

Constancia Secretarial: Vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 27 de septiembre de 2022, únicamente la AFP Protección S.A. remitió dentro del término concedido los alegatos de conclusión, como se aprecia en el archivo 05 de la carpeta de segunda instancia.

Pereira, 12 de octubre de 2022.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
PEREIRA, NUEVE DE NOVIEMBRE DE DOS MIL VEINTIDÓS
Acta de Sala de Discusión No 172 de 18 de octubre de 2022

SENTENCIA ESCRITA

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP PROTECCIÓN S.A., y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira el 10 de mayo de 2022, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de COLPENSIONES, dentro del proceso promovido por la señora JULIETA GÁLVEZ CASTELLANOS, cuya radicación corresponde al N°66001310500220190049901.

ANTECEDENTES

Pretende la señora Julieta Gálvez Castellanos que la justicia laboral declare la nulidad de la afiliación que efectuó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la afiliación a Protección 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 a Protección S.A. a trasladar las cotizaciones con destino a Colpensiones, y a esta última entidad a aceptarla sin solución de continuidad.

Refiere que: nació el 29 de abril de 1963 y es enfermera de profesión, siendo su primer vínculo laboral en el mes de enero de 1995, estando afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales, donde cotizó un total de 597 semanas; en el mes de enero de 2006 se trasladó a Porvenir S.A. (sic) pues la asesoría comercial estuvo basada en las expectativas pensionales que al parecer eran más benéficas en el RAIS, omitiéndose información sobre las desventajas del traslado de régimen, pues no se le indicó cuál era el capital mínimo con el que debía pensionarse, sin que se le brindara tampoco asesoría antes de los últimos 10 años de su expectativa pensional, conforme lo ordena el artículo 13 del literal e) de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, aunado a que no recibió por ningún canal de comunicación la proyección de su beneficio pensional.

Indica que presentó derecho de petición solicitando la doble asesoría ante las entidades administradoras de pensiones accionadas, sin embargo, le fue negado el traslado; reporta un total de 1.241 semanas cotizadas, con un saldo en su cuenta de ahorro individual de \$68`243.376 y un bono pensional con redención al 29 de abril de 2013 por valor de \$34`599.096, por lo que al cumplir los requisitos obtendría la garantía de pensión mínima, en tanto que, en el régimen de prima media con prestación definida sería superior, según proyección de la mesada pensional.

Al dar respuesta a la acción, la Administradora Colombiana de Pensiones, manifestó que, la afiliación que la demandante realizó al suscribir el formulario de afiliación con la AFP Protección S.A. se realizó de conformidad con lo previsto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, tomando la decisión de manera libre y espontánea de acogerse al RAIS, agregando que es la demandante quien debe acreditar que la información suministrada por el fondo privado accionado fue equivocada o engañosa, pues su voluntad ha sido permanecer durante más de 12 años en dicho régimen pensional. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de *“Validez de la afiliación al RAIS”*, *“Saneamiento de una presunta nulidad”*, *“Solicitud de traslado de dineros de gastos de administración”*, *“Prescripción”*, *“Imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal”*, *“Buena fe”*, *“Imposibilidad de condena en costas”* y *“Declaratoria de otras excepciones”*, (archivo 11 del cuaderno de primera instancia).

Por su parte, la AFP Protección S.A. respondió el libelo, oponiéndose igualmente a las pretensiones, al considerar que, el acto jurídico de traslado no adolece de vicios

en el consentimiento que deban recaer sobre la voluntad del actor, por cuanto no existió ninguna maniobra preterintencional, aunado a que la afiliada no pudo ser víctima de la omisión en la información al momento del traslado, pues este se concretó por un acto propio de su voluntad, añadiendo que no hizo uso de la posibilidad de retracto en cuanto al periodo de gracia durante los años 2003 y 2004, lo cual es demostrativo de que no existía inconformidad alguna en torno a su permanente en el RAIS y su selección. Propuso como excepciones de fondo las siguientes: *“Genérica o innominada”, “Prescripción”, “Buena fe”, “Compensación”, “Exoneración de condena en costas”, “Inexistencia de la obligación”, “Falta de legitimación en la causa y/o ausencia de personería sustantiva por pasiva”, “Inexistencia de la fuente de la obligación”, “Inexistencia de la causa por inexistencia de oportunidad”, “Ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados por parte de la llamada a juicio”, “Afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado” y “Excepción de mérito de seguro previsional” y “Excepción de mérito cuotas de administración”, (archivo 15 ibidem).*

En sentencia de 10 de mayo de 2022, 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 Protección 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 Julieta Gálvez Castellanos, 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 25 de septiembre de 2006; declarando válida y vigente la afiliación primigenia efectuada al régimen de prima media con prestación definida, administrado en la actualidad por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

Como consecuencia de esas declaraciones, la *a-quo* condenó a Protección S.A. a trasladar a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, la totalidad del capital existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante, con sus rendimientos financieros. Así mismo, a devolver con cargo a sus propios recursos y debidamente indexado, el valor de las comisiones y cuotas de administración que cobró a la afiliada, así como las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales durante el periodo en que estuvo afiliada a ese fondo, otorgándole para tal efecto el término de un mes.

