

Constancia Secretarial: Vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 6 de septiembre de 2022, la totalidad de entidades que conforman la parte pasiva de la acción, remitieron en término los alegatos de conclusión, como se aprecia en los archivos 05 a 08 de la carpeta de segunda instancia.

Pereira, 21 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, AFP PROTECCIÓN S.A. y AFP SKANDIA S.A., en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira el 26 de mayo de 2022, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de COLPENSIONES, dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor GUSTAVO GARCÍA GARCÍA, radicado al N°66001310500520200031501.

AUTO

Se reconoce personería dentro del proceso de la referencia al abogado SEBASTIÁN RAMÍREZ VALLEJO, inscrito dentro del certificado de existencia y representación legal de Tous Abogados Asociados S.A.S., quien funge como apoderada sustituta de la AFP SKANDIA S.A., en los términos y para los efectos del poder conferido.

ANTECEDENTES

Pretende el señor Gustavo García García que la justicia laboral declare la ineficacia del traslado que efectuó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Skandia S.A., y posteriormente a la AFP Protección S.A. y consecuente con ello, que se declare válida y vigente la afiliación primigenia efectuada al régimen de prima media con prestación definida. Con base en ello, aspira que se condene a Protección S.A., a liberarlo de sus bases de datos y a trasladar sus cotizaciones con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por la Administradora Colombiana de Pensiones, y a pagar las costas procesales a su favor.

Refiere que: nació el 31 de marzo de 1959; se afilió al régimen de prima media con prestación definida en enero de 1995, efectuando cotizaciones hasta noviembre de 2000; el 19 de octubre de ese mismo año suscribió formulario de afiliación con la AFP Skandia, pues el asesor comercial de dicho fondo privado le informó que al trasladarse al régimen de ahorro individual su mesada pensional sería mucho más alta que la que recibiría en el otro régimen pensional, pudiendo optar por la devolución de saldos y el bono pensional, además de que el Seguro Social estaba próximo a desaparecer; sin embargo, nada le informó sobre las posibles desventajas de trasladarse al RAIS.

Indica que Skandia S.A. no posee documento alguno que permita comprobar el verdadero asesoramiento que se le brindó al momento de la migración; el 6 de marzo de 2002 suscribió formulario de afiliación con Protección S.A., quien ante la petición que elevó, manifestó igualmente que no posee documentos que soporten cuál fue la asesoría brindada. Finalmente, que el 19 de octubre de 2020 Colpensiones negó la solicitud de traslado con el argumento de que se encuentra a 10 años o menos del requisito de tiempo para pensión.

Al contestar la acción, la AFP Skandia S.A. manifestó que la vinculación del demandante al RAIS fue completamente válida desde el punto de vista legal, pues diligenció el formulario que contiene los requisitos mínimos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, agregando que el fondo tenía establecido un procedimiento de capacitación dirigido a los asesores comerciales, brindado todas las herramientas e información necesaria sobre las características propias del RAIS y las diferencias, ventajas y desventajas frente al RPM. Se opuso a las pretensiones de la demanda y en su defensa, propuso como excepciones de fondo las que denominó: *“Validez y eficacia de la afiliación da Colpatria e inexistencia de vicios en el consentimiento”*, *“Inexistencia de la obligación de trasladar la comisión de administración, en caso de que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS”*, *“Inexistencia de la obligación de trasladar el pago al seguro previsional cuando se declara la ineficacia de la afiliación al RAIS”*, *“Prescripción”*, *“Buena fe”* e *“Innominada o genérica”*, (archivo 06 del expediente digital).

