Constancia Secretarial: Vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 30 de agosto de 2022, tanto la Administradora Colombiana de Pensiones como la AFP Porvenir S.A. remitieron en término los alegatos de conclusión, como se aprecia en los archivos 07 y 08 de la carpeta de segunda instancia.

Pereira, 12 de septiembre de 2022.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

PEREIRA, VEINTIUNO DE SEPTIEMBRE DE VEINTIDÓS

Acta de Sala de Discusión No 150 de 19 de septiembre de 2022

SENTENCIA ESCRITA

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira el 9 de noviembre de 2021, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de COLPENSIONES, dentro del proceso ordinario laboral promovido por la señora MARÍA LUCELLY GRAJALES OSPINA, radicado al N°66001310500520190034301.

AUTO

Se reconoce personería a la UNIÓN TEMPORAL ABACO PANIAGUA & COHEN, representada legalmente por Angélica Margot Cohen Mendoza, para actuar en representación de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, según escritura pública No. 1955 del 18 de abril de 2022 otorgada ante la Notaría 72 del Círculo de Bogotá, mediante la cual se otorga poder general. Así mismo, se reconoce personería a la abogada YERALIDIN DEL CARMEN ESCOBAR MERCADO, para actuar como apoderada sustituta de dicha entidad demandada, en los términos y condiciones del poder de sustitución que le fue otorgado, mismo que fue aportado e incorporado al expediente digital.

ANTECEDENTES

Pretende la señora María Lucelly Grajales Ospina que la justicia laboral declare la ineficacia del traslado que efectuó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de Porvenir S.A., y consecuente con ello, que se declare válida y vigente la

afiliación primigenia efectuada al régimen de prima media con prestación definida. Con base en ello, aspira que se condene a Porvenir S.A., a liberarla de sus bases de datos y a trasladar todos los saldos existentes en su cuenta de ahorro individual con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones, y a las costas procesales a su favor.

Refiere que: se vinculó laboralmente al Hospital San Vicente de Paúl de Mistrató el 9 de diciembre de 1984, siendo afiliada a Cajanal; luego trabajó en el Hospital San José de Marsella R/da y, posteriormente el 16 de agosto de 1988 se vinculó al Hospital Universitario San Jorge de Pereira, quien con ocasión a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la trasladó el 1 de julio de 1995 al Instituto de Seguros Sociales, donde permaneció hasta el 15 de marzo de 2015 (sic), fecha en que suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir S.A., sin que hubiese recibido ningún tipo de asesoramiento para efectos de su traslado de régimen pensional, al que efectuó cotizaciones hasta el mes de abril de 2018 por cuenta de la Clínica Comfamiliar.

Indica que el 26 de junio de 2019 solicitó ante Porvenir S.A., información sobre el traslado de régimen pensional, por lo que mediante oficio No.104, sin fecha, se le informó que la asesoría brindada fue verbal y que la entidad no cuenta con soporte documental alguno, añadiendo que se pensionaría con una mesada del salario mínimo a los 58 años de edad, al paso que, en el régimen de prima media sería de \$1'033.500 a los 57 años. Finalmente, aduce que previa solicitud de cambio de régimen pensional que elevó ante Colpensiones, obtuvo respuesta del 29 de abril de 2019, en el que esa entidad negó su traslado argumentando que se encontraba a menos de 10 años para cumplir el requisito de la edad.

Al contestar la acción, la Administradora Colombiana de Pensiones se opuso a las pretensiones, considerando que el traslado de la actora se realizó de conformidad con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, debido a que tomó la decisión libre y espontánea de trasladarse al RAIS siendo ella quien debe acreditar que la información suministrada fue equivocada o engañosa, debido a que su voluntad ha sido por 25 años permanecer en dicho régimen. *En ese entendido, formuló las excepciones de fondo 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 de Colpensiones”, “Imposibilidad de condena en costas” y “Declaratoria de otras excepciones”, (pág.103-129 archivo 01).*

Por su parte, la AFP Porvenir S.A. contestó la demanda, manifestando que, la vinculación de la demandante cumplió los requisitos mínimos contemplados en el

artículo 11 del Decreto 692 de 1994, siendo el acto de afiliación libre, espontáneo y sin presiones, lo cual implica que renunció a ciertos derechos, tal como lo respalda la firma estampada por aquella en el formulario de vinculación. En su defensa, propuso como excepciones de fondo las de: “*Validez de la afiliación al RAIS e Inexistencia de vicios en el consentimiento*”; “*Saneamiento de la eventual nulidad relativa*”; “*Inexistencia de la obligación de trasladar la comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS*”; “*Inexistencia de la obligación de trasladar el pago al seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS*”; “*Prescripción*”; “*Buena fe*” y la “*Innominada o Genérica*”, (pág.162- 176 archivo 01).

