

Constancia Secretarial: vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 12 de junio de 2022, las partes remitieron en término alegatos de conclusión, tal como se aprecia en los archivos 06 a 08 del expediente digital.

Pereira, 28 de julio de 2022.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
PEREIRA, TRES DE AGOSTO DE DOS MIL VENTIDÓS
Acta de Sala de Discusión No 115 de 1º de agosto 2022**

SENTENCIA ESCRITA

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PROTECCIÓN S.A., y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito el 21 de abril de 2022, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de COLPENSIONES, dentro del proceso promovido por la señora ROSA LILIA RINCÓN BELTRAN, cuya radicación corresponde al N°66001310500120180029402.

AUTO

Se reconoce personería para actuar dentro del proceso de la referencia a la doctora MARILUZ GALLEGO BEDOYA, 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, incluido debidamente en el expediente digitalizado.

ANTECEDENTES

Pretende la señora Rosa Lilia Rincón Beltrán que la justicia laboral declare la nulidad del traslado efectuado al régimen de ahorro individual el 1 de septiembre de 2002 a través de la AFP Protección S.A. y en consecuencia 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 al referido fondo privado de pensiones a devolver la totalidad de los valores que haya recibido con motivo de la afiliación con

destino a la Administradora Colombiana de Pensiones, además de las costas procesales a su favor.

Refiere que: se vinculó laboralmente el 29 de agosto de 1981 siendo al régimen de prima media administrado en ese entonces por el Instituto de Seguros Sociales; el 1 de septiembre de 2002 se trasladó al régimen de ahorro individual a través de su afiliación con la AFP Protección S.A., luego de que asesores comerciales de esta entidad, la visitaran en las dependencias donde laboraba, ofreciéndole los servicios, para lo cual le informaron que si se trasladaba podría pensionarse a más temprana edad de lo que lo haría en el régimen de prima media, que el ISS estaba próximo a desaparecer, o que en caso de no tener beneficiarios, sus herederos hasta el quinto grado de consanguinidad podrían reclamar la pensión; sin embargo no le informaron los beneficios y consecuencias del traslado de régimen, ni tampoco le ofrecieron un comparativo de las proyecciones pensionales.

Indica que la AFP Protección S.A. en respuesta a su requerimiento le informó que la asesoría que realizó al momento del traslado se efectuó en forma verbal; y que el 13 de junio de 2018 la Administradora Colombiana de Pensiones respondió su solicitud de traslado de régimen indicando que no era procedente por encontrarse a menos de 10 años de la edad de pensión.

Al contestar la demanda, la Administradora Colombiana de Pensiones se opuso a la totalidad de las pretensiones manifestando que, en el expediente no reposa documental alguna que permita entrever un posible vicio o error que conllevara a la afiliación indebida, pues la AFP le brindó la oportunidad de elegir, lo cual garantiza que no fue vulnerado su consentimiento. En su defensa propuso como excepciones de fondo las que denominó: “*Inexistencia de la obligación demandada*”, “*Prescripción*” y “*Declaratoria de otras excepciones*”, (pág.99 a 104 y, 194 a 195 del archivo denominado ExpedienteFísicoEscaneado).

La AFP Protección S.A. contestó la demanda sosteniendo que la demandante no pudo ser víctima de la omisión en la información al momento de trasladarse de régimen pensional, pues esa decisión se concretó por un acto de su voluntad, agregando que al no ser beneficiaria del régimen de transición tampoco sería objeto de engaño por no habersele hecho incurrir en error sobre sus derechos prestacionales, características y condiciones del régimen que la acogía. Agregó que la vinculación fue lícita y ajustada a derecho en la medida en que su voluntad fue totalmente consciente del acto de traslado en torno a sus consecuencias jurídicas, máxime que la actora no hizo uso de la posibilidad de retracto en cuanto al periodo

de gracia, lo cual es demostrativo de que no existía inconformidad alguna en torno a su permanencia en el RAIS. Se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso las excepciones de mérito de *“Prescripción”, “Buena fe”, “Compensación”, “Exoneración de condena en costas”, “Inexistencia de la obligación”, “Falta de causa para pedir”, “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 “Genérica o innominada”, (pág. 128 a 160 del mismo archivo).*

En sentencia de 21 de abril 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 que el fondo privado de pensiones Protección 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 Rosa Lilia Rincón Beltrán, esto es, las características de ambos regímenes pensionales con sus ventajas y desventajas, razón por la que decidió acceder a la ineficacia del traslado surtido al RAIS el 1 de septiembre de 2002 a través de dicho fondo privado, declarando válida y vigente la afiliación primigenia efectuada al régimen de prima media con prestación definida por medio del Instituto de Seguros Sociales.

