

Constancia Secretarial: Vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 2 de junio de 2022, únicamente la AFP Porvenir remitió en término los alegatos de conclusión en esta sede, como se aprecia en el archivo 05 de la carpeta de segunda instancia.

Pereira, 21 de junio de 2022.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
PEREIRA, PRIMERO DE JULIO DE DOS MIL VEINTIDÓS
Acta de Sala de Discusión No 95 de 28 de junio de 2022**

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 Segundo Laboral del Circuito de Pereira el 15 de febrero de 2022, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de COLPENSIONES, dentro del proceso promovido por el señor JOSÉ MARIO GIRALDO ENCISO, cuya radicación corresponde al número 66001310500220190057001.

AUTO

Se reconoce personería jurídica para actuar dentro del proceso de la referencia al doctor SEBASTIÁN RAMÍREZ VALLEJO, como apoderado sustituto de la AFP Porvenir S.A., dado que, se encuentra como abogado inscrito en el certificado de existencia y representación legal de la sociedad Tous Abogados Asociados S.A.S, quien funge como apoderada sustituta del referido fondo privado, según se colige de la documental allegada al proceso.

ANTECEDENTES

Pretende el señor José Mario Giraldo Enciso que la justicia laboral acceda a la nulidad de la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad a través del fondo privado de pensión Porvenir S.A. y consecuentemente, se declare válida y vigente la afiliación primigenia efectuada al régimen de prima media con prestación definida.

Con base en esas declaraciones, aspira que se condene al fondo privado de pensiones accionado a girar con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones la totalidad de los emolumentos que haya recibido con ocasión a su afiliación, tales como cotizaciones, bonos, furtos e intereses, lo que resulte probado extra y ultra petita, además de las costas procesales a su favor.

Refiere que: nació el 1 de junio de 1959, afiliándose al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS; en el mes de febrero de 1999 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad por medio de la AFP Porvenir S.A., pues fue visitado por asesores comerciales de dicho fondo, sin que se hubiese cumplido con la obligación de suministrarle la información que debía brindársele para esa época, pues nada se le dijo acerca de las consecuencias del traslado ni el plazo que tenía para retornar al régimen de prima media con prestación definida.

Ante petición elevada por él, el fondo privado accionado emitió oficio del 21 de octubre de 2019, en la que le informa que en su cuenta de ahorro individual cuenta con \$98'799.280 y el valor del bono pensional en \$15'743.133, por lo que podría obtener una pensión a los 63 años equivalente a \$828.116; se le informó además que la entidad no cuenta con soportes documentales de la asesoría brindada, por cuenta se hace en forma verbal. Finalmente indica que solicitó ante la Administradora Colombiana de Pensiones su retorno al régimen de prima media con prestación definida, sin embargo, mediante comunicación del 11 de octubre de 2019 la entidad le informó que no es posible, por encontrarse a menos de diez años de arribar a la edad mínima de pensión.

Al dar respuesta a la demanda, la Administradora Colombiana de Pensiones aceptó que el señor Giraldo Enciso se afilió al RPMPD a través del ISS, precisando que lo hizo en el mes de enero de 1985, que luego se trasladó al RAIS, alegando que dicho acto jurídico se reputa válido, al haberse cumplido con las exigencias que la ley exigía para ese momento, acotando que, en caso de que se hubiere configurado la nulidad relativa que se alega en la acción, ella se habría saneado por el paso del tiempo. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y formuló las excepciones de mérito que denominó "*Validez de la afiliación al RAIS*", "*Saneamiento de una presunta nulidad*", "*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*", (ver archivo 10 del expediente digitalizado).

Por su parte, el fondo privado de pensiones Porvenir S.A. contestó la demanda, oponiéndose igualmente a las pretensiones, argumentando que el cambio de régimen pensional que ejecutó el señor José Mario Giraldo Enciso el 11 de febrero de 1999 fue completamente válido desde el punto de vista legal, pues cumple con todos los requisitos mínimos que contempla el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, y demás normas vigentes para la época, además de que la selección de régimen pensional se hizo de manera libre, voluntaria y sin presiones; añadiendo que esa entidad cumplió con el deber legal de información con el afiliado. Sostiene que tampoco es viable acceder a las pretensiones elevadas por el actor, por cuanto él se encuentra a menos de diez de arribar a la edad mínima de pensión. En su defensa, planteó las excepciones de fondo de *“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 trasladar la comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS”, “Inexistencia de la obligación de trasladar el pago al seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS”, “Prescripción”, “Buena fe” e “Innominada o genérica”, (ver archivo 12 del expediente digitalizado).*

En sentencia de 15 de febrero de 2022, el funcionario de primer grado, 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 Mario Giraldo Enciso, 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 11 de febrero de 1999; motivo por el que ordenó a la Administradora Colombiana de Pensiones aceptar al accionante en el régimen de prima media con prestación definida, al continuar válida y vigente la afiliación primigenia efectuada por él 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. a restituir a la Administradora Colombiana de Pensiones, los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses, incluidos los valores descontados por concepto de gastos de administración y seguros previsionales los cuales deberán entregarse debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos.

Declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por las demandadas. Finalmente, condenó en costas procesales a la AFP Porvenir S.A. en un 100%, a favor de la parte actora. Absolvió a la Administradora Colombiana de costas. Inconformes con la decisión, las entidades accionadas interpusieron recursos de apelación, en los siguientes términos:

La apoderada judicial de Porvenir S.A. solicita la revocatoria integral de la sentencia proferida por el *a quo*, alegando que la entidad cumplió con la carga probatoria que le correspondía, pues el formulario de afiliación allegado al plenario y el interrogatorio de parte absuelto por el demandante, demuestran que se trasladó al RAIS de manera libre, espontánea y sin presiones, recibiendo la totalidad de la información básica que la ley exigía en esa época. Alega además que el demandante tomó una actitud de desidia y descuido frente a su futuro pensional, pues no solo no realizó preguntas al asesor, sino que no leyó en forma previa el formulario ni revisaba los extractos que le eran remitidos, de donde se concluye que su inconformidad radica solo en el valor de la mesada pensional, acreditándose además los presupuestos establecidos en la jurisprudencia para dar por sentado los actos de relacionamiento, pues el actor permaneció efectuando cotizaciones al RAIS por más de 20 años, sin ninguna inconformidad.

Refiere que, si en gracia de discusión se confirmara la ineficacia del traslado al RAIS, la única obligación a cargo del fondo privado, sería la de restituir los dineros recaudados por concepto de aportes al sistema general de pensiones, pues los demás emolumentos surgieron con ocasión de la afiliación; especificando que no es jurídicamente correcto ordenar la restitución de los gastos de administración y las primas de los seguros previsionales, ya que esos son rubros que se cobran por mandato legal, y tienen como finalidad gestionar adecuadamente las cuentas de ahorro individual de los afiliados, y protegerlos frente a los riesgos de invalidez y muerte, por lo que el reintegro de esos dineros a su juicio constituye un enriquecimiento sin causa del demandante, en detrimento del patrimonio del fondo privado. Finalmente aduce que tampoco es factible que se le condene en costas procesales, ya que la entidad ha edificado su accionar en el estricto cumplimiento de la ley, en aplicación del principio de buena fe.

La apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones estima que no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda, por cuanto el cambio de régimen pensional que se ejecutó entre el señor José Mario Giraldo Enciso y la AFP Porvenir S.A. cumplió con el lleno de los requisitos exigidos en la normatividad vigente, al haberse realizado de manera libre, voluntaria y sin presiones como quedó consignado en el correspondiente formulario de

vinculación; sin que tampoco sea dable acceder a las pretensiones por cuanto el actor se encuentra a menos de diez años de arribar a la edad mínima de pensión exigida en el RPMPD. A continuación, expresó que Colpensiones, quien nada tuvo que ver en el acto jurídico controvertido, no puede verse afectada por un acto en el que no participó, pero que, en caso de que se confirme la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, solicita que se condene a la AFP Porvenir S.A. a cancelar a título de sanción, el cálculo actuarial correspondiente a las eventuales mesadas pensionales que deberá cancelar Colpensiones en el futuro a favor del señor Giraldo Enciso, teniendo en cuenta su expectativa de vida y la de sus beneficiarios.

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, únicamente la AFP Porvenir S.A. hizo uso del derecho a presentar alegatos de conclusión en esta instancia.

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 esgrimidos por el fondo privado accionado coinciden con los expuestos en la sustentación del recurso de apelación.

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 Mario Giraldo Enciso al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada el 11 de febrero de 1999?

¿Con la permanencia del demandante en el régimen de ahorro individual con solidaridad durante más de veinte años, desapareció la asimetría en la información que se echa de menos en la presente acción?

¿Cuáles son las consecuencias prácticas de declarar las ineficacias de los traslados surtidos entre regímenes pensionales?