A su turno, la Administradora Colombiana de Pensiones dio respuesta oponiéndose a las pretensiones, al considerar que las afiliaciones que el actor efectuó a los distintos fondos de pensiones accionados se realizaron de conformidad con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en consideración a que, tomó la decisión de trasladarse en forma libre y espontánea al RAIS, debiendo el afiliado acreditar que la información suministrada fue equivocada o engañosa, pues su voluntad ha sido permanecer en dicho régimen por más de 20 años. Propuso 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 - Colpensiones”, “Imposibilidad de condena en costas” y “Declaratoria de otras excepciones”, (archivo 07 del expediente digital).*

De otra parte, la AFP Protección S.A. contestó la demanda, oponiéndose igualmente a las pretensiones, al considerar que el acto jurídico de traslado no adolece de vicios en el consentimiento, aunado a que el afiliado 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 cuotas de administración”, (archivo 13 expediente).*

En sentencia de 26 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 que el fondo privado de pensiones Skandia 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 al afiliado Gustavo García García, 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 19 de octubre de 2000, efectivo a partir del 1 de diciembre de ese mismo año, así como el efectuado posteriormente a través de Protección S.A. el 6 de marzo de 2002, efectivo a partir del 1 de mayo de ese año, declarando que nunca se trasladó a ese régimen pensional; por tal motivo declaró válida y vigente la afiliación primigenia efectuada al régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones.

Como consecuencia de esas decisiones, condenó a Protección S.A., a trasladar con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones, la totalidad de las sumas recibidas con ocasión de la afiliación del demandante por concepto de cotizaciones recaudadas, junto con sus respectivos rendimientos, frutos e intereses.

Así mismo, ordenó a los fondos privados de pensiones Skandia S.A. y Protección S.A. a realizar la devolución de los gastos de administración, comisiones, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, durante el periodo en que el actor estuvo afiliado a cada uno de esos fondos.

Aunado a ello, ordenó a la AFP Protección S.A. que, en caso de haber recibido el pago del bono pensional en favor de la cuenta de ahorro individual del demandante, procediera a restituir la suma recibida por tal concepto al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, debidamente indexada y con cargo a su propio patrimonio.

Así mismo, ordenó comunicar la decisión 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 retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban antes del traslado de régimen, procediendo en caso de haber emitido un bono pensional en favor del actor, a anularlo o dejarlo sin vigencia y/o ejercer las acciones pertinentes para su restitución.

Finalmente, condenó en costas procesales a las AFP Skandia S.A. y Protección S.A. a favor del actor, en un 100% de las causadas.

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

La apoderada judicial Protección S.A. manifiesta que, el demandante recibió la asesoría correspondiente y ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS, beneficiándose de los rendimientos financieros durante 23 años; agregando que para la fecha en que se materializó el traslado de régimen pensional únicamente se les exigía a las administradoras de pensiones, brindar una información de nivel básico y, diligenciar el formulario de afiliación. Sostuvo además que no es procedente restituir los gastos de administración y las cuotas de seguros previsional, pues se trata de dineros que cobró por ministerio de la ley, estos últimos girados a las aseguradoras, añadiendo que, aunque la declaratoria de ineficacia implica dejar las cosas en el estado en que se encontraban ante la inexistencia del acto jurídico, 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. Por lo expuesto, solicita se le absuelva de la restitución de esos emolumentos y de la condena en costas procesales.

Por su parte, la apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones, manifestó que, difiere de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, pues según las afirmaciones realizadas por el demandante, tanto en la demanda como en su interrogatorio, la afiliación que efectuó al RAIS a través de los distintos fondos privados, se ajusta a las exigencias legales, pues suscribió los formularios de afiliación en forma libre, voluntaria y sin presiones. Sostuvo además que el demandante no puede retornar al RPMPD dado que a la fecha ya cuenta con la edad mínima de pensión, siendo él quien, en todo caso, debe demostrar que la información suministrada fue equivocada y engañosa, dado que los fondos privados accionados cumplieron con todos los requisitos legales exigidos para la fecha del traslado, siendo él quien ha decidido permanecer en el RAIS durante más de 20 años. Agregó que la prueba documental no da cuenta de la existencia de un vicio en el consentimiento, aunado a que, del interrogatorio de parte que absolvió el demandante es posible deducir la existencia de actos de relacionamiento, pues desde hace más de 40 años labora en una entidad financiera, y tiene una profesión especializada en esa área, además de que recibió una reasesoría por cuenta de Protección S.A. lo cual da cuenta que no existía asimetría en la información.