Como consecuencia de esas decisiones, condenó a la AFP Protección S.A. a trasladar a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, la totalidad de las sumas de dinero provenientes de los aportes o cotizaciones efectuados al sistema general de pensiones, junto con sus intereses y rendimientos financieros, así como los valores que recibió con destino a financiar los gastos de administración, las primas de la garantía de pensión mínima y las de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia debidamente indexadas.

Ordenó comunicar a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que, en caso de haber emitido el bono pensional proceda a su anulación mediante un trámite interno. Condenó a la AFP Protección S.A. en costas procesales en un 100% a favor de la demandante.

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

La apoderada judicial del fondo privado de pensiones Protección S.A. sostiene que de acuerdo a las pruebas recaudas y las manifestaciones realizadas por la actora

en su interrogatorio quedó acreditado que su vinculación al RAIS fue lícita, válida y ajustada a derecho, por cuanto se le brindó la información detallada, suficiente y completa que se exigía para el momento del traslado, además de que la afiliación se hizo de manera libre y espontánea. Aunado a ello, sostuvo que la demandante no mostró inconformidad con su permanencia en el RAIS siendo prueba de ello, el que haya permanecido afiliada durante tantos años y no hubiese hecho uso del derecho de retracto y del periodo de gracia. De otro lado alega que no es jurídicamente procedente que se le ordene restituir las sumas descontadas a la afiliada durante su permanencia en ese fondo pensional por concepto cuotas de administración, por cuanto la entidad ejecutó de manera diligente labores de administración de los recursos que le permitieron obtener beneficios y rentabilidad, constituyendo la decisión un enriquecimiento sin justa causa y una violación a la Ley 100 de 1993 y a la Ley Penal, por ser contraria a una orden legal de estricto cumplimiento que ordena además el descuento con destinación al fondo de solidaridad, al reaseguro de fogafin y la prima de seguro previsional. Por lo anterior, solicita se revoque en su integridad la sentencia y se le absuelva de todas las condenas impuestas.

Por su parte, la apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones manifestó que la decisión de primer grado no tuvo en cuenta lo dicho por la actora en su interrogatorio de parte, en el que sostuvo cuál fue la información que recibió y de donde se colige que era suficiente para conocer las ventajas y desventajas del RAIS. Indicó que el artículo 10 del decreto 720 de 1994, señaló el deber de información a cargo de las AFP y la responsabilidad que asumen por las omisiones, errores o infracciones en que incurran en el desarrollo de su actividad, de modo que, la acción que se debía adelantar en este caso no era la declaratoria de ineficacia sino la resarcitoria de perjuicios que establece la mentada norma. Agregó que la motivación de la demandante para retornar al RPMPD obedece a un tema netamente económico, y que además se encuentra inmersa en la prohibición legal establecida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, concluyendo que ello busca precisamente proteger la descapitalización de la Administradora Colombiana de Pensiones, por lo que la decisión de la Sala de Casación Laboral acogida en esta providencia vulnerando el principio de sostenibilidad financiera. Finalmente, solicita que en caso de que se confirme la decisión apelada, se adicione la sentencia imponiéndole a la AFP accionadas un término perentorio no superior a un mes para actualizar la historia laboral y reconocer una futura mesada pensional.

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, las partes hicieron uso del derecho a presentar alegatos de conclusión dentro del término.

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 emitidos por las entidades recurrentes coinciden con los expuestos en la sustentación de los recursos de apelación.

Por su parte, el apoderado judicial de la parte actora solicitó la confirmación integral de 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 Rosa Lilia Rincón Beltrán al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada el 1 de septiembre de 2002?

¿Con la permanencia de la afiliada en el RAIS 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 accionado cuando afirma que no es dable ordenar la restitución de los dineros que fueron cobrados por concepto de gastos de administración y primas de los seguros previsionales?

¿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?

¿Les corresponde a los jueces emitir un término perentorio para el cumplimiento de las sentencias?

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

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

FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL

1. Análisis jurídico que debe abordar el juez cuando se alega ausencia de información parcial o total por parte de las administradoras en los traslados entre regímenes pensionales.

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

En el caso bajo estudio, se hace necesario precisar, que en reiterada jurisprudencia esta Sala de Casación Laboral ha dejado clara su postura al indicar que la elección a cualquiera de los dos regímenes pensionales existentes, debe estar precedida de una decisión libre y voluntaria, de suerte que las administradoras de pensiones tienen el deber de

brindar a sus afiliados una asesoría que les permita tener los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión tomada al momento del traslado, sin importar si la persona es o no beneficiaria del régimen de transición, o si está próximo a pensionarse.”. (Negrillas fuera de texto).

