

Constancia Secretarial: Vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada por la secretaría de la Corporación, únicamente la parte actora y la Administradora Colombiana de Pensiones remitieron en término los alegatos de conclusión, como se aprecia en la carpeta de segunda instancia.

Pereira, 19 de mayo de 2023.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

PEREIRA, TREINTA Y UNO DE MAYO DE DOS MIL VEINTITRÉS

Acta de Sala de Discusión No 085 de 29 de mayo de 2023

SENTENCIA ESCRITA

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la demandante **LUISA ESPERANZA FAJARDO SEGURA** en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito el 15 de febrero de 2023, dentro del proceso que le promueve a las administradoras de pensiones **PORVENIR S.A.**, **PROTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**, cuya radicación corresponde al N°66001310500320220004301.

AUTO

Se reconoce personería para actuar dentro del proceso de la referencia a la doctora MARILUZ GALLEGU BEDOYA, como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones, en los términos y para los efectos del memorial de

sustitución de poder que fue allegado al correo institucional y que se encuentra debidamente incorporado en el expediente -archivo 06 carpeta segunda instancia-.

ANTECEDENTES

Pretende la señora Luisa Esperanza Fajardo Segura que la justicia laboral acceda a la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como el movimiento realizado al interior de ese régimen pensional y consecuentemente que se declare válida y vigente la afiliación primigenia efectuada al régimen de prima media con prestación definida.

Con base en esas declaraciones, aspira que se condene a los fondos privados de pensiones Colfondos S.A. y Protección S.A. a girar a favor de Colpensiones la totalidad de los dineros a que haya lugar, lo que resulte probado extra y ultra petita, además de las costas procesales a su favor.

Refiere que: Nació el 12 de noviembre de 1959, afiliándose al régimen de prima media con prestación definida en el mes de marzo de 1995, trasladándose al régimen de ahorro individual con solidaridad el 28 de abril de 1999, sin embargo, el correspondiente fondo privado de pensiones no cumplió con el deber legal que le asistía con ella, ya que no le brindó la totalidad de la información sobre las ventajas y desventajas que conllevaba tomar esa determinación; el 20 de enero de 2015 se movilizó al interior del RAIS, sin que en ese momento tampoco se cumpliera con el deber legal de información.

El 30 de noviembre de 2021, ante petición elevada por ella, la Administradora Colombiana de Pensiones negó su retorno al RPMPD, indicándosele que se encontraba inmersa en una prohibición legal.

La Administradora Colombiana de Pensiones contestó la acción -archivo 04 carpeta primera instancia- oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, argumentando que el traslado ejecutado por la actora al régimen de ahorro individual con

solidaridad en el año 1999 cumplió con los requisitos que la ley le exigía, añadiendo que tampoco es viable su retorno al régimen de prima media con prestación definida ya que ella se encuentra incurso en la prohibición legal establecida en el literal f) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003. Formuló las excepciones de mérito que denominó *“Inexistencia de la obligación”, “Excepción de buena fe”, “Imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas”, “Excepción de innominada” y “Prescripción”*.

El fondo privado de pensiones Protección S.A. respondió la demanda -archivo 06 carpeta primera instancia- manifestando que se opone a la totalidad de las pretensiones elevadas por la demandante, en consideración a que, tanto el cambio de régimen pensional como el movimiento ejecutado al interior del RAIS fueron actos jurídicos ejecutados bajo los parámetros legales, exentos de la configuración de algún vicio del consentimiento, razones por las que se reputan válidos y eficaces; añadiendo que tampoco es viable que la actora retorne al RPMPD al estar inmersa en la prohibición legal prevista en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003. Planteó las excepciones de mérito que denominó *“Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir” y “Buena fe”*.