Seguidamente, ordenó comunicar a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el contenido de la decisión, para que en caso de haber emitido un bono pensional proceda con la anulación del mismo dentro de un trámite interno, aplicando la legislación vigente.

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

Inconformes con la decisión, las entidades accionadas interpusieron recurso de apelación en los siguientes términos:

El apoderado judicial de Protección S.A. manifestó que la demandante reconoció en el interrogatorio de parte, pese a sus contradicciones, que conocía que en el RAIS se constituía un fondo personal conformado por aportes obligatorios y voluntarios para en un futuro consolidar el derecho a la prestación económica, razón por la cual, fue consciente de que el valor de la mesada en el RAIS es directamente proporcional al saldo de la cuenta de ahorro individual, sin que la diferencia en el valor de la mesada en ambos regímenes pueda ser imputable a la afectación del consentimiento informado. Solicitó se revoque la condena inherente a la devolución de los gastos de administración, alegando que los magistrados de la Sala Casación Laboral, están violando el postulado constitucional que prohíbe incumplir con lo que ordena la ley, y en estos casos particulares, el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, establece que los referidos gastos de administración deben descontarse del valor de los aportes del afiliado, para la cobertura de algunos riesgos y como contraprestación a su gestión, de modo que, los fondos están obligados a ejecutar ese mandato por ser una norma de orden público, agregando que tampoco existe norma que imponga restituir dichos gastos a título de sanción, por lo que, en su sentir, la decisión viola además la legislación asistencial, la norma penal, el artículo 1746 del Código Civil relativo a la restitución de las prestaciones mutuas, el derecho a la igualdad y debido proceso y el principio de congruencia, pues en la demanda no se solicitó la devolución de los gastos de administración. Por lo anterior solicita se revoque íntegramente la sentencia de primer grado.

A su turno, la vocera judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones ratificó lo expuesto en la contestación a la demanda, en el sentido de indicar que la afiliación que la demandante efectuó a la AFP Protección, se hizo conforme las previsiones del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, pues de manera libre y espontánea decidió trasladarse al RAIS, siendo ella quien debe probar que la información que le fue suministrada fue engañosa, agregando que no resulta suficiente que se exprese que hubo un error en la información o en el valor de la mesada pensional, para que se acceda a las pretensiones de la demanda, pues la voluntad de la demandante ha sido permanecer al RAIS por más de 12 años, siendo su obligación acudir al fondo de privado de pensiones accionado en caso de cualquier duda. Sostuvo además que para el momento en que la actora solicitó su retorno al RPMPD estaba próxima a cumplir los 55 años, por lo que se encontraba inmersa en la prohibición de orden legal contenida en la Ley 100 de 1993. Por lo anterior, solicita se revoque la sentencia y se nieguen las pretensiones de la demanda.

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 Protección S.A. remitió dentro del término los alegatos de conclusión al correo institucional ante esta sede.

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 el fondo privado accionado coinciden con los expuestos en la sustentación del recurso de apelación encaminadas a que se revoque la sentencia de primer grado.

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 Julieta Gálvez Castellanos al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada el 25 de septiembre de 2006?

¿Con la permanencia de la demandante en el RAIS durante más de diez años, desapareció la asimetría en la información que se echa de menos en la presente acción?

¿Cuáles son las consecuencias prácticas de declarar la ineficacia del traslado surtido entre regímenes pensionales?

¿Tiene razón el fondo privado de pensiones cuando afirma que no es viable la restitución de los gastos de administración?

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

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

¿Existe algún inconveniente en torno a que la afiliada 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:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
<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 autonomía personal</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>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</i>

		regímenes pensionales.
--	--	---------------------------

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 traslado de la demandante al RAIS se dio en términos de eficacia, como acertadamente lo abordó la falladora de primera instancia.

