueden acceder a una mesada pensional más alta que la del RPM, agregando que desconoce por completo la forma como se puede pensionar en ambos regímenes pensionales, ya que nunca se le dijo nada al respecto por parte de los fondos privados de pensiones en los que ha estado afiliado; finalmente cuando se le interroga sobre varias características del RAIS, como por ejemplo sobre su conocimiento frente a los rendimientos financieros, expresa que no sabe nada al respecto.

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, cabe concluir que del interrogatorio de parte absuelto por el señor José Nelson Pérez Luna, ni de

ninguna de las pruebas allegadas al plenario se desprende el cumplimiento del deber legal de información por parte de la AFP Porvenir S.A., sin que tampoco exista prueba en el plenario que acredite que la asimetría en la información que se produjo el 4 de abril de 1997 dejó de prolongarse con el paso de los años, pues a pesar de que el accionante se movilizó dentro del RAIS, más precisamente a la AFP Protección S.A. el 9 de abril de 1999 y posteriormente regresó a la AFP Porvenir S.A. el 30 de septiembre de 2003 (en donde se encuentra vinculado actualmente), además de permanecer activo como cotizante dentro de ese régimen pensional durante más de veinte años, lo cierto es que en el plenario no quedó acreditado por parte de esos fondos privados de pensiones, que se le haya puesto de presente al afiliado la información que la ley exigía en cada momento histórico, siendo del caso señalar que esos hechos, esto es, la movilidad dentro del RAIS y su permanencia en él durante todo ese tiempo, 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.

Por lo expuesto, no les asiste razón a la AFP Porvenir S.A. y a la Administradora Colombiana de Pensiones cuando afirman que al accionante se le brindó la información que por ley correspondía y que se presentaron actos de relacionamiento que hicieron desaparecer la asimetría en la información que se produjo el 4 de abril de 1997, 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 Tercero 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 en la fecha referida anteriormente, 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 el señor José Nelson Pérez Luna al régimen de ahorro individual con solidaridad, se confirmará la condena emitida por la *a quo* en contra de la AFP Porvenir S.A. a la que se encuentra afiliado actualmente, consistente en girar a favor de la

Administradora Colombiana de Pensiones el capital existente en la cuenta de ahorro individual, pero para mayor claridad, se modificará el ordinal tercero de la sentencia recurrida en el sentido de pormenorizar que los emolumentos que debe reintegrar ese fondo privado de pensiones son los provenientes de las cotizaciones 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 SL3034 de 7 de julio de 2021 en la que la Corte Suprema de Justicia reiteró que otra de las consecuencias prácticas que trae la declaración de ineficacia, es la de restituir los gastos o cuotas de administración descontados por los fondos privados de pensiones durante la permanencia de los afiliados en esas entidades, tal y como en su momento lo expresó la falladora de primer grado en la parte motiva de la providencia, sin embargo, no puede perderse de vista que el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral ha definido que la restitución de esas sumas de dinero debe realizarse con cargo a los propios recursos de los fondos privados y debidamente indexados; por lo que siguiendo esa línea jurisprudencial, en atención al grado jurisdiccional de consulta y con el objeto de que quede debidamente consignada la orden en la providencia, se adicionará la sentencia emitida por el juzgado de conocimiento en ese sentido.

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 consideración expresada por la *a quo* en la parte motiva de la providencia consistente en que la AFP Porvenir S.A. debe cancelar los valores que descontó al actor para pagar las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, sin embargo, no tuvo en cuenta la funcionaria de primera instancia que la devolución de esos emolumentos debe hacerse con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, razón por la que, acudiendo nuevamente al grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de Colpensiones, se adicionará el ordinal tercero de la sentencia objeto de análisis en ese sentido, condenando adicionalmente a Porvenir S.A. a reintegrar las sumas descontadas durante la permanencia del accionante en esa entidad y que estuvieron dirigidas a financiar la garantía de pensión mínima, también con cargo a sus recursos y debidamente indexados; sin que con esa decisión se esté afectando los intereses de terceros que

no asistieron al proceso, pues precisamente la orden dirigida en ese sentido lo que lleva es a que los fondos privados de pensiones respondan con su patrimonio por las deficiencias en que incurrieron al momento de efectuar la afiliación al RAIS.

De acuerdo con las mismas consideraciones realizadas anteriormente y teniendo en cuenta que la accionante estuvo afiliada a la AFP Protección S.A. entre el 9 de abril de 1999 y el 29 de septiembre de 2003, acudiendo nuevamente al grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de Colpensiones, se adicionará la sentencia proferida el 3 de junio de 2021 en el sentido de condenar también a ese fondo privado de pensiones a restituir con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores que descontaron durante la permanencia del afiliado a esa entidad y que estuvieron direccionados a cancelar los gastos o cuotas de administración, los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y los dirigidos a financiar la garantía de pensión mínima.

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 4 de abril de 1997, se generó en ese momento un bono pensional tipo A en favor del señor José Nelson Pérez Luna, nacido el 20 de julio de 1956 como se aprecia en la copia de su cédula de ciudadanía -pág.25 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 20 de julio de 2018, 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 20 de agosto de 2018; razón por la que, al tener que restituirse las cosas al estado en el que se encontraban para el 4 de abril de 1997, al carecer de efectos jurídicos el traslado al RAIS ejecutado en esa calenda, se modificará el ordinal tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero 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 Porvenir S.A. 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 de ese fondo privado de pensiones.

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 4 de abril de 1997.

En torno al hecho de que el accionante arribó a la edad mínima de pensión en el RPM, la verdad es que ese suceso no afecta en nada la decisión tomada en este proceso, por cuanto, como se ha explicado recurrentemente a lo largo de la presente providencia, la declaratoria de ineficacia trae como consecuencia jurídica que los actos emitidos a partir de ese momento no tienen ninguna validez, lo que lleva a que las cosas se reestablezcan al estado en el que se encontraban, es decir, que al no haberse consumado legalmente el cambio de régimen pensional, el mismo 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.

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 TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito, el cual quedará así:

*“**TERCERO. A. CONDENAR** al fondo privado de pensiones PORVENIR S.A. a girar a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del señor JOSÉ NELSON PÉREZ LUNA, 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 PORVENIR S.A a restituir, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexadas, las sumas de dinero que fueron descontadas al señor JOSÉ NELSON PÉREZ LUNA 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 TERCERO, con un literal del siguiente tenor:

*“**C. CONDENAR** a la AFP PORVENIR 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 3 de junio de 2021, en el sentido de **CONDENAR** a los fondo privado de pensiones PROTECCIÓN S.A. a reintegrar con cargo a sus propios recursos y debidamente indexadas, las sumas de dinero que fueron descontadas al demandante 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 de invalidez y sobrevivientes; a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES.

CUARTO. ADICIONAR la sentencia emitida por el Juzgado Tercero 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 4 de junio de 1997.

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

SEXTO. CONDENAR en costas en esta instancia al fondo privado de pensiones PORVENIR S.A. y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES 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
Sala 2 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

German Dario Goez Vinasco
Magistrado
Sala 003 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

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

Código de verificación:
6571846c7d7fd1b93751702832ecba5965d3e6f5341fe39cd5e8d097e368d41d

Documento generado en 20/10/2021 07:42:25 AM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**