

Constancia Secretarial: Vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 7 de diciembre 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 06 de la carpeta de segunda instancia.

Pereira, 18 de enero de 2022.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ
Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
PEREIRA, VEINTISÉIS DE ENERO DE DOS MIL VEINTIDÓS
Acta de Sala de Discusión No 09 de 24 de enero de 2022

SENTENCIA ESCRITA

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito el 7 de julio de 2021, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de COLPENSIONES, dentro del proceso promovido por la señora JANETH AZUCENA RESTREPO VARGAS, cuya radicación corresponde al N°66001310500420200019101.

ANTECEDENTES

Pretende la señora Janeth Azucena Restrepo Vargas que la justicia laboral declare la nulidad de la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como el movimiento efectuado a su interior 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 a Colpensiones 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 22 de agosto de 1964, afiliándose al régimen de prima media con prestación definida el 14 de julio de 1987, en donde hizo cotizaciones interrumpidas hasta antes de afiliarse al régimen de ahorro individual con solidaridad el 5 de abril de 1994 a través de la AFP Porvenir S.A.; antes de suscribir el formulario de afiliación que significó el cambio de régimen pensional, un asesor comercial de ese fondo privado de pensiones le dijo que en el RAIS podía pensionarse anticipadamente y con una mesada pensional mucho más alta que la que podría devengar en el RPM, y adicionalmente le aseguró que al llegar a la edad mínima de pensión, sería ella quien definiría si accedía a la gracia pensional o reclamaba la devolución de saldos junto con el valor del bono pensional; sin embargo, no se le explicó nada más sobre las implicaciones que conllevaba ejecutar ese acto jurídico; el 22 de mayo de 1995 se movilizó hacia la AFP Colfondos S.A., retornando posteriormente al fondo privado de pensiones Porvenir S.A. en donde se encuentra vinculada actualmente.

El 10 de julio de 2020, ante solicitud elevada por ella, la Administradora Colombiana de Pensiones negó su retorno al RPM argumentando que se encontraba incurso en una prohibición legal.

El fondo privado de pensiones Porvenir S.A. respondió la acción -archivo 13 carpeta primera instancia- oponiéndose a la totalidad de las pretensiones incoadas por la demandante, argumentando que el traslado de la señora Janeth Azucena Restrepo Vargas del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad se efectuó con el lleno de los requisitos exigidos en la ley para el 5 de abril de 1994, tal y como da fe el correspondiente formulario de afiliación suscrito por ella de manera libre, voluntaria y sin presiones, sin que se haya configurado el error en el consentimiento que se alega en el libelo introductorio, pero que, en caso de que así hubiere sido, la nulidad relativa que de allí se desprendería se saneó por el paso del tiempo como lo determina el artículo 1750 del código civil. Sostiene que tampoco puede accederse a las pretensiones de la demanda por cuanto la demandante se encuentra inmersa 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. Formuló las excepciones de mérito de *“Validez y eficacia de la afiliación de la 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*

nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS”, “Inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS”, “Prescripción”, “Buena fe” e “Innominada o genérica”.

Por su parte, la AFP Colfondos S.A. contestó la demanda -archivo 15 carpeta primera instancia- oponiéndose a las pretensiones dirigidas en su contra, y si bien expresa que el cambio de régimen pensional no se produjo a través de esa entidad, lo cierto es que ese acto jurídico ejecutado el 5 de abril de 1994 se reputa válido, pues de ello da fe el correspondiente formulario de afiliación, agregando que el movimiento efectuado por la demandante hacía esa entidad cumplió con el lleno de los requisitos exigidos en la ley. Sostiene también que en caso de que se hubiere configurado la nulidad relativa que se alega en la demanda, ella se saneó por el paso del tiempo. Finalmente asegura que, en caso de que se declare la ineficacia del cambio de régimen pensional, no es jurídicamente viable que se ordene la restitución de los gastos de administración, ni las primas de los seguros previsionales. Planteó las excepciones de fondo de *“Validez y eficacia de la afiliación de la 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 nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS”, “Inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS”, “Pago”, “Compensación”, “Prescripción”, “Buena fe” e “Innominada o genérica”.*

La Administradora Colombiana de Pensiones respondió la acción -subcarpeta 08 carpeta primera instancia- oponiéndose a la totalidad de las pretensiones elevadas por la actora, sosteniendo que el cambio de régimen pensional que se produjo el 5 de abril de 1994 se hizo bajo los parámetros previstos en la ley 100 de 1993, al edificarse en una decisión libre, voluntaria y sin presiones por parte de la señora Janeth Azucena Restrepo Vargas; indicando que en caso de que se hubiera configurado la nulidad relativa que se alega en la demanda, ella se saneó por el paso del tiempo, como lo determina el artículo 1750 del código civil. Planteó las excepciones de fondo de *“Validez de la afiliación al RAIS”, “Saneamiento de una presunta nulidad”, “Solicitud de traslado de dineros de gastos de administración”, “Prescripción”, “Imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal”, “Buena fe”, “Imposibilidad de condena en costas” y “Declaratoria de otras excepciones”.*

