Constancia Secretarial: Vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 13 de septiembre de 2022, tanto la Administradora Colombiana de Pensiones como la parte actora remitieron en término los alegatos de conclusión, como se aprecia en el archivo 05 y 06 de la carpeta de segunda instancia.

Pereira, 28 de septiembre de 2022.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

PEREIRA, CINCO DE OCTUBRE DE DOS MIL VEINTIDÓS

Acta de Sala de Discusión No 161 de 3 de octubre de 2022

SENTENCIA ESCRITA

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y AFP PROTECCIÓN S.A., en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira el 21 de junio de 2022, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de COLPENSIONES, dentro del proceso ordinario laboral que la señora MARLENY CLAVIJO ESTUPIÑAN, promueve en contra de dichas entidades y de la AFP COLFONDOS S.A., cuyo radicado corresponde al N°66001310500520200028401.

ANTECEDENTES

Pretende la señora Marleny Clavijo Estupiñan que la justicia laboral declare la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de Colfondos S.A., y posteriormente a ING Pensiones y Cesantías hoy Protección S.A., y se declare válida y vigente la afiliación primigenia efectuada al régimen de prima media con prestación definida. Con base en ello, aspira que se condene a Protección S.A., a liberarla de sus bases de datos y a efectuar el traslado de sus cotizaciones con destino al régimen de prima media con prestación definida, administrado actualmente Colpensiones, y a pagar las costas procesales a su favor.

Refiere que: nació el 15 de febrero de 1963 y se afilió al régimen de prima media con prestación definida en el mes de noviembre de 1986, donde efectuó cotizaciones hasta junio de 1994, pues el 04 de junio de 1994, suscribió formulario

de afiliación a Colfondos S.A., motivada en que el asesor de ese fondo privado de pensiones le informó que su pensión sería más alta que la que le otorgaría el otro régimen pensional, y que en caso de no querer recibir la pensión podría optar por la devolución de saldos, pues el Instituto de Seguros Sociales estaba próximo a desaparecer, sin que le informara sobre las posibles desventajas que le acarrearía el traslado de régimen.

El 30 de diciembre de 1998 se trasladó a ING Pensiones y Cesantías hoy Protección S.A. y que el 18 de agosto de 2020, previa solicitud, la Administradora Colombiana de Pensiones negó su retorno al régimen de prima media con prestación definida, con el argumento de que se encontraba a 10 años o menos de cumplir el requisito de tiempo para pensión.

Al contestar la acción, la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, manifestó que, la demandante al afiliarse a Colfondos ejerció su derecho a la libre escogencia en los términos del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por lo que es ella quien debe acreditar que la información suministrada al momento del traslado de régimen pensional fue equivocada o engañosa, pues su voluntad ha sido permanecer en el RAIS durante 25 años. Se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló como excepciones de fondo 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 06 del expediente digital).*

A su turno, la AFP Colfondos S.A. al dar respuesta a la acción, sostuvo que, la demandante suscribió el formulario de afiliación de manera libre, voluntaria e informada, efectuándose el traslado bajo los lineamientos normativos vigentes para la fecha, pues la asesoría se realizaba de manera presencial y verbal, motivo por el que el traslado se encuentra exento de vicios del consentimiento, por cuanto la actora ejerció su derecho a la libre escogencia. No se opuso a las pretensiones ni formuló ningún medio exceptivo, (archivo 7 del expediente digital).

Por su parte, la AFP Protección S.A., al contestar la demanda, manifestó que, se opone a las pretensiones, en consideración a que el acto jurídico no adolece de vicios en el consentimiento que deban recaer sobre la voluntad de la actora, porque no existieron las maniobras preterintencionales que se endilgan, agregando que la voluntad de la actora se confirma con la circunstancia particular de no haber hecho uso de la posibilidad de retracto en cuanto al periodo de gracia durante los años 2003-2004, con lo que se demuestra que no existía inconformidad alguna en cuanto a su permanencia en el RAIS. En su defensa, propuso como excepciones de fondo

las de: *“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 de mi representada”, “Inexistencia de la fuente de la obligación”, “Inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad”, “Ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados por parte de esta entidad llamada a juicio”, “Afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado”, “Excepción de mérito seguro previsional”, y “Excepción de mérito cuotas de administración” y “Genérica”, (archivo 13 del expediente digital).*

