

Constancia Secretarial: vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 25 de mayo de 2021, los intervinientes remitieron en término los alegatos de conclusión al correo institucional, tal y como se ve en las constancias de recepción que obran en el expediente digitalizado.

Pereira, 16 de junio de 2021.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

PEREIRA, SIET DE JULIO DE DOS MIL VEINTIUNO

Acta de Sala de Discusión No 107 de 6 de junio de 2021

SENTENCIA ESCRITA

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito el 15 de marzo de 2021, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, dentro del proceso promovido por la señora ROSALBA OSORIO BETANCUR, cuya radicación corresponde al N°66001310500520180038901.

Se reconoce personería para actuar dentro del proceso de la referencia a la doctora PAULA ANDREA MURILLO BETANCUR, como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones, en los términos y para los efectos del memorial de sustitución de poder que

fue allegado al correo institucional el pasado 28 de mayo de 2021, incluido debidamente en el expediente digitalizado.

ANTECEDENTES

Pretende la señora Rosalba Osorio Betancur que la justicia laboral declare la nulidad de la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A. y consecuentemente que se declare válida y vigente la afiliación primigenia efectuada al régimen de prima media con prestación definida. Con base en esas declaraciones aspira que se condene al fondo privado de pensiones demandado a girar la totalidad de los emolumentos a que haya lugar, lo que resulte probado extra y ultra petita, además de las costas procesales a su favor.

Refiere que: se vinculó laboralmente el 14 de junio de 1992, afiliándose inmediatamente al régimen de prima media con prestación definida, en donde realizó cotizaciones hasta antes del 17 de enero de 1996, calenda en la que suscribió el formulario de afiliación con el que se produjo el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, después de que uno de sus asesores comerciales le manifestara que el ISS iba a desaparecer, motivo por el que debía cambiarse al régimen de ahorro individual con solidaridad en el que se iba a pensionar anticipadamente y con una mesada mucho más alta que la ofrecida en el RPM; así mismo se le dijo que en caso de presentarse su deceso, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual podía pasar a manos de sus herederos hasta el quinto grado de consanguinidad y que, si no era su intención pensionarse, independientemente de acreditar los requisitos para acceder a la gracia pensional, podía reclamar la devolución de saldos.

En documento proferido por Porvenir S.A. se le comunicó que en su cuenta de ahorro individual tenía acumulado un total de \$160.362.024 producto de 1072 semanas cotizadas, lo que le permitiría pensionarse tan solo a los 58 años y con una mesada de salario mínimo; pero, si estuviese afiliada al régimen de prima media con prestación definida, podría acceder a esa misma edad a una pensión de \$2.044.994. El 17 de julio de 2018, ante solicitud elevada por ella, la Administradora Colombiana de Pensiones negó su retorno al RPM al encontrarse a menos de diez años de arribar a la edad mínima exigida en ese régimen pensional.

En auto de 16 de agosto de 2018 -págs.91 a 93- el despacho admitió la demanda y a renglón seguido, no solamente ordenó la notificación personal de las entidades accionadas, sino también la vinculación en calidad de litisconsorte necesario de la parte pasiva de la acción a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP-, debido a que esta fue la entidad que reemplazó en muchas de sus responsabilidades a la extinta Cajanal, entidad en la que se encontraba afiliada la accionante antes de trasladarse al RAIS.

Al contestar la demanda -págs.130 a 152- la UGPP manifestó que no le constaban los hechos expuestos en la demanda y a continuación expuso que el llamado hecho por el despacho resulta equivocado, ya que la accionante no estuvo vinculada a esa entidad en calidad de empleada, sino que su relación fue como afiliada al régimen de prima media con prestación definida, razón por la que la UGPP no tiene ninguna responsabilidad frente a los resultados del proceso; añadiendo que esa entidad nada tuvo que ver en la determinación de la actora de trasladarse del RPM al régimen de ahorro individual con solidaridad en el año 1996. Se opuso a la totalidad de las pretensiones que de la

demanda se pudieran desprender en contra de esa entidad. Formuló las excepciones de mérito que denominó “Falta de competencia de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP- para asumir las resultas de este proceso”, “Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Indebida vinculación al proceso por no ser la UGPP parte interesada en el mismo”, “Inexistencia de la obligación por parte de la UGPP y cobro de lo no debido”, “Buena fe”, “Prescripción” y “La genérica”.