Y más adelante reiteró:

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

2. Sobre el deber de información.

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

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

| <i>Etapas acumulativas</i> | <i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i> | <i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i> |
|-----------------------------------|--|--|
| <i>Deber de información</i> | <i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, 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 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 del demandante al RAIS se dio en términos de eficacia; por lo que bajo esa única y exclusiva postura, no le asiste razón a la apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones cuando afirma que la acción que debió incoar la señora Rosa Lilia Rincón era la resarcitoria de perjuicios prevista en el artículo 10 del Decreto 720 de 1994.

Precisado lo anterior, se observa que con la solicitud de vinculación No.6051813, (pág.45 del expediente físico escaneado), la señora Rosa Lilia Rincón Beltrán se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad el 1 de septiembre de 2002 cuando se vinculó a la AFP Protección 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 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, se procederá a verificar, siguiendo, única y exclusivamente las reglas jurisprudenciales expuestas anteriormente, si la AFP 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 1 de septiembre 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 Rosa Lilia Rincón Beltrán en la casilla denominada "*voluntad de selección y afiliación*" en la que se hace constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la efectúa de manera libre, espontánea y sin presiones; lo cierto es que, según ha establecido 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, más aún que se trata de una rúbrica genérica impresa en los formatos de afiliación.

De otro lado, se tiene que obra en el proceso un formato de reasesoría vía telefónica fechado el 4 de diciembre de 2014 – un mes antes de cumplir 52 años- del cual se observa el diligenciamiento de los datos personales de la demandante y la marcación de la casilla que indica que la aplaza la decisión de traslado y que es consciente que tiene hasta el 14 de enero de 2015 como fecha límite para tomar la última decisión para retornar hacia el régimen de prima medida; en la casilla de observaciones se indica que la asesoría se envió al correo informado, sin embargo dicho documento no contiene la rúbrica de la actora, sino únicamente el de la persona que presuntamente brindó la asesoría.

En todo caso, de la copia del correo electrónico que presuntamente se le remitió a la actora, se observa que más allá del resultado de la simulación pensional, no es

posible establecer cuál fue la información que se le brindó a la demandante al momento la reasesoría telefónica, pues en dicho documento solo hace alusión a las pautas que la afiliada debe tener en cuenta para diligenciar el formulario en caso de que decida trasladarse a Colpensiones, sin que sea indicativo de que se le explicaron las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales.

Ahora bien, en el interrogatorio de parte, la señora Rosa Lilia Rincón Beltrán sostuvo que la asesoría con Protección en año 2002 se realizó en la oficina donde laboraba en aquella época, que duró alrededor de 15 minutos; que la asesora insistió en que el traslado le sería favorable porque iba a obtener una pensión más alta a la que recibiría en el Seguro Social, el cual iba a desaparecer; que se podía pensionar en cualquier momento pero que nunca le explicaron los requisitos que debía cumplir para ello ; que sí le dijeron que en caso de que ella falleciera sus hijos podrían reclamar la pensión, pero que no recuerda que le hubieran explicado acerca de las diferencias entre ambos regímenes pensionales. Adujo que suscribió el formulario de manera libre y voluntaria; que a la fecha no ha radicado solicitud de pensión en el fondo privado porque tiene 54 años; aceptó haber recibido en el pasado los extractos de la rentabilidad de sus aportes. Dijo que no recuerda que le hubieran brindado alguna reasesoría y que no recibió información respecto a la proyección de su mesada pensional. Aceptó que la causal más relevante para querer retornar a Colpensiones es el valor de su mesada pensional pues le preocupa el futuro de su hija, quien presenta afecciones de salud.

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, ni del formulario de afiliación, ni del interrogatorio de parte absuelto por la demandante, ni de ninguna de las pruebas documentales allegadas al plenario se desprende el cumplimiento del deber legal de información por parte de la AFP Protección S.A., sin que tampoco exista prueba en el expediente digitalizado que acredite que la asimetría en la información que se produjo el 1 de septiembre de 2002 dejó de prolongarse con el paso de los años, pues a pesar de que la accionante ha permanecido afiliada al RAIS por más de veinte años, con esa situación no se demuestra 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, ya 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, sin que sus afirmaciones en torno a que recibió algunos extractos, contribuyan a dar por demostradas las aspiraciones del fondo privado accionado, pues claramente no demostró haber puesto en conocimiento de la afiliada esa información para que tomara una decisión consiente e informada.