En sentencia de 21 de junio 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 Colfondos 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 Marleny Clavijo Estupiñan, esto es, las características de ambos regímenes pensionales con sus ventajas y desventajas, razón por la que decidió acceder a la ineficacia del traslado al RAIS surtido el 4 de junio de 1994, efectivo a partir del 1 de julio de ese año, al igual que el traslado posterior que efectuó el 30 de diciembre de 1998 a Davivir que pasó a ser ING Pensiones y Cesantías hoy Protección S.A., motivo por el que declaró válida y vigente la afiliación primigenia efectuada al régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones.

Como consecuencia de esas decisiones, ordenó a Protección S.A., a devolver con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones, la totalidad de las sumas recibidas con ocasión de la afiliación de la señora Clavijo Estupiñan, por concepto de cotizaciones recaudadas durante la vigencia de la afiliación, incluyendo lo que en su momento aportó a través de los demás fondos privados, así como las sumas adicionales, junto con sus respectivos rendimientos, frutos e intereses.

Así mismo, le ordenó a los fondos privados accionados Protección S.A. y Colfondos S.A., devolver con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones, el valor de las comisiones y cuotas de administración que cobraron, al igual que las cuotas de garantía de pensión mínima y de seguros previsionales, los cuales deberán asumir con cargo a su patrimonio y debidamente indexado.

Aunado a ello, al considerar que se pudo generar un bono pensional tipo A en favor del demandante, el cual se redimiría normalmente el 15 de febrero de 2023, ordenó comunicar la decisión adoptada en el proceso a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que en un trámite interno y a través de canales institucionales, ejecute las acciones a que haya lugar para dejar las cosas en el

estado en el que se encontraban antes de producirse el cambio de régimen pensional, procediendo, entre otras cosas y de ser el caso, a anular o dejar sin vigencia el bono pensional que se haya generado a favor de la actora.

Declaró no probados los medios exceptivos de fondo propuestos y condenó en costas procesales a Protección S.A. en un 50% de las causadas 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 Protección S.A. manifiesta que, la demandante recibió la asesoría correspondiente y ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS, beneficiándose de los rendimientos financieros durante más 28 años; agregando que la normatividad actual que rige la temática de nulidades e ineficacia del traslado de régimen pensional no puede tener efectos retroactivos y aplicarse a la época en que la actora efectuó los traslados. Sostuvo además que la línea jurisprudencial aplicada que ordena la devolución de los gastos y cuotas de administración viola la Ley 100 de 1993, porque obliga a proferir una resolución judicial contraria a la Ley, aun cuando esos descuentos obedecen a una orden legal de estricto cumplimiento, que ordena la forma en que se deben distribuir los porcentajes descontados por tal concepto; agregando que también se viola el mandato judicial que ordena descontar lo correspondiente a los seguros previsionales, destinados a cubrir los riesgos de invalidez o sobrevivencia en que incurriera la demandante y que son girados a la aseguradora, quien ni siquiera fue vinculada al proceso. Sostuvo que, aunque al declararse la ineficacia del traslado de régimen pensional, la consecuencia es que las cosas vuelvan a su estado anterior, no puede desconocerse que el bien administrado produjo frutos y rendimientos gracias a la buena gestión de la entidad, lo que, en su sentir, da lugar a que, se conserven los gastos de administración que cobró, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, so pena de generarse un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante, sin reconocer o pagar nada por la gestión realizada por el fondo privado. Por lo expuesto, solicita se le absuelva de la condena encaminada a la restitución de esos emolumentos.

Por su parte, la apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones solicitó revocatoria de la sentencia, pues la demandante efectuó su afiliación al RAIS a través de los fondos privados, en forma libre, voluntaria y sin presiones, conforme a las exigencias legales, manifestando su intención de permanecer en dicho régimen pensional. Refiere además que la actora se encuentra incurso en la prohibición legal para retornar al RPMPD, dado que a la fecha ya sobrepasó la edad mínima de pensión, agregando que el requisito temporal para el traslado entre

regímenes pensionales es considerado por la jurisprudencia como una medida necesaria y adecuada que busca evitar la descapitalización del fondo común. Alega que el descuido y desconocimiento de la norma no puede servir como excusa a la demandante, y que el interrogatorio de parte no puede constituirse en una prueba a su favor, advirtiendo que, del mismo, se desprende que aquella tiene una preparación profesional como tecnóloga en archivo y correspondencia, que le permitió discernir sobre las ventajas o desventajas de un fondo u otro.