Por su parte, la Administradora Colombiana de Pensiones dio respuesta a la acción -págs.153 a 162- aceptando únicamente el hecho relacionado la respuesta negativa dada por esa entidad el 17 de julio de 2018 frente a la petición de la demandante tendiente a retornar al RPM. Se opuso a la totalidad de las pretensiones y planteó las excepciones de fondo de “Inexistencia de la obligación”, “Prescripción”, “Imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal” y “Buena fe”.

A su turno, la AFP Porvenir S.A. respondió la demanda -pags.223 a 242- manifestando que el acto que produjo el traslado de la señora Rosalba Osorio Betancur al régimen de ahorro individual con solidaridad se ejecutó con el lleno de los requisitos que la ley exigía para el año 1996, pero, en caso de que se hubiere configurado el vicio del consentimiento que se alega en la acción, la verdad es que según lo dispuesto en el artículo 1750 del código civil, la nulidad que de allí se desprendería se saneó por el paso del tiempo. Se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló las excepciones de mérito que denominó “Validez de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento”, “Saneamiento de la supuesta nulidad relativa”, “Prescripción”, “Buena fe” e “Innominada o genérica”.

En sentencia de 15 de marzo de 2021, la funcionaria de primera instancia, aplicando en su integridad la jurisprudencia vigente que sobre el tema ha emitido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluyó, después de analizar las pruebas allegadas al proceso, que la AFP Porvenir S.A. no cumplió con la carga probatoria que le incumbía en este proceso, al verificar que no le brindó la totalidad de la información que debía ponerle de presente a la señora Rosalba Osorio Betancur, esto es, las características de ambos regímenes pensionales con sus ventajas y desventajas, razón por la que declaró ineficaz el traslado al RAIS surtido el 17 de enero de 1996.

A continuación, estableció que al haber estado la actora afiliada antes del 17 de enero de 1996 a Cajanal y declararse ineficaz su paso al RAIS, ella continuó afiliada a esa entidad hasta su liquidación y por ministerio de la ley pasó en el año 2009 a pertenecer al Instituto de Seguros Sociales hoy Administradora Colombiana de Pensiones, razón por la que determinó que su afiliación primigenia al régimen de prima media con prestación definida se ha mantenido válida y vigente durante todos estos años, perteneciendo actualmente, como ya se explicó, a Colpensiones; absolviendo en consecuencia a la UGPP de las pretensiones de la demanda.

Como consecuencia de esas declaraciones, condenó al fondo privado de pensiones Porvenir S.A. 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, sus intereses y rendimientos financieros, bonos pensionales; además de ordenarle restituir, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, 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.

Condenó en costas procesales a la AFP Porvenir S.A. en un 100% a favor de la demandante.

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

La apoderada judicial del fondo privado de pensiones accionado sostiene que en el curso del proceso se demostró por parte de esa sociedad que la señora Rosalba Osorio Betancur recibió la totalidad de la información que la ley exigía para el 17 de enero de 1996, motivo por el que no resulta viable que se acceda a las pretensiones de la acción, máxime cuando de la demanda y del interrogatorio de parte se desprende que la inconformidad que llevó a la actora a iniciar el presente proceso es de orden económico, por lo que no es la acción de ineficacia la llamada a resolver esos temas, sino la resarcitoria de perjuicios prevista en el artículo 10 del decreto 720 de 1994.