Finalmente, la vocera judicial de Skandia S.A., se mostró inconforme con la orden de devolver las comisiones por gastos de administración, las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, arguyendo que son dineros que se cobraron por precepto legal, los primeros, como retribución al trabajo realizado por los fondos de pensiones por su buena gestión, y los demás, para ser entregados a terceros (fondo de solidaridad y aseguradoras), para cubrir al actor en caso de no reunir el capital necesario para financiar una pensión, o en caso de que se generaran los riesgos de invalidez y sobrevivencia, de modo que, al entidad no cuenta con esos dineros. Añadió que, no procede la condena en costas procesales por cuenta la entidad actuó de buena fe y conforme a la legislación que estaba vigente, por lo que solicita se revoque la sentencia.

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, las partes remitieron en término alegatos de conclusión.

En cuanto al contenido de los alegatos de conclusión remitidos, teniendo en cuenta que el artículo 279 del CGP dispone que *“No se podrá hacer transcripciones o*

reproducciones de actas, decisiones o conceptos que obren en el expediente.”, baste decir que los argumentos esgrimidos por las recurrentes coinciden con los expuestos en la sustentación de los recursos de apelación.

Cuestión previa

Pese a que este Ponente no comparte la justificación ni la interpretación que realiza la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia frente al literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100/1993 y por ello en providencias anteriores como la proferida el 22/07/2020, Rad. No. 2018-00269-01, entre otras, bajo la autorización emitida por las sentencias C-836 de 2001 y C-621 de 2015 se había apartado del criterio expuesto por el alto tribunal al amparo de la autonomía judicial, para anunciar que cuando un trabajador alega engaño por una AFP para obtener un traslado de régimen pensional, debe presentar una acción de resarcimiento de perjuicios tal como obliga el artículo 10º del Decreto 720 de 1994, lo cierto es que ocasión a la sentencia de tutela de primer grado emitida por ese alto tribunal con número de expediente STL4759-2020, a través de la cual se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado por esa corporación en los asuntos de ineficacia de afiliación, bajo el debido respeto por el superior, se obedecerá en este caso y en los sucesivos la posición mayoritaria que ostenta la mencionada Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Así las cosas, atendidas las argumentaciones a esta Sala de Decisión le corresponde resolver los siguientes:

PROBLEMAS JURÍDICOS

¿Es la acción de ineficacia la llamada a resolver los casos en los que se alega ausencia total o parcial de la información por parte de los fondos privados de pensiones?

¿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 el señor Gustavo García García al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 19 de octubre de 2000 efectivo a partir del mes de diciembre de ese año?

¿Con la permanencia del afiliado 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 a los fondos privados de pensiones cuando afirman que no es dable ordenar la restitución de los dineros que fueron cobrados por concepto de gastos de administración, primas de los seguros previsionales y garantía de pensión mínima?

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

¿Existe algún inconveniente en torno a que el afiliado ostente la edad mínima de pensión prevista en el RPM?

¿Hay lugar a exonerar a Protección S.A. y Skandia S.A. de la condena en costas procesales impuestas en primer grado?

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.*** (Negritas 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.**” (Negritas 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 acumulativa</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 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 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 que con la solicitud de vinculación N°120196, el señor Gustavo García García se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad el 19 de octubre de 2000, efectivo a partir de diciembre de ese año, cuando se vinculó a Skandia S.A. (pág.34 archivo 01 del expediente digital), sin embargo, el 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 el demandante, se procederá a verificar siguiendo única y exclusivamente las reglas jurisprudenciales expuestas anteriormente, si la Skandia 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 19 de octubre de 2000, (primera etapa).