Solicita que no se impongan a los fondos privados de pensiones cargas adicionales que no existían al momento del traslado de régimen, pues no puede ser Colpensiones quien asuma las consecuencias de un acto jurídico que es válido. Finalmente, solicita no se impongan costas en segunda instancia, por ser un tercero afectado por la decisión que de manera libre y voluntaria tomaron la demandante y el fondo de pensiones.

Al haber resultado afectados los intereses de la Administradora Colombiana de Pensiones, se dispuso también el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Conforme se dejó plasmado en la constancia de la Secretaría de la Corporación, tanto la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones como la parte actora remitieron en término alegatos de conclusión.

En cuanto al contenido de los alegatos de conclusión remitidos, teniendo en cuenta que el artículo 279 del CGP dispone que *“No se podrá hacer transcripciones o reproducciones de actas, decisiones o conceptos que obren en el expediente.”*, baste decir que los argumentos esgrimidos por la entidad recurrente coinciden con los expuestos en la sustentación de los recursos de apelación, al paso que, los de la parte actora están encaminados a que se confirme en su integridad 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 que efectuó la señora Marleny Clavijo Estupiñán al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Colfondos S.A. el 4 de junio de 1994, así como el traslado horizontal que efectuó el 30 de diciembre de 1998 a Davivir hoy Protección S.A.?

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

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

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

¿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?

¿Hay lugar a la absolución total de condena en costas procesales a cargo de Colpensiones dada la naturaleza del asunto?

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 RÉGIMENES 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,</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de</i>

	<i>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>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 regímenes pensionales.</i>

3. La suscripción del formulario de afiliación.

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

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

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

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

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

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

4. Carga de la prueba.

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

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

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

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

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

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

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

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

Y más adelante continuó expresando:

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

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

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

Desde luego que, para la tesis que ahora sostiene la Sala, la presencia o no de cotizaciones consistente con el formato de vinculación no es la única expresión de esa voluntad, pueden existir otras, tales como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, por mencionar algunos actos de relacionamiento con la entidad que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer a ella.

Lo importante es que exista correspondencia entre voluntad y acción, es decir, que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado, de modo tal que no quede duda del deseo del trabajador de pertenecer a un régimen pensional determinado.

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

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

Resuelto lo anterior, se tiene entonces que con la solicitud de vinculación N°116346, la señora Marleny Clavijo Estupiñán se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad el 4 de junio de 1994, cuando se vinculó a Colfondos S.A., mismo que se hizo efectivo a partir del 1 de julio de esa anualidad, (pág.8 del archivo 07), sin embargo, la demandante inicia la presente acción al considerar que el cambio del RPMPD al RAIS no se cumplió con el lleno de los requisitos legales, al no habersele suministrado la totalidad de la información sobre las consecuencias que conllevaba tomar esa decisión, viciándose de esa manera su consentimiento.

Conforme a lo señalado por la demandante, se procederá a verificar siguiendo única y exclusivamente las reglas jurisprudenciales expuestas anteriormente, si Colfondos 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 4 de junio de 1994, (primera etapa).

En lo que concierne al formulario de afiliación, más allá de que en dicho documento se evidencia la rúbrica de la señora Marleny Clavijo Estupiñán 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 realiza de manera libre, espontánea y sin presiones, y que ha elegido al Fondo de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A. para que administre sus aportes pensiones y que los datos proporcionados son verdaderos; lo cierto es que, según lo dice la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, esa prueba no resulta suficiente para tener por demostrado el deber de información, pues, como mucho, demuestra un consentimiento, pero nunca informado.