En sentencia de 7 de julio 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 a la señora Janeth Azucena Restrepo Vargas, 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 5 de abril de 1994; motivo por el que ordenó a la Administradora Colombiana de Pensiones aceptar a la accionante en el régimen de prima media con prestación definida, al continuar válida y vigente la afiliación primigenia efectuada por la actora a ese régimen pensional a través del Instituto de Seguros Sociales.

Como consecuencia de esas decisiones, condenó al fondo privado de pensiones Porvenir S.A., al que se encuentra vinculada 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; 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 al fondo privado de pensiones Colfondos S.A. a restituir, con cargo a sus recursos y debidamente indexados, los valores que cobró 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 y las destinadas a financiar la garantía de pensión mínima.

A continuación, ordenó comunicar la decisión adoptada en el proceso a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el objeto de que en caso de que se

haya **emitido un bono pensional** a favor de la demandante, proceda a anularlo, de conformidad con la normativa que regula la materia, teniendo en cuenta que debe restituir las cosas al estado en el que se encontraban para el momento en que se produjo el cambio de régimen pensional de la actora, el cual fue declarado ineficaz.

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

Inconformes con la decisión, los fondos privados de pensiones accionados, así como la Administradora Colombiana de Pensiones interpusieron recurso de apelación en los siguientes términos:

La apoderada judicial de los fondos privados de pensiones Colfondos S.A. y Porvenir S.A. manifestó que en el trámite del proceso quedó acreditado que el cambio de régimen pensional efectuado por la señora Janeth Azucena Restrepo Vargas se ejecutó bajo el estricto cumplimiento de la ley que regulaba la materia para el 5 de abril de 1994, ya que como se verifica con el correspondiente formulario de afiliación, ella tomó esa determinación de manera libre, voluntaria y sin presiones, tal y como lo dijo en el interrogatorio de parte, del cual se desprende también que esas entidades cumplieron con el deber de realizar una adecuada asesoría de las consecuencias que conllevaba pasar del RPM al RAIS.

Es que realmente lo que se advierte de los hechos narrados en la demanda y lo expuesto por la accionante en el interrogatorio de parte, es una insatisfacción de carácter económico, por lo que bajo esos parámetros, equivocada resultó su decisión de invocar la acción de nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensional, ya que la que debió impetrar era la acción resarcitoria de perjuicios establecida en el artículo 10 del decreto 720 de 1994, lo que indefectiblemente conlleva a que se nieguen las pretensiones de la demanda.

En todo caso, de confirmarse la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS realizado a través de la AFP Porvenir S.A., la única obligación económica que resultaría de ello es la devolución de los dineros recaudados por concepto de aportes o cotizaciones al sistema general de pensiones, y no todos los emolumentos ordenados por la *a quo*, añadiendo frente esos otros rubros, que los

mismos fueron cobrados por los fondos privados de pensiones accionados por ministerio de la ley, por lo que entregárselos a Colpensiones constituye un enriquecimiento sin justa causa para esa entidad y un detrimento patrimonial para Colfondos S.A. y Porvenir S.A..

Finalmente, considera que no resulta viable condenar a Porvenir S.A. en costas procesales, por cuanto su actuación siempre ha estado enmarcada por el estricto cumplimiento de la ley, en aplicación del principio de la buena fe.

Por su parte, el apoderado judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones sostuvo que en este tipo de asuntos no es procedente afectar los intereses de esa entidad, en consideración a que no tuvo nada que ver en la constitución de los actos jurídicos que se cuestionan por parte de los afiliados, por lo que no es justo que Colpensiones deba recibir a una persona que potencialmente esta cerca de pensionarse y que no ha estado cotizando en el régimen de prima media con prestación definida, sino que ha estado por más de veinte años en el régimen de ahorro individual con solidaridad, régimen al cual ha querido pertenecer, ya que la afiliada ha ejecutado una serie de actos que llevan a concluir que su voluntad es la de permanecer en ese régimen pensional.

Es que, para que se pueda acceder a las pretensiones de la acción, le correspondía a la señora Restrepo Vargas demostrar las afirmaciones contenidas en la demanda, situación que no se presenta en este asunto, ya que ella no probó que la AFP Porvenir S.A. no le suministró la información que por ley correspondía y, por el contrario, lo que se desprende del formulario de afiliación suscrito por ella el 5 de abril de 1994, es que la afiliada se trasladó de manera libre, voluntaria y sin presiones.