En caso de que se confirme la declaratoria de ineficacia del traslado efectuado al RAIS, considera que la consecuencia económica no es la de girar la totalidad de los emolumentos ordenados por la *a quo*, pues si las cosas vuelven al estado en el que se encontraban el 17 de enero de 1996, únicamente se deben restituir los dineros provenientes de las cotizaciones o aportes al sistema general de pensiones; añadiendo frente a los gastos o cuotas de administración y los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, que esos dineros fueron cobrados por orden de la ley y con ellos se administró correctamente

la cuenta de ahorro individual de la accionante y ha estado protegida frente los riesgos de invalidez y muerte, por lo que la devolución de esos rubros implican un detrimento patrimonial para esa entidad y un enriquecimiento sin causa para Colpensiones.

Finalmente, al haber actuado bajo los presupuestos de la ley y la buena fe, solicita que se revoque la condena en costas emitida en el curso de la segunda instancia.

Por su parte, la apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones sostiene que la acción llamada a resolver este tipo de asuntos no es la de ineficacia del traslado surtido entre regímenes pensionales, sino la resarcitoria de perjuicios prevista en el artículo 10 del decreto 720 de 1994, ya que como se muestra en los hechos de la demanda, la inconformidad de la accionante es de orden económico. Así mismo, estima que esa entidad no está llamada a recibir a una afiliada del sistema general de pensiones que esta *ad portas* de acceder a la pensión de vejez, debido a que esa entidad nada tuvo que ver con el acto jurídico que se reputa nulo o ineficaz. Para culminar, asegura que en este tipo de eventos no es dable que se acceda a las pretensiones de la acción, puesto que los afiliados demandantes, como es el caso de la señora Rosalba Osorio Betancur, se encuentran incurso en la prohibición legal prevista en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003.

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 del derecho a presentar alegatos de conclusión en término.

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

Por su parte, la apoderada judicial de la actora, haciendo suyos los motivos expuestos por la *a quo*, solicita la confirmación de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito.

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 Rosalba Osorio Betancur al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

¿La permanencia de la señora Rosalba Osorio Betancur en el régimen de ahorro individual con solidaridad hizo desaparecer 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?

¿Se debe ordenar la restitución de la totalidad de los emolumentos que fueron dispuestos por la *a quo* en la sentencia recurrida?

¿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 haya arribado a la edad mínima de pensión prevista en el RPM?

¿Se puede absolver a la AFP Porvenir S.A. de la condena en costas 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>
<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 a</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>derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y 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 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 traslado de la demandante al RAIS se dio en términos de eficacia; por lo que bajo esa única y exclusiva postura, no les asiste razón a las entidades recurrentes cuando afirman que la acción que se debe elevar en este

tipo de asuntos es 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°00667540 -pag.143-, la señora Rosalba Osorio Betancur se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad el 17 de enero de 1996 cuando se trasladó de Cajanal 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 17 de enero de 1996 (primera etapa).

En lo que concierne al formulario de afiliación, más allá de que en dicho documento se evidencia la rúbrica de la señora Rosalba Osorio Betancur en la casilla denominada "*voluntad 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, la señora Rosalba Osorio Betancur, quien se encuentra activa como empleada pública vinculada en la ESE San José de Marsella, sostuvo que en el año 1996 una asesora comercial de la AFP Porvenir S.A. visitó su oficina, en donde le informó que el ISS iba a desaparecer, motivo por el que debía trasladarse al RAIS, asegurándole que en ese régimen pensional se podía pensionar anticipadamente y con una mesada más alta y que si llegaba a fallecer, los aportes que se encuentran en la cuenta de ahorro individual podían pasar a manos de sus herederos hasta el quinto grado de consanguinidad; ante varios interrogantes formulados por la directora del proceso, sostuvo que la asesora comercial no le explicó absolutamente nada más sobre las características de uno y otro régimen pensional y sobre todo, no le dijo nada sobre las desventajas que le acarrearía abandonar el régimen de prima media con prestación definida.