Ahora bien, en el interrogatorio de parte que rindió la señora Marleny Clavijo Estupiñán, expuso que, para el momento en que se afilió a Colfondos S.A., el asesor de manera colectiva le manifestó a ella y a los demás compañeros de trabajo, que el Seguro Social se iba acabar y que los aportes posiblemente se perderían, que su mesada pensional iba a ser más alta, y que a los 57 años podría pedir la devolución de saldos, sin explicarle los requisitos para ello. Frente a los demás cuestionamientos que le realizó la directora del proceso y la vocera judicial de Protección S.A., manifestó que no le informaron sobre cuáles eran los requisitos para pensionarse en el Seguro Social, ni sobre la pensión anticipada o de aportes voluntarios; tampoco le informaron sobre la amnistía ni la forma en que se generaban los rendimientos. Aceptó haber recibido los extractos de Protección S.A., en los que revisaba que su empleador le realizara los aportes correspondientes, y dijo haber suscrito los formularios de afiliación, pero advirtiendo que lo hizo sin el respectivo asesoramiento.

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, ni de las pruebas documentales aportadas, ni del interrogatorio de parte absuelto por la señora Marleny Clavijo Estupiñán, ni de ninguna de las pruebas allegadas al plenario se desprende el cumplimiento del deber legal de información por parte de Colfondos S.A., sin que tampoco exista prueba en el plenario que acredite que la asimetría en la información que se produjo el 4 de junio de 1994, dejó de prolongarse con el paso de los años, pues a pesar de que la accionante se mantuvo activa como cotizante dentro de ese régimen pensional durante más de veinte años, y que efectuó un traslado horizontal al interior del RAIS, concretamente a Davivir Pensiones y Cesantías que pasó a ser ING hoy Protección S.A.; lo cierto es que esos hechos no demuestran per se los actos de relacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia, pues como ya se ha dicho, lo importante es que durante ese periodo en el que los afiliados permanecen en el RAIS desaparezca por completo esa asimetría en la información que nace con el acto jurídico que materializa el cambio de régimen pensional, lo cual no aconteció en el presente asunto.

Es que, nótese que no se configuraron los actos de relacionamiento de los que habla la Sala de Casación Laboral, ya que no existen pruebas en el proceso que demuestren que la señora Marleny Clavijo Estupiñán fue conociendo paulatinamente sobre la totalidad de las características de cada uno de los regímenes pensionales que componen el sistema general de pensiones, pues por ejemplo no quedó probado en el proceso que la demandante tenía conocimiento de los requisitos necesarios para pensionarse en el RAIS o en el RPMPD, las prerrogativas que tenía de hacer uso del derecho de retracto, del periodo de gracia o amnistía, las modalidades pensionales o el impacto de las fluctuaciones de la economía en los rendimientos y en la formación del derecho pensional, **además de no existir prueba que demuestre que a él se le hizo la reasesoría antes de cumplir los 52 años, con el fin de que se le pusiera de presente su situación pensional y se le aconsejara a cuál de los dos regímenes pensionales le convenía estar afiliado**; omisiones éstas que demuestran que en este caso no se produjeron esos actos de relacionamiento, por cuanto la asimetría de la información que se produjo el 4 de junio de 1994 no desapareció mientras la accionante estuvo afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad; sin que la formación académica de la demandante, de nivel técnico, sirva para suplir las deficiencias en la información que le correspondía brindar a los fondos de pensiones privados al momento de afiliación.

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 4 de junio de 1994, 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 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 con solidaridad, concretamente hacia Colfondos S.A., incluyendo el traslado horizontal que realizó con posterioridad a Davivir hoy Protección S.A., de modo que, todos los actos ejecutados dentro del RAIS carecen de validez; quedando válida y vigente la afiliación primigenia efectuada a través del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, como correctamente lo definió la *a quo*.

Así las cosas, al no tener ningún efecto jurídico el traslado efectuado por la accionante al régimen de ahorro individual con solidaridad ni ninguno de los actos ejecutados al interior del mismo, correcta resultó la decisión de la *a quo* de condenar a Protección S.A., a restituir a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, proveniente de los aportes o cotizaciones al sistema general de pensiones, junto con sus intereses, frutos y rendimientos financieros que se hayan causado, tal y como lo ha sentado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las providencias relacionadas a lo largo de esta providencia.