En sentencia de 9 de noviembre 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 que el fondo privado de pensiones Porvenir S.A. no cumplió con la carga probatoria que le incumbía en este proceso, al constatar que no le brindó la totalidad de la información que debía ponerle de presente a la afiliada María Lucelly Grajales Ospina, esto es, las características de ambos regímenes pensionales con sus ventajas y desventajas, razón por la que decidió acceder a la ineficacia del traslado al RAIS surtido el 15 de marzo de 2002 efectivo a partir del mes de mayo de ese mismo año; por tal motivo declaró válida y vigente la afiliación primigenia efectuada al régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones.

Como consecuencia de esas decisiones, condenó a Porvenir S.A., a devolver con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones, la totalidad de las sumas recibidas con ocasión de la afiliación de la señora Grajales Ospina, por concepto de cotizaciones recaudadas durante la vigencia de la afiliación, así como las sumas adicionales, junto con sus respectivos rendimientos, frutos e intereses; así mismo, condenó a Porvenir S.A. a restituir con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, las sumas de dinero descontadas a la afiliada durante su permanencia en esa entidad, y que fueron destinadas a pagar las cuotas de administración, así como los destinados a financiar la garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales.

Aunado a ello, ordenó a la AFP Porvenir S.A. que, en caso de haber recibido el pago del bono pensional en favor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, procediera a restituir la suma recibida por tal concepto a la ESE Hospital Universitario San Jorge, en calidad de emisor, y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en calidad de contribuyente, según corresponda, suma debidamente indexada y con cargo a su propio patrimonio.

Así mismo, ordenó comunicar la decisión adoptada a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y a la Empresa Social del Hospital Universitario San Jorge de Pereira, como emisor del bono, para que, en un trámite interno 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 30 de abril de 2002, procediendo a anular o dejar sin vigencia el bono pensional generado a favor de la actora y/o ejercer las acciones pertinentes para su restitución.

Finalmente, condenó al fondo de pensiones accionado en costas procesales en un 100% de las causadas a favor de la demandante.

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

La apoderada judicial Porvenir S.A. manifiesta que, no está de acuerdo con la restitución de los gastos de administración, pues esa condena desconoce lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil, ya que remuneran la gestión del fondo de pensiones, agregando que la decisión vulnera el principio de sostenibilidad financiera, pues no tiene sentido que se condene al traslado de los rendimientos financieros y al mismo tiempo a los gastos de administración cobrados en virtud de la ley y como contraprestación de los rendimientos de la cuenta de ahorro individual. Sostuvo que tampoco procede la devolución de las primas de seguro previsional por estar incluidas en las cuotas de administración, máxime cuando están dirigidas a asegurar a los afiliados de los riesgos de invalidez y muerte, por cuenta de terceros que financian las pensiones de invalidez y sobrevivientes; añadiendo que tampoco procede la devolución de aportes de solidaridad pensional, pues es la propia Ley la que establece que deben cobrarse, de modo que no podría por vía jurisprudencial ordenársele a los fondos privados devolver esas sumas. De otro lado, indicó que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal contenida en el literal d) del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, para retornar al RPMPD, pues le faltan menos de 10 años para cumplir la edad mínima de pensión y no es beneficiaria del régimen de transición. Finalmente refiere que no es de recibo la condena en costas, puesto que la entidad actuó conforme las previsiones legales vigentes para el momento en que la afiliada efectuó el traslado.

Por su parte, la apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones manifestó que, difiere de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, pues según las manifestaciones de la demandante, tanto en la demanda como en su interrogatorio, su intención de retornar al RPMPD persigue un interés netamente económico, fundado en que en el otro régimen obtendría una mesada

inferior; añadiendo que la declaratoria de ineficacia atenta contra el principio de sostenibilidad financiera, ya que le impone a Colpensiones la carga de resarcir un daño que no causó. Solicita se apliquen los postulados expuestos por la Sala de Casación Laboral respecto a los actos de relacionamiento, dado que la actora manifestó su preferencia de permanecer en el RAIS. Finalmente, aduce que no es procedente ordenar el regreso de la actora al RPMPD, ya que se encuentra inmersa en la prohibición legal por contar con la edad de pensión, máxime que en reiteradas ocasiones ha solicitado la gracia pensional. Por lo anterior, solicita se revoque íntegramente la sentencia y se le absuelva de todas las condenas impuestas y se condene en costas a la actora.

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 de la Secretaría de la Corporación, tanto la Administradora Colombiana de Pensiones como la AFP Porvenir S.A. remitieron en término alegatos de conclusión.

En cuanto al contenido de los alegatos de conclusión remitidos, 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 las recurrentes coinciden con los expuestos en la sustentación de los recursos 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 que efectuó la señora María Lucelly Grajales Ospina al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 15 de marzo de 2002?