El fondo privado de pensiones Colfondos S.A. respondió el libelo introductorio -archivo 10 carpeta primera instancia- oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones en la medida en que el acto jurídico que significó el traslado del RPMPD al RAIS se ejecutó bajo el estricto cumplimiento de la ley, habiéndosele brindado a la actora la asesoría integral y completa frente a las características y funcionamiento del régimen de ahorro individual con solidaridad y sus diferencias con el régimen de prima media con prestación definida; pero, en caso de que se hubiere configurado la nulidad relativa que se alega en la acción, ella se saneó por el paso del tiempo. Propuso como excepciones de fondo las de *“Inexistencia de la obligación”, “Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Buena fe”, “Innominada o genérica”, “Ausencia de vicios del consentimiento”, “Validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad”, “Ratificación de la afiliación del actor al fondo de*

pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A.”, “Prescripción de la acción para solicitar la nulidad de la afiliación” y “Compensación y pago”.

En sentencia de 15 de febrero de 2023, 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, consideró que, según lo expuesto por la demandante en el interrogatorio de parte, quedó demostrado que el traslado ejecutado por la señora Luisa Esperanza Fajardo Segura del RPMPD al RAIS se hizo de manera libre, espontánea y sin presiones, razón por la que concluyó que ese acto jurídico cobró plena eficacia, así como todas las demás actuaciones ejecutadas al interior del régimen de ahorro individual con solidaridad, razón por la que negó las pretensiones elevadas en la demanda y en consecuencia condenó en costas procesales en un 100% a la accionante, en favor de las entidades accionadas.

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la señora Luisa Esperanza Fajardo Segura interpuso recurso de apelación, manifestando que en el plenario no quedó demostrado que las entidades accionadas hayan cumplido con el deber legal de información que les asistía con la accionante, añadiendo que no es cierto que con el interrogatorio de parte haya quedado acreditado que el traslado del RPMPD al RAIS realizado por la actora haya sido de manera libre, por cuanto no hubo una adecuada información por parte de los fondos privados de pensiones.

Por las razones expuestas, solicita que se revoque en su integridad la sentencia proferida por la *a quo*, para que en su lugar se acceda a la totalidad de las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Conforme se dejó plasmado en la constancia emitida por la Secretaría de la Corporación, únicamente la parte actora y la Administradora Colombiana de

Pensiones hicieron uso del derecho a remitir en término los alegatos de conclusión en esta sede.

En cuanto al contenido de los alegatos de conclusión remitidos por la parte recurrente, teniendo en cuenta que el artículo 279 del CGP dispone que *“No se podrá hacer transcripciones o reproducciones de actas, decisiones o conceptos que obren en el expediente.”*, baste decir que los argumentos emitidos por ella coinciden con los expuestos en la sustentación del recurso de apelación; mientras que los narrados por la Administradora Colombiana de Pensiones se circunscriben en pedir la confirmación integral de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito.

Cuestión previa

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

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

PROBLEMAS JURÍDICOS

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

¿En cabeza de quien se encuentra en este tipo de procesos la carga probatoria de acreditar el deber legal de información?

¿Hay lugar a declarar ineficaz el traslado efectuado por la señora Luisa Esperanza Fajardo Segura del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como el movimiento ejecutado al interior de dicho régimen pensional?

¿Con la permanencia de la afiliada en ese régimen pensional desapareció la asimetría en la información que se echa de menos en la presente acción?

De acuerdo con la respuesta al interrogante anterior ¿Se configuraron los actos de relacionamiento de los que habla la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia?

¿Hay lugar a acceder a las pretensiones elevadas por la accionante?

De ser afirmativa la respuesta al interrogante anterior ¿Cuáles son las consecuencias prácticas de declarar la ineficacia del cambio de régimen pensional de los afiliados?

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

FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL

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

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

*“En el caso bajo estudio, se hace necesario precisar, que en reiterada jurisprudencia esta Sala de Casación Laboral ha dejado clara su postura al indicar que la elección a cualquiera de los dos regímenes pensionales existentes, **debe estar precedida de una decisión libre y voluntaria, de suerte que las administradoras de pensiones tienen el deber de brindar a sus afiliados una asesoría que les permita tener los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión tomada al momento del traslado**, sin importar si la persona es o no beneficiaria del régimen de transición, o si está próximo a pensionarse.”.* (Negrillas fuera de texto).