Además de restituir los emolumentos relacionados líneas atrás, necesario resulta traer a colación la sentencia SL3034 de 7 de julio de 2021 en la que la Corte Suprema de Justicia reiteró que otra de las consecuencias prácticas que trae la declaración de ineficacia, es la de restituir los gastos o cuotas de administración descontados por el fondo privado durante la permanencia de la afiliada, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, como correctamente lo ordenó la falladora de primera instancia a Protección S.A. y a Colfondos S.A.

Bajo esa misma óptica, correcta resultó la decisión de la *a quo* consistente en condenar a las AFP's Protección S.A. y a Colfondos S.A. a reintegrar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores que fueron cobrados a la actora durante su permanencia en cada uno de esos fondos privados de pensiones, que estuvieron destinados a cancelar las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como los valores dirigidos a financiar la garantía de pensión mínima; sin que con esa decisión se estén afectando los intereses de terceros que no asistieron al proceso, esto es, de aseguradoras y reaseguradoras, pues precisamente la orden dirigida en ese sentido lo que lleva es a que los fondos privados de pensiones respondan con su patrimonio por las deficiencias en que

incurrieron al momento de efectuar la afiliación, por lo que no le asiste razón al fondo privado de pensiones recurrente en este puntual aspecto.

Al haber operado un traslado desde el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 4 de junio de 1994, efectivo a partir del 1 de julio de ese mismo año, se generó en ese momento un bono pensional tipo A en favor de la señora Marleny Clavijo Estupiñán, ya que de acuerdo a la información vertida en la historia laboral emitida por Colpensiones, (obrante en el expediente administrativo – carpeta 05), la afiliada cotizó 270.43 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 accionante nació el 15 de febrero de 1963, como se aprecia en la copia de su cédula de ciudadanía, (pág.56 archivo 01 del expediente), ese título de deuda pública se redimiría normalmente el 15 de febrero de 2023, fecha en que cumple 60 años; por lo que, como la declaratoria de ineficacia trae como consecuencia que las cosas se reestablezcan al estado en el que se encontraban antes del momento en que se produjo el traslado al RAIS, correcta resultó la decisión de la *a quo* consistente en comunicar la decisión adoptada en el proceso 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 antes de que se ejecutara el cambio de régimen pensional de la afiliada, procediendo, entre otras cosas y de ser el caso, a anular o dejar sin vigencia el bono pensional que se generó a favor de la señora Marleny Clavijo Estupiñán, 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 afiliada arribó a la edad mínima de pensión exigida en el RPM, ello en nada afecta la decisión tomada en este proceso, por cuanto, como se ha explicado recurrentemente a lo largo de la presente providencia, la declaratoria de ineficacia trae como consecuencia jurídica que los actos emitidos a partir de ese momento no tienen ninguna validez, lo que lleva a que las cosas se reestablezcan al estado en el que se encontraban, es decir, que al no haberse consumado legalmente el cambio de régimen pensional, el mismo no tiene validez y por tanto la demandante siempre ha estado afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, lo que muestra que de ninguna manera se está ordenando un nuevo traslado entre regímenes pensionales y por tanto no se transgrede la prohibición legal prevista en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

Finalmente, como quiera que en la sentencia STL10364-2020 la Sala de Casación Laboral, instó a esta Sala a tener en cuenta que la condena en costas procesales debe fulminarse con independencia de los factores subjetivos que pudieran existir en favor de la persona que resulte vencida o de aquella a quien se resuelva desfavorablemente la apelación, las costas procesales en esta instancia corren a cargo de las recurrentes en un 100% y por partes iguales, a favor de la actora.

No sale avante, por ende, la solicitud que en tal sentido elevó la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones en su alzada.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia recurrida y consultada proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito el 22 de junio de 2022.

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

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

Quienes integran la Sala,

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
Magistrado Ponente
Aclara Voto

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN
Magistrada
Ausencia Justificada

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO
Magistrado

Firmado Por:

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

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

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

Código de verificación: **508ec1348518016eb9adc22c92a21f72bbd80692463dc90c467dd465d6382e5e**

Documento generado en 05/10/2022 07:07:09 AM

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