¿Le asiste razón a la apoderada judicial del fondo privado de pensiones accionado cuando afirma que en estos casos la única suma que debe restituirse es la proveniente de los aportes o cotizaciones al sistema general de pensiones?

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

¿Existe algún inconveniente en torno a que el afiliado se encuentre a menos de diez años de arribar a la edad mínima de pensión prevista en el RPM?

¿Es procedente condenar a la AFP Porvenir S.A. a cancelar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, a título de sanción, una suma igual al valor de las eventuales mesadas pensionales que se le pudieren otorgar al demandante en el RPMPD?

¿Hay lugar a exonerar 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>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>
-----------------------------------	---	---

<p><i>Deber de información</i></p>	<p><i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i></p>	<p><i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i></p>
<p><i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i></p>	<p><i>Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i></p>	<p><i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i></p>
<p><i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i></p>	<p><i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016</i></p>	<p><i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i></p>

3. La suscripción del formulario de afiliación.

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

“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro

tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

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

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

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

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

4. Carga de la prueba.

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

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

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

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no

puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.”.

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

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

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

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

Y más adelante continuó expresando:

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

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

Por esta misma razón, en casos como el presente, donde se discute la materialización del acto jurídico de la afiliación o traslado, es relevante tener en cuenta los aportes al sistema, no como un requisito

ad substantiam actus de la afiliación, como lo sostuvo el Tribunal, sino como una señal nítida de la voluntad del trabajador cuando existen dudas razonables sobre su genuino deseo de cambiarse de régimen.

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

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

Conforme se expuso en el primer punto del fundamento jurisprudencial, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene definido que la acción que se debe estudiar cuando se reclama la ausencia total o parcial del deber de información por parte de los fondos privados de pensiones, no es otra que la

ineficacia del acto jurídico que permitió el traslado entre regímenes pensionales, por lo que al haber orientado el actor la demanda en ese sentido, por imperativo jurisprudencial, lo que corresponde es analizar el caso en la forma determinada por la Corte Suprema de Justicia, esto es, si el cambio de régimen pensional del demandante se dio en términos de eficacia; como correctamente lo abordó el funcionario de primera instancia.

Resuelto lo anterior, se tiene entonces que con la solicitud de vinculación N°01146124 (pág.23 archivo 04), el señor José Mario Giraldo Enciso se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad el 11 de febrero de 1999 cuando se vinculó a la AFP Porvenir S.A., sin embargo, el demandante inicia la presente acción al considerar que el cambio del RPMPD al RAIS no se cumplió con el lleno de los requisitos legales, al no habersele suministrado la totalidad de la información sobre las consecuencias que conllevaba tomar esa decisión; viciándose de esa manera su consentimiento.

Conforme con lo señalado por el demandante, se procederá a verificar, siguiendo, única y exclusivamente las reglas jurisprudenciales expuestas anteriormente, si la AFP Porvenir S.A. -quien tiene la carga probatoria en este tipo de procesos (como se explicó en el punto cuatro del fundamento jurisprudencial)-, cumplió con el deber legal de información que le correspondía para el 11 de febrero de 1999 (primera etapa).

En lo que concierne al formulario de afiliación, más allá de que en dicho documento se evidencia la rúbrica del señor José Mario Giraldo Enciso en la casilla denominada "*voluntad del afiliado*" 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, el señor José Mario Giraldo Enciso expuso que para la época en que se produjo el cambio de régimen pensional, existían rumores consistentes en que el Instituto de Seguros Sociales, donde él estaba afiliado, iba a desaparecer; que no recibió información clara y específica por parte del asesor que lo visitó en su lugar de trabajo, pues nunca le habló de consecuencias o ventajas del traslado, de los beneficios en caso de muerte, de la forma como podía obtener la pensión y cómo se calcularía el monto de la misma, de la posibilidad de retornar al RPMPD antes de los 52 años, de manera que, nunca tuvo claridad de

esos aspectos; manifestó que solo hasta el año 2019 se dio cuenta del valor que recibiría como mesada en caso de pensionarse en el RAIS, sintiéndose en ese momento engañado; que nunca antes acudió a Porvenir porque confió en lo que en su momento le dijeron, que consistió básicamente que podía pensionarse anticipadamente y ceder su pensión a los beneficiarios; que no hizo preguntas porque no conocía bien del tema y tampoco se interesó en el momento; que no leyó el formulario por el principio de buena fe y que desconocía además la existencia de la cláusula de retracto.