Y más adelante reiteró:

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

2. Sobre el deber de información.

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

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

<i>Etapas acumulativas</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y 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 actora la demanda en ese sentido, por imperativo jurisprudencial, lo que corresponde es analizar el caso en la forma determinada por la Corte Suprema de Justicia, esto es, si el traslado realizado por la demandante al RAIS se dio en términos de eficacia, como acertadamente lo abordó la falladora de primera instancia.

Ahora, como se aprecia en la certificación emitida por el SIAFP de Asofondos - pág.26 archivo 06 carpeta primera instancia-, la señora Luisa Esperanza Fajardo Segura se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 26 de febrero de 1996 por medio de la vinculación realizada al fondo privado de pensiones ING S.A. hoy Protección S.A., cuando suscribió el correspondiente formulario de afiliación; evidenciándose en dicho documento, que la señora Fajardo Segura se movilizó al interior de ese régimen pensional el 28 de abril de 1996 hacía la AFP Colfondos S.A. y posteriormente el 29 de diciembre de 2014 hacía la AFP Protección S.A. en donde se encuentra vinculada actualmente.

No obstante, la señora Luisa Esperanza Fajardo Segura inicia la presente acción al considerar que, el traslado realizado al RAIS no cumplió con el lleno de los requisitos legales al no habersele suministrado la totalidad de la información sobre las consecuencias que conllevaba tomar esas decisiones; viciándose de esa manera su consentimiento.

Conforme con lo señalado por la demandante, se procederá a verificar, siguiendo, única y exclusivamente las reglas jurisprudenciales expuestas anteriormente, si el fondo privado de pensiones ING S.A. hoy Protección S.A. **-quien tiene la carga probatoria en este tipo de procesos** (como se explicó en el punto cuatro del fundamento jurisprudencial)-, cumplió con el deber legal de información que le correspondía para el 26 de febrero de 1996 (primera etapa).

Al plenario no fue adosado el formulario de afiliación que da cuenta de la vinculación de la accionante al RAIS el 26 de febrero de 1996, sin embargo, de haberse aportado ese documento al plenario; lo cierto es que según lo dice la Sala de Casación Laboral, ese tipo de prueba no resulta suficiente para tener por demostrado el deber de información, pues, como mucho, demuestra un consentimiento, pero no informado.

Ahora, en el interrogatorio de parte, la señora Luisa Esperanza Fajardo Segura informó que actualmente se encuentra activa como cotizante, al prestar sus servicios en la Fiscalía General de la Nación.

Frente al momento en el que ocurrió el cambio de régimen pensional, sostuvo que luego de desempeñarse como juez penal, salió de la Rama Judicial para prestar sus servicios como abogada litigante en el área penal y se acercó a las oficinas del fondo privado de pensiones ING S.A. hoy Protección S.A. con el objeto de averiguar cómo eran las afiliaciones al sistema general de pensiones; en esa reunión, un asesor comercial de esa entidad le dijo que no era posible que ella continuara afiliada al Instituto de Seguros Sociales, ya que a esa administradora pensional solo podían pertenecer los servidores públicos, por lo que era obligatorio que a partir de ese momento se afiliara a un fondo privado de pensiones, razón por la que se vinculó a ese régimen pensional suscribiendo el correspondiente formulario de afiliación.

A continuación, ante preguntas que se le formularon, la demandante contestó que no se le explicó nada sobre las características de los regímenes pensionales que

conforman el sistema general de pensiones, ni como se pensionaría en ellos, añadiendo que no recibió la reasesoría antes de los 47 años.