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, del formulario de afiliación y del interrogatorio de parte absuelto por la señora Rosalba Osorio Betancur, 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 17 de enero de 1996 dejó de prolongarse con el paso de los años, pues no se acreditaron actos expresos o tácitos por parte de la accionante que permitieran concluir que su conocimiento sobre las características de los regímenes pensionales que componen el sistema general de pensiones le permitieron tomar la decisión de continuar afiliada al RAIS a sabiendas de las consecuencias que ello le traía; sin que nada tenga que ver al respecto el hecho de haber permanecido afiliada en ese régimen pensional por más de veinte años, ya que esa situación por sí sola no acredita que la accionante hubiere ido

conociendo paulatinamente las características de los regímenes pensionales que componen el sistema general de pensiones, con sus pros y contras; lo cual, evidentemente, no aconteció en el presente asunto.

Por lo expuesto, no les asiste razón a las entidades recurrente cuando afirman lo contrario, esto es, que en el curso del proceso se cumplió con esa carga probatoria, 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 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 el 17 de enero de 1996, por lo que todos los actos posteriores ejecutados dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad carecen de validez.

En este punto de la providencia es pertinente poner de manifiesto que la accionante se afilió al régimen de prima media con prestación definida el 14 de julio de 1992, pero a través de Cajanal, como se aprecia en el certificado de información laboral expedido por la ESE Hospital San José de Marsella -pag.37-, verificándose en la historia laboral allegada por Colpensiones y que reposa en el expediente administrativo -carpeta 03- que la accionante no perteneció al ISS, por lo que el traslado entre regímenes pensionales se surtió entre Cajanal y la AFP Porvenir S.A.; lo que implica que, al haber retornado las cosas al estado en el que se encontraban para el 17 de enero de 1996, ella continuó afiliada en el RPM a través de Cajanal, entidad que fue suprimida y liquidada por el Gobierno Nacional a través del decreto 2196 de 12 de junio de 2009, ordenándosele a esa entidad en el artículo 4º “... *adelantar todas las acciones necesarias para el traslado*

de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia del presente decreto, a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social - ISS. Igualmente, deberá trasladar a dicha entidad los conocimientos sobre la forma de adelantar el proceso de sustanciación de los actos administrativos de reconocimiento de pensión de estos afiliados cotizantes, en la medida en que se trata de servidores públicos, para lo cual, estas entidades fijarán las condiciones en la que se realizará dicho traslado.”; por lo que a partir de esa calenda la señora Rosalba Osorio Betancur continuó afiliada al RPM pero a través de la Administradora Colombiana de Pensiones, quien para todos los efectos es la entidad encargada de asumir las responsabilidades que se derivan como administradora de ese régimen pensional, en el que como ya se dijo, no ha dejado de estar vinculada la actora; como atinadamente lo expuso y definió la *a quo*.

Así las cosas, al no tener ningún efecto jurídico el traslado efectuado por la señora Rosalba Osorio Betancur al régimen de ahorro individual con solidaridad, correcta resultó la decisión de condenar a la AFP Porvenir S.A., a restituir los dineros inmersos en la cuenta de ahorro individual de la actora provenientes de los aportes o cotizaciones al sistema general de pensiones, junto con sus intereses y rendimientos financieros, tal y como lo ha sentado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las providencias relacionadas a lo largo de la presente providencia.

Además de restituir los emolumentos relacionados líneas atrás, necesario resulta traer a colación la sentencia SL1688 de 8 de mayo de 2019 en la que la Corte Suprema de Justicia indicó que otra de las consecuencias prácticas que trae la declaración de ineficacia, es la de restituir los gastos o cuotas de administración descontados por los

fondos privados de pensiones durante la permanencia de los afiliados en esas entidades, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, como correctamente se lo ordenó el juzgado de conocimiento a la AFP Porvenir S.A.

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 al fondo privado de pensiones accionado a reintegrar a la Administradora Colombiana de Pensiones, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores que fueron cobrados a la demandante durante su permanencia en cada una de esas entidades 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 esté afectando los intereses de terceros que no asistieron al proceso, pues precisamente la orden impartida en ese sentido lo que lleva es a que los fondos privados de pensiones respondan con su patrimonio por las deficiencias en que incurrieron en la afiliación efectuada a la actora y que significó el cambio de régimen pensional.