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

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

¿Les asiste razón al fondo privado de pensiones cuando afirma que no es dable ordenar la restitución de los dineros que fueron cobrados por concepto de gastos de administración, primas de los seguros previsionales y garantía de pensión mínima?

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

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

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

FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL

1. ANÁLISIS JURÍDICO QUE DEBE ABORDAR EL JUEZ CUANDO SE ALEGA AUSENCIA DE INFORMACIÓN PARCIAL O TOTAL POR PARTE DE LAS ADMINISTRADORAS EN LOS TRASLADOS ENTRE REGÍMENES PENSIONALES.

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

En el caso bajo estudio, se hace necesario precisar, que en reiterada jurisprudencia esta Sala de Casación Laboral ha dejado clara su postura al indicar que la elección a cualquiera de los dos regímenes pensionales

existentes, debe estar precedida de una decisión libre y voluntaria, de suerte que las administradoras de pensiones tienen el deber de brindar a sus afiliados una asesoría que les permita tener los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión tomada al momento del traslado, sin importar si la persona es o no beneficiaria del régimen de transición, o si está próximo a pensionarse.”. (Negrillas fuera de texto).

Y más adelante reiteró:

“Así, en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL452-2019, CSJ SL1688-2019 y SL1689- 2019, esta Sala ha determinado de manera pacífica que la reacción del ordenamiento jurídico -artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993- a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, tiene que abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales.” (Negrillas fuera de texto).

2. Sobre el deber de información.

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

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

<i>Etapas acumulativas</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>

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

3. La suscripción del formulario de afiliación.

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

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

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

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

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

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

4. Carga de la prueba.

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

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

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

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

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

En sentencia SL3752 de 15 de septiembre de 2020, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, advirtiendo la importancia constitucional y legal que caracteriza el derecho a la seguridad social, recordó la necesidad de resolver los asuntos que son puestos en conocimiento de la jurisdicción teniendo en cuenta la verdadera intención que tienen los afiliados a través de sus actuaciones y no con base en las formalidades y protocolos; trayendo a colación como ejemplos los temas que han sido resueltos desde esa arista, como el relacionado con la desafiliación al

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

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

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

Y más adelante continuó expresando:

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

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

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

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

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

que le pueda proveer otra administradora de pensiones, las cuales compiten entre sí.

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

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

Resuelto lo anterior, se tiene entonces que con la solicitud de vinculación N°10022532, la señora María Lucelly Grajales Ospina se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad el 15 de marzo de 2002 cuando se vinculó a la AFP Porvenir S.A. (pág.31 archivo 01), sin embargo, la 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 a 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 15 de marzo de 2002, (primera etapa).

En lo que concierne al formulario de afiliación, más allá de que en dicho documento se evidencia la rúbrica de la señora María Lucelly Grajales Ospina en la casilla denominada "*Voluntad de afiliación*" en la que se hace constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la realiza 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 bien, en el interrogatorio de parte que rindió la señora María Lucelly Grajales Ospina, expuso que cuando se trasladó a Porvenir S.A., los asesores los reunían en grupos a los trabajadores del Hospital San Jorge, les dijeron que se tenían que pasar porque el Seguro Social iba desaparecer y ese fondo privado de pensiones era el mejor; que la pensión no se perdería y que podían heredarla la familia; que se podían retirar en cualquier momento y les sería entregado todo el dinero ahorrado, pero que no le explicaron cuáles eran los requisitos para pensionarse en Porvenir ni le hablaron de rendimientos. Aceptó haber suscrito el formulario en forma libre y voluntaria, recibir los extractos del fondo accionado, y dijo que su intención de retornar al RPMPMD está fundada en que recibirá una pensión superior a la que le ofrece el RAIS, dado que, en este último régimen, la mesada sería del salario mínimo.

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, ni de las pruebas documentales aportadas, ni del interrogatorio de parte absuelto por la señora María Lucelly Grajales Ospina, 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 15 de marzo de 2002, dejó de prolongarse con el paso de los años, pues a pesar de que la accionante se mantuvo activa 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 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 la señora María Lucelly Grajales Ospina fue conociendo paulatinamente sobre la totalidad de las características de cada uno de los regímenes pensionales que componen el sistema general de pensiones, sin que sus afirmaciones en torno a que se trasladó de manera libre, voluntaria y sin presiones y que recibió información de manera parcializada de las características de ambos regímenes pensionales, contribuyan en las aspiraciones del fondo privado de pensiones accionado, pues claramente tampoco demostró que puso en conocimiento de la afiliada la totalidad de la información requerida para que tomara una decisión consiente e informada, pues no se le informó por ejemplo las condiciones para alcanzar una mesada más alta, las modalidades pensionales o el impacto de las fluctuaciones de la economía en los rendimientos y en la formación del derecho pensional.