Ahora bien, al auscultar las pruebas documentales allegadas al proceso, no existe una sola de ellas en la que se reporte que a la demandante se le hizo la reasesoría antes de cumplir los 47 años el 12 de noviembre de 2006, al haber nacido en la misma calenda del año 1959 como se acredita con la copia de su cédula de ciudadanía - pág.30 archivo 01 carpeta primera instancia-.

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, cabe concluir que del interrogatorio de parte absuelto por la señora Luisa Esperanza Fajardo Segura, ni de ninguna de las pruebas allegadas al plenario se desprende el cumplimiento del deber legal de información por parte de la AFP ING S.A. hoy Protección S.A., sin que tampoco exista prueba en el plenario que acredite que la asimetría en la información que se produjo el 26 de febrero de 1996 dejó de prolongarse con el paso de los años, pues a pesar de que la accionante se movilizó dentro del RAIS y se mantuvo activa como cotizante dentro de ese régimen pensional durante más de veinte años, lo cierto es que en el plenario no quedó acreditado el cumplimiento del deber legal de información por parte de cada uno de los fondos privados de pensiones accionados, siendo del caso señalar que estos hechos, esto es, la movilidad dentro del RAIS y su permanencia en él durante todo ese tiempo, no demuestran per se los actos de correlacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia, pues como ya se ha dicho, lo importante es que durante ese periodo en el que los afiliados permanecen en el RAIS desaparezca por completo esa asimetría en la información que nace con el acto jurídico que materializa el cambio de régimen pensional, lo cual no aconteció en el presente asunto.

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 la señora Luisa Esperanza Fajardo Segura fue conociendo paulatinamente la totalidad de las características de cada uno de los regímenes

pensionales que componen el sistema general de pensiones, pues por ejemplo no quedó probado en el plenario que la actora tuviera el conocimiento de cuáles son los requisitos necesarios para pensionarse en el RAIS o en el RPMPD; ni mucho menos tiene conocimiento sobre las diferentes modalidades de pensión existentes en el régimen de ahorro individual con solidaridad, **además de no existir prueba que demuestre que a ella se le hizo la reasesoría antes de cumplir los 47 años, con el fin de que se le pusiera de presente su situación pensional y se le aconsejara a cuál de los dos regímenes pensionales le convenía estar afiliada**; omisiones éstas que, como se advirtió anteriormente, demuestran que en este caso no se produjeron esos actos de relacionamiento, por cuanto la asimetría de la información que se produjo el 26 de febrero de 1996 no desapareció mientras la accionante estuvo vinculado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Por lo expuesto, no le asiste razón a la *a quo* cuando sostiene que la afiliación de la actora a la AFP ING S.A. hoy Protección S.A. el 26 de febrero de 1996 se hizo de manera libre y voluntaria, ya que realmente no quedó demostrado que esa entidad haya cumplido con el consentimiento **debidamente informado, es decir, que se le hubiera puesto de presente a la afiliada todas las consecuencias que conllevaba trasladarse del RPMPD al RAIS, ni mucho menos quedaron acreditados los actos de relacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia**, motivo por el que, indefectiblemente, conforme con lo sentado por la Corte Suprema de Justicia, no queda otro camino que revocar en su integridad la decisión emitida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito, para en su lugar 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 en la fecha referida anteriormente y consecuentemente los movimientos ejecutados al interior de ese régimen pensional el 28 de abril de 1996 hacía la AFP Colfondos S.A. y posteriormente el 29 de diciembre de 2014 hacía la AFP Protección S.A. en donde se encuentra vinculada actualmente; quedando válida y vigente la afiliación primigenia efectuada por la accionante al RPMPD, actualmente administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones.

Así las cosas, al no tener ningún efecto jurídico el traslado efectuado por la señora Luisa Esperanza Fajardo Segura al régimen de ahorro individual con solidaridad, se condenará a la AFP Protección S.A., a la que se encuentra vinculada actualmente la afiliada, a que restituya a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones la totalidad del saldo acumulado en la cuenta de ahorro individual correspondientes a las sumas provenientes de las cotizaciones o aportes efectuados al sistema general de pensiones junto con sus intereses y rendimientos financieros, tal y como lo ha sentado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las providencias relacionadas a lo largo de la presente providencia.