Precisado lo anterior, se tiene entonces que con la solicitud de vinculación N°7636892 del 25 de septiembre de 2006 (pág.44 del archivo 15 del cuaderno de primera instancia), la señora Julieta Gálvez Castellanos se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad cuando suscribió el formulario de afiliación con Pensiones y Cesantías Santander hoy Protección S.A., sin embargo, la actora inicia la presente acción al considerar que, en el cambio del RPM 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 la demandante, procederá la Sala a verificar, siguiendo única y exclusivamente las reglas jurisprudenciales expuestas anteriormente, si la AFP Santander hoy Protección 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 25 de septiembre de 2006 (primera etapa).

En lo que concierne al formulario de afiliación, más allá de que en dicho documento se evidencia la rúbrica de la señora Julieta Gálvez Castellanos, en la casilla que aunque se encuentra ilegible permite establecer que se allí se hizo constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la efectúa de forma 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 Julieta Gálvez Castellanos sostuvo que, para el momento en que se trasladó de régimen pensional, la llamaron del área de recursos humanos de la empresa donde laboraba, pues allí estaba el asesor comercial del fondo privado, quien le informó que el Seguro Social se iba acabar y que de trasladarse tendría la posibilidad de recibir 115% del sueldo que devengara para el momento de jubilarse y que podría pensionarse antes de los 57 años, pero que nunca le indicó sobre los pro y los contra del traslado. Aceptó haber hecho aportes voluntarios, explicando que lo hizo alrededor de los años 2009-2010, cuando laboraba como dependiente de la “Clínica Centro Quirúrgico de la Belleza”, pues de la parte administrativa de la empresa le dijeron que era una política que los trabajadores hicieran un aporte adicional para recibir una mejor pensión, motivo por el cual de su nómina le descontaban una suma adicional, desconociendo el monto. Dijo que nunca fue obligada a suscribir el formulario de afiliación, que recibía los extractos en los que solo revisaba el nombre del aportante, manifestando ante la pregunta que le formuló el vocero judicial del fondo accionado que desconocía que en Protección se hacía un ahorro personal. Finalmente manifestó que no se acercó

a Colpensiones antes de trasladarse de régimen pensional porque desconocía que podía hacerlo.

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, cabe concluir que ni del formulario de afiliación aportado al proceso, ni del interrogatorio de parte absuelto por la señora Julieta Gálvez Castellanos Urrea, ni de ninguna de las pruebas allegadas al plenario se desprende el cumplimiento del deber legal de información por parte de la AFP Santander S.A. hoy Protección S.A., sin que tampoco exista prueba en el plenario que acredite que la asimetría en la información que se produjo el 25 de septiembre de 2006 dejó del prolongarse con el paso de los años, pues a pesar de que la accionante se mantuvo activa como cotizante dentro del RAIS durante más de quince años a través de ese régimen pensional, esa no es una situación que demuestre per se los actos de correlacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia, pues como ya se ha dicho, lo importante es que durante ese periodo en el que los afiliados permanecen en el RAIS desaparezca por completo esa asimetría en la información que nace con el acto jurídico que materializa el cambio de régimen pensional, lo cual no aconteció en el presente asunto.

Nótese que no existen pruebas en el proceso que demuestren que la demandante 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 se acreditó que tuviera el conocimiento de cuáles son los requisitos necesarios para pensionarse en el RAIS o en el RPM, que se le informó sobre las diferentes modalidades de pensión existentes en el régimen de ahorro individual con solidaridad, de la garantía de pensión mínima, **además de no existir prueba que demuestre que a ella se le hizo la reasesoría antes de cumplir los 47 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 afiliada;** omisiones éstas que demuestran que en este caso no se produjeron esos actos de relacionamiento, por cuanto, se insiste, la asimetría de la información que se produjo el 25 de septiembre de 2006 no desapareció mientras la accionante estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, pues se insiste, no existe ninguna prueba que dé cuenta que, el fondo privado de pensiones le entregó en forma oportuna, clara, cierta y precisa una ilustración generalizada que comprendiera las características, condiciones y requisitos para el acceso a una prestación en cada uno de los regímenes pensionales que le permitiera tomar una decisión informada,

sin que sus afirmaciones en torno a que efectuó aportes voluntarios contribuyan a las aspiraciones del fondo privado accionado para dar por acreditado el cumplimiento del deber de información, pues la demandante manifestó que se trató de una política de empresa de su empleador, desconociendo incluso el valor que le estaba siendo descontado de su nómina a título de aporte voluntario, lo que ratifica que el consentimiento de la actora no estuvo precedido de la información completa que se requería.