Por lo expuesto, solicita que se revoque en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito, para en su lugar negar la totalidad de las pretensiones de la acción.

Al haber resultado afectados los intereses de la Administradora Colombiana de Pensiones, se dispuso también el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Conforme se dejó plasmado en la constancia emitida por la Secretaría de la Corporación, la totalidad de los intervinientes hicieron uso en término del derecho a presentar alegatos de conclusión en esta sede.

En cuanto al contenido de los escritos 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, la apoderada judicial de la parte actora solicitó la confirmación integral de la sentencia emitida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito el 7 de julio 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 de la señora Janeth Azucena Restrepo Vargas al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada el 5 de abril de 1994?

¿Con los movimientos efectuados por la actora y su permanencia 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 en estos casos solo se puede ordenar la devolución de los dineros provenientes de las cotizaciones o aportes al sistema general de pensiones?

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

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

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

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,</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de</i>

	<i>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>los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

3. La suscripción del formulario de afiliación.

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

“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace

libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

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

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

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

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

4. Carga de la prueba.

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

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

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

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

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

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

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

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

Y más adelante continuó expresando:

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

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

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

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

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

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

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

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

Lo anterior, puesto que a través de los actos de relacionamiento que quedaron plenamente acreditados dentro del proceso, esto es, el traslado

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

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

CASO CONCRETO

Conforme se expuso en el primer punto del fundamento jurisprudencial, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene definido que la acción que se debe estudiar cuando se reclama la ausencia total o parcial del deber de información por parte de los fondos privados de pensiones, no es otra que la ineficacia del acto jurídico que permitió el traslado entre regímenes pensionales, por lo que al haber orientado la actora la demanda en ese sentido, por imperativo jurisprudencial, independientemente de que la señora Restrepo Vargas haya invocado la acción de nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, lo que corresponde es analizar el caso en la forma determinada por la Corte Suprema de Justicia, esto es, si el cambio de régimen pensional de la demandante se dio en términos de eficacia; como correctamente lo abordó la funcionaria de primera instancia, por lo que, bajo esa única y estricta postura, no le asiste la razón a la apoderada judicial de los fondos privados de pensiones accionados cuando afirma que la acción que debió ejercerse era la resarcitoria de perjuicios prevista en el artículo 10 del decreto 720 de 1994.

Resuelto lo anterior, se tiene entonces que con la solicitud de vinculación N°002801 -pág.35 archivo 03 carpeta primera instancia-, la señora Janeth Azucena Restrepo Vargas se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad el 5 de abril de 1994 cuando se vinculó a la AFP Porvenir S.A., sin embargo, la demandante inicia la presente acción al considerar que el cambio del RPM al RAIS no se cumplió con el lleno de los requisitos legales, al no habersele suministrado la información sobre las consecuencias que conllevaba tomar esa decisión; viciándose de esa manera su consentimiento.

Conforme con lo señalado por la demandante, se procederá a verificar, siguiendo, única y exclusivamente las reglas jurisprudenciales expuestas anteriormente, si la AFP Porvenir S.A. -quien tiene la carga probatoria en este tipo de procesos (como se explicó en el punto cuatro del fundamento jurisprudencial)-, cumplió con el deber legal de información que le correspondía para el 5 de abril de 1994 (primera etapa).

En lo que concierne al formulario de afiliación, más allá de que en dicho documento se evidencia la rúbrica de la señora Janeth Azucena Restrepo Vargas en la casilla denominada “*voluntad de afiliación*” en la que se hace constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la efectúa de manera libre, espontánea y sin presiones, y que los datos proporcionados son verdaderos; lo cierto es que, según lo dice la Sala de Casación Laboral, esa prueba no resulta suficiente para tener por demostrado el deber de información, pues, como mucho, demuestra un consentimiento, pero no informado.