Además de restituir los emolumentos relacionados líneas atrás, necesario resulta traer a colación la sentencia 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, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los gastos o cuotas de administración descontados por los fondos privados de pensiones durante la permanencia de los afiliados en esas entidades, motivo por el que se fulminará condena en contra de los fondos privados de pensiones accionados en ese sentido, quienes deberán reintegrar esos dineros a Colpensiones por los periodos en los que estuvo afiliada la señora Fajardo Segura en cada una de ellas.

Bajo esa misma óptica, es del caso recordar que el traslado declarado ineficaz implica que ningún acto posterior al mismo produzca efectos, por lo que se condenará a los fondos privados de pensiones demandados a cancelar a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores descontados durante la permanencia de la afiliada en cada una de ellas y que estuvieron dirigidos a pagar las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como aquellos que fueron destinados a financiar la garantía de pensión mínima; sin que con esa decisión se esté afectando los intereses de terceros que no asistieron al proceso (aseguradoras

y reaseguradoras), pues precisamente la orden dirigida en ese sentido lo que lleva es a que los fondos privados de pensiones respondan con su patrimonio por las deficiencias en que incurrieron al momento de efectuar la afiliación al RAIS.

Al haber operado un traslado desde el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 26 de febrero de 1996, se generó a favor de la señora Luisa Esperanza Fajardo Segura un bono pensional tipo A, ya que de acuerdo con la información vertida en la historia laboral allegada por Protección S.A. -págs.13 a 23 archivo 06 carpeta primera instancia-, la afiliada cotizó 171,43 semanas antes de que se ejecutara el cambio de régimen pensional, cumpliéndose de esa manera con lo previsto en el artículo 115 de ley 100 de 1993.

Como la señora Luisa Esperanza Fajardo Segura nació el 12 de noviembre de 1959, como se aprecia en la copia de su cédula de ciudadanía -pag.30 archivo 01 carpeta primera instancia-, ese instrumento de deuda pública debió redimirse normalmente el 12 de noviembre de 2019, fecha en que la accionante cumplió los 60 años de edad; por lo que a pesar de que no existe prueba que demuestre el estado de ese bono pensional, lo cierto es 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), lo que conlleva a concluir que el mismo debió entrar a la cuenta de ahorro individual de la demandante antes del 12 de diciembre de 2019; razón por la que, al tener que restituirse las cosas al estado en el que se encontraban antes del 26 de febrero de 1996, al carecer de efectos jurídicos el traslado al RAIS ejecutado en esa calenda, se condenará al fondo privado de pensiones Protección S.A., al que se encuentra vinculada actualmente, a que, en caso de haber recibido el pago del bono pensional en favor de la cuenta de ahorro individual de la actora, proceda a restituir la suma pagada por ese concepto a favor de la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, suma que deberá estar debidamente indexada, precisándose que esa actualización del valor del bono pensional debe ser cancelada con los recursos propios del fondo privado de pensiones Protección S.A..

Así mismo, se ordenará 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 por parte de esa entidad en favor de la cuenta de ahorro individual de la accionante, y para que posteriormente, haciendo uso de trámites internos y a través de canales institucionales, ejecute todas las acciones pertinentes para retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban antes del 26 de febrero de 1996.