Por lo expuesto, al no quedar probado en el proceso que a la accionante 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 15 de marzo de 2002, indefectiblemente, conforme con lo sentado por la Corte Suprema de Justicia, no queda otro camino que confirmar la decisión emitida por el Juzgado Quinto 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, concretamente hacia la AFP Porvenir S.A., por lo que todos los actos ejecutados dentro del RAIS carecen de validez; quedando válida y vigente la afiliación primigenia efectuada a través del ISS, como correctamente lo definió la *a quo*.

Así las cosas, al no tener ningún efecto jurídico el traslado efectuado por la accionante al régimen de ahorro individual con solidaridad ni ninguno de los actos ejecutados al interior del mismo, correcta resultó la decisión de la *a quo* de condenar a Porvenir S.A., a restituir a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, proveniente de los aportes o cotizaciones al sistema general de pensiones, junto con sus intereses, frutos 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 esta 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 el fondo privado durante la permanencia de la afiliada, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, como correctamente lo ordenó la falladora de primera instancia a la AFP Porvenir S.A.

Bajo esa misma óptica, correcta resultó la decisión de la *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 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 dirigidos a financiar la garantía de pensión mínima; sin que con esa decisión se estén afectando los intereses de terceros que no asistieron al proceso, esto es, de 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 afiliación.

Al haber operado un traslado desde el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 15 de marzo de 2002, con efectividad a partir del 1 de mayo de ese mismo año, se generó en ese momento un bono pensional tipo A en favor de la señora María Lucelly Grajales Ospina, ya que de acuerdo a la información vertida en la historia laboral expedida por Porvenir S.A, el 10 de julio de 2019 (pág.32 del archivo 01), la afiliada cotizó 894 semanas antes de trasladarse al RAIS, cumpliéndose de esta manera con lo previsto en el artículo 115 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, a pesar de que no existe prueba que demuestre el estado actual de ese instrumento de deuda pública, lo cierto es que el mismo se redimió normalmente el pasado 24 de agosto de 2020, fecha en que la accionante cumplió los 60 años de edad, al haber nacido en la misma calenda del año 1960, como se verifica en la información inmersa en la copia de su cédula de ciudadanía, (pág.25 del mismo archivo); por lo que, teniendo en cuenta que el artículo 17 del Decreto 1748 de 1995 dispone que esta clase de bonos se pagan dentro del mes siguiente a la fecha de redención (sin necesidad de solicitud previa), claro es que el mismo debió entrar a la cuenta de ahorro individual de la demandante antes del 24 de septiembre de 2020;

razón por la que, al tener que restituirse las cosas al estado en el que se encontraban antes del 1 de mayo de 2002, al carecer de efectos jurídicos el traslado al RAIS ejecutado en esa calenda, le corresponde a la AFP Porvenir S.A., en caso de haber recibido el pago del bono pensional en favor de la cuenta de ahorro individual de la actora, proceder con su restitución a favor de la ESE Hospital Universitario San Jorge, en calidad de emisor y la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como contribuyente, suma que deberá estar debidamente indexada, precisándose que esa actualización corre por cuenta de los recursos propios del fondo privado de pensiones Porvenir S.A.; como correctamente lo ordenó el juzgado de conocimiento.

Así mismo, atinada fue la decisión emitida por la falladora de primer grado, relativa a comunicar la presente decisión a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y a la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira, con el objeto de que tenga conocimiento de la orden impartida frente al bono pensional tipo A redimido y eventualmente pagado en favor de la cuenta de ahorro individual de la accionante, y para que posteriormente, haciendo uso de trámites internos y a través de canales institucionales, ejecuten todas las acciones pertinentes para retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban antes de que se produjera el cambio de régimen pensional de la afiliada, esto es, antes del 1 de mayo de 2002..

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 la Administradora Colombiana de Pensiones 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 la AFP Porvenir S.A., se tiene 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.

Finalmente, 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 procesales debe fulminarse con independencia de los factores subjetivos que pudieran existir en favor de la persona que resulte vencida o de aquella a quien se resuelva desfavorablemente la apelación, las costas procesales en esta instancia corren a cargo de las entidades recurrentes en un 100% y por partes iguales, a favor de la actora.

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. CONFIRMAR la sentencia recurrida y consultada proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira el 9 de noviembre de 2021.

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

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

Quienes integran la Sala,

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
Magistrado Ponente
Aclara Voto

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN
Magistrada
En uso de permiso

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO
Magistrado

Firmado Por:

**Julio Cesar Salazar Muñoz
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 2 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

**German Dario Goetz 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: **f2dfc153573e24daf4300fa4c9ced774e6c3511f6d8bea21cc1df5c287a9cc08**

Documento generado en 21/09/2022 08:05:58 AM

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