Por lo expuesto, al no haberse demostrado que a la actora se le brindó la información que por ley correspondía y que su permanencia en el RAIS durante más de veinte años no hizo desaparecer la asimetría en la información producida el 1 de septiembre de 2000, indefectiblemente, conforme con lo sentado por la Corte Suprema de Justicia, no queda otro camino que confirmar la decisión emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, 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; quedando válida y vigente la afiliación primigenia efectuada al régimen de prima media con prestación definida, así como los beneficios y prerrogativas de que era beneficiaria, como correctamente lo definió la *a quo*.

Así las cosas, al no tener ningún efecto jurídico el traslado efectuado por la señora Rosa Lilia Rincón Beltrán al régimen de ahorro individual con solidaridad, se confirmará la condena emitida por la *a quo* en contra de la AFP Protección consistente en girar a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones el capital existente en la cuenta de ahorro individual, proveniente 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 en las providencias relacionadas a lo largo de la presente providencia.

Además de restituir los emolumentos relacionados líneas atrás, necesario resulta traer a colación la sentencia SL3034 de 7 de julio de 2021 en la que la Corte Suprema de Justicia reiteró que otra de las consecuencias prácticas que trae la declaración de ineficacia, es la de restituir los gastos o cuotas de administración descontados por los fondos privados de pensiones durante la permanencia de los afiliados en esas entidades, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, como correctamente lo ordenó la falladora de primera instancia al fondo privado Protección S.A.; por lo que no le asiste razón a su apoderada judicial cuando afirma en la sustentación del recurso de apelación que no era procedente la restitución de estos emolumentos.

Bajo esa misma óptica, es del caso recordar que el traslado declarado ineficaz implica que ningún acto posterior al mismo produzca efectos, por lo que correcta

resultó la decisión de la *a quo* consistente en condenar a la AFP y Protección S.A. a reintegrar a la Administradora Colombiana de Pensiones, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores que fueron cobrados a la actora durante su permanencia en la 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 esté afectando los intereses de terceros que no asistieron al proceso (aseguradoras y reaseguradoras), pues precisamente la orden dirigida en ese sentido lo que lleva es a que los fondos privados de pensiones respondan con su patrimonio por las deficiencias en que incurrieron al momento de efectuar la vinculación de afiliados al RAIS.

Al haber operado un traslado desde el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 1 de septiembre de 2002, se generó en favor de la señora Rosa Lilia Rincón Beltrán un bono pensional tipo A, ya que de acuerdo con la información vertida en la historia laboral allegada por Protección S.A, expedida el 18 de mayo de 2018, (pág.173 expediente físico escaneado) la demandante cotizó 437.14 semanas antes de trasladarse al RAIS, cumpliéndose de esa manera con lo previsto en el artículo 115 de la Ley 100 de 1993.

Como la señora Rosa Lilia Rincón Beltrán nació el 15 de enero de 1968, como se aprecia de la copia de su cédula de ciudadanía visible en la página 32 del mismo archivo, ese instrumento de deuda pública se redimiría normalmente el 15 de enero de 2028, fecha en que la accionante cumpliría 60 años de edad.

En ese sentido, se observa acertada resulta la decisión de la *a-quo*, en cuanto ordenó comunicar a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público la decisión adoptada en el presente caso, con el objeto de que tenga conocimiento de la orden impartida frente al bono pensional tipo A redimido y eventualmente pagado por parte de esa entidad a favor de la cuenta de ahorro individual 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 1 de septiembre de 2002.

En torno al hecho consistente en que la accionante arribó 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.

En lo atinente al reclamo efectuado por la apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones relativo a que se adicione la sentencia de primer grado en el sentido de imponer un término perentorio para el cumplimiento de las órdenes emitidas en la sentencia, pertinente es recordar que de acuerdo con lo previsto en el artículo 302 del CGP, la decisión adoptada en las sentencias judiciales deben cumplirse a partir del momento en el que quedan debidamente ejecutoriadas, sin que le sea dable al juez conceder términos adicionales que no están contemplados en la ley; motivo por el que no resulta procedente adicionar la providencia objeto de estudio en los términos solicitados por la entidad recurrente.

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. CONFIRMAR la sentencia recurrida y consultada.

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

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

Quienes integran la Sala,

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
Magistrado Ponente
Aclara Voto

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN
Magistrada

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO
Magistrado

En compensación por Hábeas Corpus

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

Firmado Por:

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

Ana Lucia Caicedo Calderon
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 1 Laboral

Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

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: **cf8c5bac9082b84496394b1b6aa3335b3be0457c948ff162f52c4a7b61d6b19**

Documento generado en 03/08/2022 07:41:35 AM

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