En este punto de la providencia es pertinente referir que al haber operado un traslado desde el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 17 de enero de 1996, se generó en ese momento un bono pensional tipo A en favor de la señora Rosalba Osorio Betancur, nacida el 14 de junio de 1960 como se aprecia en el registro civil de nacimiento -pag.35- por lo que, a pesar de que no existe prueba que demuestre el estado actual de ese bono de deuda pública, lo cierto es que el mismo se redimió normalmente el pasado 14 de junio de 2020, fecha en que la accionante

cumplió los 60 años de edad; por lo que, teniendo en cuenta que el artículo 17 del Decreto 1748 de 1995 dispone que esta clase de bonos se pagan dentro del mes siguiente a la fecha de redención (sin necesidad de solicitud previa), claro es que el mismo debió entrar a la cuenta de ahorro individual del demandante antes del 14 de julio de 2020; razón por la que, al tener que restituirse las cosas al estado en el que se encontraban para el 17 de enero de 1996, al carecer de efectos jurídicos el traslado al RAIS ejecutado en esa calenda, se modificará el numeral 2° de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito en el sentido de no incluir dentro de la condena emitida en contra de la AFP Porvenir S.A. lo concerniente a la devolución del valor de bono pensional a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, adicionando posteriormente ese mismo ordinal, en el sentido de condenar a esa entidad a restituir la suma pagada por ese concepto pero a favor de la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, suma que deberá estar debidamente indexada, precisándose que esa actualización del valor del bono pensional debe ser cancelada con los recursos propios del fondo privado de pensiones Porvenir S.A.

Así mismo, se adicionará la sentencia proferida por la *a quo* en el sentido de comunicar a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público la decisión adoptada en el presente caso, con el objeto de que tenga conocimiento de la orden impartida frente al bono pensional tipo A redimido y pagado por parte de esa entidad a favor de la cuenta de ahorro individual de la accionante, y para que posteriormente, haciendo uso de trámites internos y a través de canales institucionales, ejecute todas las acciones pertinentes para retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban para el 17 de enero de 1996.

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 la AFP 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 Sala de Decisión.

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 de la 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 numeral 2° de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito, el cual quedará así:

*“2. 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 ROSALBA OSORIO BETANCUR, proveniente de las cotizaciones efectuadas al sistema general de pensiones, junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado.*

SEGUNDO. ADICIONAR el numeral 2°, con dos literales del siguiente tenor:

*“B. **CONDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. a restituir a la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO -si ya lo hubiere recibido- el valor del bono pensional tipo A que haya sido pagado a favor de la cuenta de ahorro individual de la señora ROSALBA OSORIO BETANCUR.*

*C. **CONDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. a indexar, con cargo a sus propios recursos, el valor del bono pensional tipo A que debe reintegrar a favor de la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.”.*

TERCERO. ADICIONAR la sentencia emitida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito, en el sentido de **COMUNICAR** a la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO la decisión adoptada en este proceso, con el objeto de que tenga conocimiento de la orden impartida frente al bono pensional tipo A redimido y pagado por parte de esa entidad a favor de la cuenta de

ahorro individual del accionante, y para que haciendo uso de trámites internos 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 17 de enero de 1996.

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

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
En uso de permiso

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO
Magistrado

Sin constancias ni firmas secretariales conforme artículo 9 del Decreto 806 de 2020

Firmado Por:

JULIO CESAR SALAZAR MUÑOZ

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

DESPACHO 2 SALA LABORAL TRIBUNAL SUPERIOR PEREIRA

GERMAN DARIO GOEZ VINASCO

MAGISTRADO

MAGISTRADO - TRIBUNAL 003 SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD 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:

4b21da149fa7d61ec4a8ea45eb15073917e6f8478e691ba4bfbeeed419ff8a0a

Documento generado en 07/07/2021 07:14:12 AM