En lo que concierne al formulario de afiliación, más allá de que en dicho documento se evidencia la rúbrica del señor Daniel Sanmiguel Manchola en la casilla denominada “*firma del afiliado y voluntad de afiliación*” en la que se hace constar que realiza de forma voluntaria, libre y sin presiones la escogencia del régimen de ahorro individual con solidaridad, para que sea esa entidad la que administre sus aportes pensionales, y que los datos proporcionados son verdaderos y que conoce el fondo y el plan seleccionado al cual se adhiere; 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.

Igual situación se predica respecto del formulario de afiliación N°599477 suscrito con Protección S.A. el 6 de marzo de 2002, efectivo a partir del mes de junio de ese año, (pág.44 archivo 13 del expediente digital), que plasma únicamente la rúbrica del afiliado, pues de él no es posible derivar el tipo de información que se le brindó al momento en que efectuó esa movilización horizontal al interior del RAIS.

Ahora bien, en el interrogatorio de parte que rindió el señor Gustavo García García expuso que, para el año 2000, fecha en que se produjo el cambio de régimen pensional, los asesores comerciales de Skandia visitaron las instalaciones del banco Lloyds Bank donde laboraba, y le dijeron que el fondo de pensiones ofrecía tasas del 28-30% efectivo anual, y por ende, iba a tener una rentabilidad muy buena, asegurándole que si no quería pensionarse podría retirar el dinero y el bono pensional, o que sus hijos podrían heredar la pensión, aunado a que el seguro social se iba acabar, siendo esa la razón por la cual decidió trasladarse.

Ante varios cuestionamientos realizados por la directora del proceso y por las voceras judiciales de las pasivas, indicó que no le explicaron sobre las modalidades del RAIS, ni le hicieron un paralelo o comparativo entre el fondo privado y el fondo público, ni las ventajas y desventajas que tenía cada uno; que no recuerda que le hubieran explicado que podía pensionarse anticipadamente o que la pensión se determinaría por la fluctuación que tuviera el mercado, pues de haber sabido que tocarían o pondrían en riesgo su capital no se hubiera trasladado. Dijo que se pasó a Protección S.A. porque también le ofrecieron buenas tasas de rentabilidad.

Agregó que antes de pandemia visitó las instalaciones de Protección, siendo informado de que recibiría una pensión de \$1'200.000; que buscó asesoría y le informaron que en Colpensiones la mesada podría ser de \$3'900.000, agregando que no ha solicitado la pensión en el fondo privado porque le parece injusto lo que le ofrecen y porque está en curso este proceso. Aceptó haber firmado los formularios de forma libre y voluntaria, y que tiene conocimiento de que para pensionarse en el fondo privado requiere determinada suma de dinero, conformada por aportes, rendimientos y bono pensional, pero que lo comprendió luego de las indagaciones legales, pero no al momento de los traslados.

De otro lado, se tiene que obra en el proceso un formato de reasesoría fechado el 22 de marzo de 2011 -esto es, 9 días antes del cumplimiento de los 52 años de edad- del cual se observa el diligenciamiento de los datos personales del demandante. Así mismo, obra dentro de la casilla denominada "Resultado del Cálculo" la pregunta relativa a si después de realizar el cálculo, económicamente le conviene quedarse en Protección S.A., a lo cual se registra la marcación en la casilla

“NO”, indicándose además con una “X” que la decisión del afiliado es que se queda en Protección. Se deja constancia además en dicho documento que es consciente de que tiene hasta el “29 de marzo de 2011” como fecha límite para tomar la última decisión para retornar hacia el régimen de prima media, (pág.47 archivo 13 del expediente).