Ahora, en el interrogatorio de parte, la señora Janeth Azucena Restrepo Vargas sostuvo que en el año 1994, en una reunión colectiva en el lugar de trabajo, un asesor comercial del fondo privado de pensiones Porvenir S.A. les dijo que el Instituto de Seguros Sociales iba a desaparecer y por ende tenían la obligación de trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad; ante esa afirmación, ella preguntó que cual era la razón por la que el ISS iba a desaparecer y el agente comercial le dijo que esa era una decisión del gobierno debido a que no existía caja para que esa entidad continuara funcionando, razón por la que tenían que afiliarse a uno de los fondos privados del RAIS; más allá de lo expuesto, no se le dijo nada más sobre las consecuencias que conllevaba trasladarse del RPM al RAIS. Después de ser ilustrada por la apoderada judicial de los fondos privados de pensiones demandados sobre el derecho de retracto y el periodo de gracia que se presentó entre los años 2003 y 2004, sostuvo que no hizo uso de esas herramientas legales, por cuanto los fondos privados a los que ha pertenecido nunca le dieron información al respecto; finalmente sostiene que si bien firmó los formularios de afiliación que llevaron a que se movilizara dentro del RAIS, la verdad es que no recuerda que previamente se le hubiere brindado información sobre las características de los regímenes pensionales que comprenden el sistema general de pensiones.

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, ni del formulario de afiliación, ni del interrogatorio de parte absuelto por la señora Janeth Azucena Restrepo Vargas, 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 5 de abril de 1994 dejó de prolongarse con el paso de los años, pues a pesar de que la accionante se movilizó hacia la AFP Colfondos S.A. el 22 de mayo de 1995 y posteriormente retornó a Porvenir S.A. el 20 de noviembre de 2001, además de estar afiliada en el RAIS por más de veinte años realizando cotizaciones al sistema general de pensiones a través de ese régimen pensional, la verdad es que esas situaciones 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 quedó demostrado en el proceso que a la 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 5 de abril 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 la accionante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 5 de abril de 1994, por lo que todos los actos posteriores ejecutados dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad, incluidos los movimientos efectuado por la demandante el 22 de mayo de 1995 y el 20 de noviembre de 2001, carecen de validez, como correctamente lo definió la *a quo*.

Así las cosas, al no tener ningún efecto jurídico el traslado efectuado por la señora Janeth Azucena Restrepo Vargas 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 Porvenir S.A., a la que se encuentra vinculada actualmente la actora, a restituir a la Administradora Colombiana de Pensiones la totalidad del saldo acumulado en la cuenta de ahorro individual, correspondiente a capital, 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 sufre 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 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, 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 Porvenir S.A. a reintegrar a la Administradora Colombiana de Pensiones, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores que fueron cobrados a la actora 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.

De acuerdo con las mismas consideraciones realizadas anteriormente y teniendo en cuenta que la accionante estuvo afiliada en la AFP Colfondos S.A. entre el 22 de mayo de 1995 y el 19 de noviembre de 2001, se confirmará la decisión emitida por el juzgado de conocimiento consistente en condenar a ese fondo privado de pensiones a restituir con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores que descontaron durante la permanencia de la afiliada en 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, a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones.

Al haber operado un traslado desde el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 5 de abril de 1994, se generó en ese momento un bono pensional tipo A en favor de la señora Janeth Azucena Restrepo Vargas, nacida el 22 de agosto de 1964 como se evidencia en la copia de su cédula de ciudadanía -pág.27 archivo 03 carpeta primera instancia-, 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 redimiría normalmente el 22 de agosto de 2024, fecha en que la accionante cumple los 60 años de edad.

En tanto, como la declaratoria de ineficacia trae como consecuencia que las cosas se reestablezcan al estado en el que se encontraban antes del 5 de abril de 1994, correcta resultó la decisión de la *a quo* consistente en comunicar la decisión adoptada en el proceso a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que, en un trámite interno y a través de canales institucionales, ejecute todas las acciones a que haya lugar para dejar las cosas en el estado en el que se encontraban para el 5 de abril de 1994, procediendo, entre otras cosas y de ser el caso, a anular o dejar sin vigencia el bono pensional que se generó a favor de la señora Janeth Azucena Restrepo Vargas y que tenía como fecha de redención normal el 22 de agosto de 2024, aplicando con ello lo previsto en el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995 modificado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 hoy recopilado en el Decreto 1833 de 2016.

En torno al hecho de que la afiliada 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 la demandante siempre ha estado afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por Colpensiones, lo que muestra que de ninguna manera se está ordenando un nuevo traslado entre regímenes pensionales y por tanto no se transgrede la prohibición legal prevista en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

Respecto a la condena en costas emitida en el curso de la primera instancia en contra de Porvenir S.A., 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 SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito, el cual quedará así:

“SEGUNDO. 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 de la señora JANETH AZUCENA RESTREPO VARGAS, 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 a la señora JANETH AZUCENA RESTREPO VARGAS 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. CONFIRMAR la sentencia recurrida y consultada en todo lo demás.

TERCERO. 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
Ausencia Justificada

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO
Magistrado

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:

8bd0a12ccdcf1ed6d6635e834fb1c3f83aacd5be75ff7001d6f4a0540ddd17fd

Documento generado en 26/01/2022 07:00:35 AM

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