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, ni del formulario de afiliación, ni del interrogatorio de parte absuelto por el señor José Mario Giraldo Enciso, 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 11 de febrero de 1999 dejó de prolongarse con el paso de los años, pues a pesar de que el accionante se mantuvo activo como cotizante dentro de ese régimen pensional durante más de veinte años; lo cierto es que esos hechos no demuestran per se los actos de relacionamiento 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.

Es que, nótese que en este caso no se configuraron los actos de relacionamiento de los que habla la Sala de Casación Laboral, ya que no existen pruebas en el proceso que demuestren que el señor Giraldo Enciso fue conociendo paulatinamente la totalidad de las características de cada uno de los regímenes pensionales que componen el sistema general de pensiones, pues por ejemplo no quedó probado en el plenario que el actor tuviera el conocimiento de cuáles son los requisitos necesarios para pensionarse en el RAIS o en el RPM, ni mucho menos tiene conocimiento sobre las diferentes modalidades de pensión existentes en el régimen de ahorro individual con solidaridad, **además de no existir prueba que demuestre que a él se le hizo la reasesoría antes de cumplir los 52 años, con el fin de que se le pusiera de presente su situación pensional y se le aconsejara a cuál de los dos regímenes pensionales le convenía estar afiliado**; omisiones éstas que demuestran que en este caso no se produjeron esos actos de relacionamiento, por cuanto la asimetría de la información que se produjo el 11 de febrero de 1999 no desapareció mientras el accionante estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Por lo expuesto, al no quedar probado en el proceso que al actor se le brindó la información que por ley correspondía y mucho menos que se presentaron actos de relacionamiento que hicieron desaparecer la asimetría en la información que se produjo el 11 de febrero de 1999, indefectiblemente, conforme con lo sentado por la Corte Suprema de Justicia, no queda otro camino que confirmar la decisión recurrida consistente en declarar la ineficacia del acto jurídico por medio del cual el actor se trasladó del RPMPD al RAIS, por lo que todos los actos ejecutados dentro de éste último carecen de validez; quedando válida y vigente la afiliación primigenia efectuada por el señor José Mario Giraldo Enciso al RPMPD a través del ISS, como correctamente lo definió el *a-quo*.

Así las cosas, al no tener ningún efecto jurídico el cambio de régimen pensional ejecutado el 11 de febrero de 1999, ni ninguno de los actos ejecutados al interior del RAIS, correcta resultó la decisión de condenar a la AFP Porvenir S.A., a restituir el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del señor José Mario Giraldo Enciso, proveniente de las cotizaciones efectuadas al sistema general de pensiones, junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado, tal y como lo ha sentado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las providencias relacionadas a lo largo de 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, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, como correctamente lo ordenó el juzgado de conocimiento a la AFP Porvenir S.A.

Bajo esa misma óptica, es del caso recordar que el cambio de régimen pensional declarado ineficaz, implica que ningún acto ejecutado al interior del mismo produzca efectos, por lo que correcta resultó la decisión del *a quo* consistente en condenar a Porvenir S.A. a reintegrar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores que fueron cobrados al demandante durante su permanencia en esa entidad y que estuvieron destinados a cancelar las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes; sin que con esa decisión se esté afectando los intereses de terceros que no asistieron al proceso (aseguradoras y reaseguradoras), 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 vinculación de los afiliados.

Sin embargo, la Sala encuentra necesario con base en los mismos argumentos expuestos, adicionar la providencia en orden a condenar igualmente a Porvenir S.A. a restituir los valores destinados a financiar la garantía de pensión mínima, razón por la que modificará en ese sentido el ordinal segundo de la sentencia, en aplicación del grado jurisdiccional de consulta que opera en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

Ahora bien, al haber operado un traslado desde el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 11 de febrero de 1999, se generó a favor del señor José Mario Giraldo Enciso un bono pensional tipo A, ya que de acuerdo con la información vertida en la historia laboral allegada por Colpensiones, el afiliado cotizó 157.71 semanas entre el 18 de enero de 1985 y el 31 de diciembre de 1995, cumpliéndose de esa manera con lo previsto en el artículo 115 de ley 100 de 1993.