En torno al hecho de que el accionante arribó a la edad mínima de pensión en el RPMPD, la verdad es que ese suceso no afecta en nada las decisiones tomadas en este proceso, por cuanto, como se ha explicado recurrentemente a lo largo de la presente providencia, la declaratoria de ineficacia trae como consecuencia jurídica que los actos emitidos a partir de ese momento no tienen ninguna validez, lo que lleva a que las cosas se reestablezcan al estado en el que se encontraban, es decir, que al no haberse consumado legalmente el cambio de régimen pensional, el mismo no tiene validez y por tanto la demandante siempre ha estado afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por Colpensiones, lo que muestra que de ninguna manera se está ordenando un nuevo traslado entre regímenes pensionales y por tanto no se transgrede la prohibición legal prevista en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

En cuanto a las costas procesales en ambas instancias, teniendo en cuenta que las entidades accionadas se opusieron a la prosperidad de las pretensiones elevadas por la demandante y al haber sido vencidas en el proceso, conforme con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 365 del CGP se fulminará condena por este concepto en contra de ellas en un 100% y por partes iguales, en favor de la parte actora.

De esta manera queda resuelto el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la señora Luisa Esperanza Fajardo Segura.

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. REVOCAR en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito el 15 de febrero de 2023.

SEGUNDO. DECLARAR la ineficacia de la afiliación efectuada por la señora LUISA ESPERANZA FAJARO SEGURA al régimen de ahorro individual con solidaridad el 26 de febrero de 1996 a través del fondo privado de pensiones ING S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., así como los movimientos realizados al interior de ese régimen pensional hacía el 28 de abril de 1996 hacía la AFP COLFONDOS S.A. y posteriormente el 29 de diciembre de 2014 hacía la AFP PROTECCIÓN S.A., quedando válida y vigente la afiliación primigenia efectuada por la accionante al régimen de prima media con prestación definida, administrado actualmente por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES.

TERCERO. CONDENAR al fondo privado de pensiones PROTECCIÓN S.A. a girar a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la señora LUISA ESPERANZA FAJARDO SEGURA, proveniente de las cotizaciones efectuadas al sistema general de pensiones junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado.

CUARTO. CONDENAR al fondo privado de pensiones PROTECCIÓN S.A a restituir, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexadas, las sumas de dinero que fueron descontadas a la señora LUISA ESPERANZA FAJARDO SEGURA durante su permanencia en esa entidad y que fueron destinadas a pagar los gastos o cuotas de administración, así como aquellas que fueron dirigidas a financiar la garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales de invalidez

y sobrevivientes; a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES.

QUINTO. CONDENAR al fondo privado de pensiones COLFONDOS S.A. a reintegrar con cargo a sus propios recursos y debidamente indexadas, las sumas de dinero que fueron descontadas a la demandante durante su permanencia en esa entidad y que fueron destinadas a pagar los gastos o cuotas de administración, así como aquellas que fueron dirigidas a financiar la garantía de pensión mínima y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes; a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES.

SEXTO. CONDENAR al fondo privado de pensiones PROTECCIÓN S.A., de haber recibido el pago del bono pensional en favor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, a restituir la suma pagada por ese concepto a la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, monto que deberá estar debidamente indexado, precisándose que esa actualización del valor del bono pensional debe ser cancelado con su propio patrimonio.

SÉPTIMO. COMUNICAR a la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO la decisión adoptada en este proceso, con el objeto de que tenga conocimiento de la orden impartida frente al bono pensional tipo A que una vez redimido debió ser pagado por parte de esa entidad a favor de la cuenta de ahorro individual de la accionante, y para que posteriormente, haciendo uso de trámites internos y a través de canales institucionales, ejecute todas las acciones pertinentes para retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban antes del 26 de febrero de 1996.

OCTAVO. CONDENAR en costas en ambas instancias a las entidades accionadas en un 100% y por partes iguales, a favor de la parte actora.

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

Quienes integran la Sala,

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
Magistrado Ponente
Aclara Voto

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN
Magistrada

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO
Magistrado

Sin constancias ni firmas secretariales conforme artículo 9 de la Ley 2213 de 2022

Firmado Por:

Julio Cesar Salazar Muñoz
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 002 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Ana Lucia Caicedo Calderon
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 001 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

German Dario Goez Vinasco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
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: **99942ee9ef3cc9dc65183555c1022c106c4119e51ad962e204aeba873d12900a**

Documento generado en 31/05/2023 09:08:50 AM

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