Al respecto, en el interrogatorio de parte, la *a-quo* le preguntó si él había recibido reasesoría, según el formulario atrás reseñado, a lo cual manifestó que sí, que lo visitó un asesor de Protección S.A., le regaló un lapicero y le dijo que se trataba de una visita de rutina, de mantenimiento de clientes y de datos, solicitándole suscribir el formulario que ya el asesor había diligenciado, pero que en ningún momento le brindó algún tipo de información o asesoría que evidenciara de manera expresa cuáles fueron los resultados de los supuestos cálculos efectuados por el fondo privado de pensiones Protección S.A., ni se le adjuntaron las proyecciones realizadas, con el objeto de poder tomar una decisión informada.

Aunado a lo anterior, se observa que la eventual reasesoría habría sido suministrada a escasos nueve días del cumplimiento de la edad límite para retornar al RPMPD, de modo que, para el caso concreto no se vislumbra como una asesoría de utilidad que ofreciera la información idónea exigida por la Sala de Casación Laboral en estos eventos.

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, ni de las pruebas documentales aportadas, ni del interrogatorio de parte absuelto por el señor Gustavo García García, ni de ninguna de las pruebas allegadas al plenario se desprende el cumplimiento del deber legal de información por parte de Skandia S.A., para el 19 de octubre de 2000, sin que tampoco exista prueba en el plenario que acredite que la asimetría en la información que se produjo para ese momento dejó de prolongarse con el paso del tiempo, pues pese a que el accionante se movilizó a la AFP Protección S.A. el 1 de mayo de 2002, y ha permanecido afiliado a ese régimen pensional por más de veinte años, realizando cotizaciones al sistema general de pensiones a través de él; 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 en este caso 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 el señor Gustavo García García 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 plenario que el demandante tuviera el conocimiento de cuáles son los requisitos necesarios para pensionarse en el RAIS o en el RPM, ni mucho menos tiene conocimiento sobre las diferentes modalidades de pensión existentes en el régimen de ahorro individual, ni tampoco fue ilustrado sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales.

En este punto, es del caso especificar que si bien el actor expuso en el interrogatorio de parte que tenía conocimiento de que para pensionarse en un fondo privado requería determinada suma de dinero, conformada por aportes, rendimientos y bono pensional, lo cierto es que, dicha información la obtuvo luego del cumplimiento de los 52 años, cuando buscó asesoría legal, de modo que, esta información no configura actos de relacionamiento en la medida en que ya le era imposible al afiliado regresar al RPM en tiempo, por estar inmerso en la prohibición legal establecida en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificada por el artículo 2° de la ley 797 de 2003; pues los actos de relacionamiento se configuran, siempre y cuando los afiliados sean informados **en tiempo** sobre las consecuencias de permanecer y pertenecer al RAIS y que tengan la posibilidad cierta de retornar al RPM, pues de lo contrario no se puede considerar que ha desaparecido la asimetría en la información que se produjo desde el momento en que se ejecutó el cambio de régimen pensional. Luego entonces, no le asiste razón a las apoderadas judiciales de las entidades demandadas cuando afirman que en este caso se presentaron los actos de relacionamiento, derivado del conocimiento que tuvo el actor con ocasión a su nivel de estudios y perfil profesional y ocupacional en el área financiera.

Por lo expuesto, al no quedar probado en el proceso que al 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 19 de octubre 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 Quinto Laboral del Circuito, consistente en declarar ineficaz el acto jurídico por medio del cual el actor se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, concretamente hacia Skandia S.A., por lo que todos los actos ejecutados dentro del RAIS, incluyendo el traslado horizontal a Protección S.A., carecen de validez; quedando válida y vigente la afiliación primigenia efectuada a través del ISS, como correctamente lo definió la *a quo*.

Así las cosas, al no tener ningún efecto jurídico el traslado efectuado por la accionante al régimen de ahorro individual con solidaridad ni ninguno de los actos ejecutados al interior del mismo, correcta resultó la decisión de la *a quo* de condenar a Protección S.A., entidad en la cual se encuentra actualmente afiliado el accionante, 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 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 del afiliado, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, como correctamente lo ordenó la falladora de primera instancia a Skandia y a Protección S.A.