Como el señor José Mario Giraldo Enciso nació el 1 de junio de 1959, como se aprecia en la copia de su cédula de ciudadanía, ese instrumento de deuda pública se redimiría normalmente el 1 de junio de 2021, fecha en que el accionante cumplió 62 años de edad; por lo que a pesar de que no existe prueba que demuestre el estado de ese bono pensional, lo cierto es 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), lo que conlleva a concluir que el mismo debió entrar a la cuenta de ahorro individual del demandante antes del 1 de julio de 2021; razón por la que, al tener que restituirse las cosas al estado en el que se encontraban antes del 11 de febrero de 1999, al carecer de efectos jurídicos el traslado al RAIS ejecutado en esa calenda, se condenará al fondo privado de pensiones Porvenir S.A. a que, en caso de haber recibido el pago del bono pensional en favor de la cuenta de ahorro individual del actor, proceda a restituir la suma pagada por ese concepto a favor de la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, suma que deberá estar debidamente indexada, precisándose que esa actualización del valor del bono pensional debe ser cancelada con los recursos propios del fondo privado Porvenir S.A.

Así mismo, se ordenará 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

eventualmente 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 antes del 11 de febrero de 1999.

En torno al hecho consistente en que el accionante está próximo a llegar 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 carece de validez, y por tanto, debe entenderse que 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, ni se transgrede tampoco la prohibición legal prevista en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

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

Respecto a la condena en costas emitida en el curso de la primera instancia en contra de Porvenir S.A., el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece que “*Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso*”, lo que permite concluir que, de acuerdo con el resultado arrojado en el proceso, el cual fue desfavorable a sus intereses, le correspondía al *a quo* emitir condena en su contra por dicho concepto, la cual encuentra debidamente ajustada a derecho esta Corporación.

Ahora, más allá de que no hubo ninguna queja en contra de la fijación de las agencias en derecho efectuada por el fallador de primer grado en la sentencia objeto de estudio, lo cierto es que el Tribunal no puede pasar por alto esa situación en consideración a que con dicho proceder se contraría el diseño procesal vigente, por cuanto esa no era la oportunidad para adelantar dicha actuación, ya que el artículo 366 del CGP establece que **ese es un trámite que se realiza de manera concentrada en el juzgado de conocimiento y solamente procede su liquidación una vez quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso**, por lo que de conformidad con lo dispuesto en la norma en cita, improcedente resultó la decisión del juez de primer grado consistente en fijar el valor de las agencias en derecho en la sentencia de primera instancia, ya que ese trámite solo es válido adelantarlos cuando quede en firme la providencia que ponga fin al proceso, lo cual aún no ocurre; razón por la que se excluirá del ordinal quinto de la parte resolutive de la sentencia la fijación de agencias en derecho, por no ser la sentencia el acto procesal que la ley procesal tiene dispuesto para que el juez haga tal determinación.

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 Segundo Laboral del Circuito el 22 de febrero de 2021, el cual para mayor claridad quedará así:

“SEGUNDO. CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del señor JOSÉ MARIO GIRALDO ENCISO, proveniente de las cotizaciones efectuadas al sistema general de pensiones, junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado. Así mismo, a restituir con cargo a sus propios recursos y debidamente indexadas, las sumas de dinero que descontó al afiliado durante

su permanencia en esa entidad y que fueron destinadas a pagar las cuotas o gastos de administración, así como aquellas 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 dos ordinales a la sentencia de primer grado, en los siguientes términos:

*“**CONDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. a que en caso de haber recibido el pago del bono pensional en favor de la cuenta de ahorro individual del demandante, proceda a restituir la suma pagada por ese concepto a la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, monto que deberá estar debidamente indexado, precisándose que esa actualización del valor del bono pensional debe ser cancelado con cargo a su propio patrimonio.*

***COMUNICAR** a la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, la decisión adoptada en este proceso, con el objeto de que tenga conocimiento frente a la orden impartida frente al bono pensional tipo A que una vez redimido debe ser pagado por parte de esa entidad a favor de la cuenta del accionante, y para que posteriormente, haciendo uso de trámites internos y a través de canales institucionales, ejecute todas las acciones a que haya lugar para retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban para el 11 de febrero de 1999.”*

TERCERO. EXCLUIR del ordinal QUINTO de la sentencia recurrida, la fijación de agencias en derecho, por no ser la sentencia el acto procesal que la ley procesal tiene dispuesto para que el juez haga tal determinación.

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

QUINTO. CONDENAR en costas en esta instancia a las entidades recurrentes en un 100% y por partes iguales, a favor de la parte actora.

Notifíquese por estado y a los correos electrónicos de los apoderados de las partes.

Quienes integran la Sala,

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
Magistrado Ponente
Aclara Voto

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN
Magistrada

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO
Magistrado

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

Ana Lucia Caicedo Calderon
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 1 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: **e933af1c8d80779113adeed3cef0571d79c74ff0ec40386d1cba700020b7399b**

Documento generado en 01/07/2022 07:23:08 AM

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