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 25 de septiembre de 2006, indefectiblemente, conforme con lo sentado por la Corte Suprema de Justicia, no queda otro camino que confirmar la decisión emitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito, consistente en declarar la ineficacia del acto jurídico por medio del cual se efectuó el traslado de régimen de la accionante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad en la fecha referida anteriormente, por lo que todos los actos posteriores ejecutados dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad carecen de validez; quedando válida y vigente la afiliación primigenia efectuada por la accionante al régimen de prima media con prestación definida, actualmente administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones, como atinadamente lo definió la *a quo*.

Así las cosas, al no tener ningún efecto jurídico el traslado efectuado por la señora Julieta Gálvez Castellanos al régimen de ahorro individual con solidaridad, corresponde a Protección S.A., restituir a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual proveniente de los aportes o cotizaciones al sistema general de pensiones, junto con sus respectivos 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. Ahora bien, dado que se percibe ambigüedad en la decisión de la *a-quo* de condenar al fondo privado de pensiones referido a trasladar el capital existente en la cuenta individual de la demandante con sus respectivos rendimientos financieros, se modificará el ordinal tercero de la sentencia, a fin de establecer la condena en los términos señalados en precedencia.

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 del afiliado, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, como correctamente lo ordenó la falladora de primera instancia a Protección S.A., sin que con ello se esté vulnerando las normas legales ni principios invocados por el fondo privado recurrente, pues claramente es la consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensiona que implica que el mismo no produzca ningún efecto jurídico y que las cosas deban volver al estado al que se encontraban antes del acto jurídico que en estricto sentido es ineficaz, debiendo retornar los recursos que han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida, que aun cuando no es solicitado directamente por el afiliado en la demanda procede en aplicación del grado jurisdiccional de consulta que opera en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones.

Bajo esa misma óptica, correcta resultó la decisión de la *a quo*, consistente en que Protección S.A. cancele los valores que descontó a la actora para pagar las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados; sin que con esa decisión se esté afectando los intereses de terceros que no asistieron al proceso, pues precisamente la orden dirigida en ese sentido lo que lleva es a que los fondos privados de pensiones respondan con su patrimonio por las deficiencias en que incurrieron al momento la afiliación al RAIS.

Al haber operado un traslado desde el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 25 de septiembre de 2006, se generó en ese momento un bono pensional tipo A en favor de la señora Julieta Gálvez Castellanos, ya que de acuerdo a la información vertida en la historia laboral expedida por la Administradora Colombiana de Pensiones (carpeta 12 Anexos del cuaderno de primera instancia), la afiliada cotizó 650,43 semanas antes de trasladarse al RAIS, cumpliéndose de esta manera con lo previsto en el artículo 115 de la Ley 100 de 1993.

Como la demandante nació el 29 de abril de 1963, según se aprecia en la copia de su cédula de ciudadanía, (pág.5 archivo 04), ese título de deuda pública se redimiría normalmente el 29 de abril de 2023, fecha en que alcanzaría los 60 años de edad.

Así las cosas, como la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, trae como consecuencia que las cosas se reestablezcan al estado en el que se encontraban para 25 de septiembre de 2006, acertada resulta la decisión de la juez de primer grado, en el sentido de comunicar la decisión adoptada en este asunto a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que, en un trámite interno y a través de canales institucionales, ejecute todas las acciones a que haya lugar para dejar las cosas en el estado en el que se encontraban para el 25 de septiembre de 2006, procediendo, entre otras cosas y de ser el caso, a anular o dejar sin vigencia el bono pensional que se generó en favor de la señora Julieta Gálvez Castellanos y que tendía como fecha de redención normal el 29 de abril de 2023, aplicando con ello lo previsto en el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995 modificado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 hoy recopilado en el Decreto 1833 de 2016.

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

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 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 Protección S.A. y Colpensiones 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 ordinal TERCERO de la sentencia proferida el 10 de mayo de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, el cual quedará así:

*“**TERCERO. CONDENAR** al fondo privado de pensiones PROTECCIÓN S.A. a girar a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la señora JULIETA GÁLVEZ CASTELLANOS, 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 fueron descontadas al referido afiliado durante su permanencia en la AFP SANTANDER PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., y que fueron destinadas a pagar los gastos o cuotas de administración, así como aquellas que fueron dirigidas a financiar la garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes; a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES.”*

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

CUARTO. CONDENAR en costas procesales en esta instancia a PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES en un 100% y por partes iguales, a favor de la parte actora.

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

Quienes integran la Sala,

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
Magistrado Ponente
Aclara Voto

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN
Magistrada
Ausencia justificada

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO
Magistrado

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

Firmado Por:

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

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

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

Código de verificación: **1de8b6da77c13abeaa0b47ff12d887b5f0e0423411825d7250ec64bb8b89847a**

Documento generado en 09/11/2022 08:33:50 AM

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