Bajo esa misma óptica, correcta resultó la decisión de la *a quo* consistente en condenar a los referidos fondos privados a reintegrar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores que fueron cobrados al actor durante su permanencia en esas entidades y que estuvieron destinados a cancelar las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como los valores dirigidos a financiar la garantía de pensión mínima; sin que con esa decisión se estén afectando los intereses de terceros que no asistieron al proceso (fondo de solidaridad y aseguradoras y reaseguradoras), pues precisamente la orden dirigida en ese sentido lo que lleva es a que los fondos privados de pensiones respondan con su patrimonio por las deficiencias en que incurrieron al momento de efectuar la afiliación.

Al haber operado un traslado desde el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 19 de octubre de 2000, efectivo a partir del 1 de diciembre de ese año, se generó en ese momento un bono pensional tipo A en favor del señor Gustavo García García, ya que de acuerdo a la información vertida en la historia laboral emitida por la Administradora Colombiana de Pensiones, (carpeta 08 -expediente administrativo), el afiliado cotizó más de 300 semanas antes de trasladarse al RAIS, cumpliéndose de esta manera con lo previsto en el artículo 115 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, a pesar de que no existe prueba que demuestre el estado actual de ese instrumento de deuda pública, lo cierto es que el mismo se redimió normalmente el pasado 31 de marzo de 2021, fecha en que el accionante cumplió los 62 años de edad, al haber nacido en la misma calenda del año 1959, como se verifica en la información inmersa en la copia de su cédula de ciudadanía, (45 del archivo 13); por lo que, teniendo en cuenta que el artículo 17 del Decreto 1748 de 1995 dispone que esta clase de bonos se pagan dentro del mes siguiente a la fecha de redención (sin necesidad de solicitud previa), claro es que el mismo debió entrar a la cuenta de ahorro individual de demandante antes del 30 de abril de 2021; razón por la que, al tener que restituirse las cosas al estado en el que se encontraban antes de materializarse el traslado, esto es, del 30 de noviembre de 2000, al carecer de efectos jurídicos el traslado al RAIS ejecutado en esa calenda, le corresponde a Protección S.A., entidad a la cual se encuentra actualmente afiliado, en caso de haber recibido el pago del bono pensional en favor de la cuenta de ahorro individual del actor, proceder con su restitución a favor de la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, suma que deberá estar debidamente indexada, precisándose que esa actualización corre por cuenta de los recursos propios del fondo privado de pensiones Colfondos S.A., tal como lo ordenó la juez de primer grado.

Así mismo, atinada se observa la decisión emitida por la falladora de primer grado, relativa a comunicar la presente decisión a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el objeto de que tenga conocimiento de la orden impartida frente al bono pensional tipo A redimido y eventualmente pagado en favor de la cuenta de ahorro individual del actor, 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 antes de que se produjera el cambio de régimen pensional del afiliado.

En torno al hecho de que el afiliado 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 el demandante siempre ha estado afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, lo que muestra que de ninguna manera se está ordenando un nuevo traslado entre regímenes pensionales y por tanto no se transgrede la prohibición legal prevista en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

Respecto a la condena en costas emitida en el curso de la primera instancia en contra de la AFP Skandia S.A. y la AFP Protección S.A., se tiene que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece que “*Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso*”, lo que permite concluir que de acuerdo con el resultado arrojado en el proceso, el cual fue desfavorable a los intereses de ambas entidades, correspondía a la *a quo* emitir condena en contra de aquellas por dicho concepto, la cual encuentra debidamente ajustada a derecho esta Corporación.

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

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.

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

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: **14f74ce360f9ba73111531fa13df42c782e9e4bc12fdfb2767d424886b3274ef**

Documento generado en 05/10/2022 07:06:59 AM

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