

Constancia Secretarial: vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 29 de abril de 2021, la totalidad de los intervinientes remitieron en término los alegatos de conclusión al correo institucional, tal y como se ve en las constancias de recepción que obran en el expediente digitalizado.

Pereira, 19 de mayo de 2021.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

PEREIRA, ONCE DE JUNIO DE DOS MIL VEINTIUNO

Acta de Sala de Discusión No 089 de 8 de junio de 2021

SENTENCIA ESCRITA

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por las demandadas SKANDIA S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito el 17 de marzo de 2021, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de COLPENSIONES, dentro del proceso promovido por el señor CARLOS ALBERTO ESTRADA DURÁN, cuya radicación corresponde al N°66001310500320200002001, y en el que también están demandados los fondos privados de pensiones COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A..

Se reconoce personería para actuar dentro del proceso de la referencia a la doctora MARILUZ GALLEGO BEDOYA, como apoderada de la

Administradora Colombiana de Pensiones, en los términos y para los efectos del memorial de sustitución de poder que fue allegado al correo institucional el pasado 6 de mayo de 2021, incluido debidamente en el expediente digitalizado.

ANTECEDENTES

Pretende el señor Carlos Alberto Estrada Durán que la justicia laboral declare la nulidad de la afiliación efectuada el 29 de julio de 1994 al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Colfondos S.A. 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 demandados a girar la totalidad de los emolumentos a que haya lugar, además de las costas procesales a su favor.

Refiere que: nació el 12 de mayo de 1961, afiliándose al régimen de prima media con prestación definida en el mes de julio de 1981, en donde realizó cotizaciones interrumpidas hasta antes del 29 de julio de 1994, día en que suscribió el formulario de afiliación con la AFP Colfondos S.A., trasladándose de esa manera al régimen de ahorro individual con solidaridad; antes de que se ejecutara ese acto jurídico, un asesor comercial de esa entidad le dijo que en el RAIS podía pensionarse con una mesada mucho más alta que la que se le ofrecía en el RPM y que, si no era su deseo percibir la gracia pensional, podía reclamar la devolución de saldos junto con el valor del bono pensional; sin embargo, como se aprecia, no se le expusieron las desventajas que traía esa determinación; el 18 de enero de 1999 se afilió a la AFP Protección S.A, porque el asesor comercial de esa entidad le aseguró que allí podría obtener mejores rendimientos financieros; el 16 de

diciembre de 2008 se afilió a la AFP Skandia S.A., pero en ese momento tampoco se le brindó la asesoría adecuada. El 29 de noviembre de 2019, ante solicitud elevada por él, la Administradora Colombiana de Pensiones negó su retorno al RPM, expresándosele que estaba a menos de diez años de arribar a la edad mínima de pensión.

Al contestar la demanda -pag.227 a 232 del archivo 01.- la Administradora Colombiana de Pensiones manifestó que el traslado de la accionante al RAIS operó bajo el imperio de la Ley, agregando que en este tipo de procesos no es posible acceder a las pretensiones porque la mayoría de los afiliados se encuentran inmersos en la prohibición legal establecida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003. Se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de mérito que denominó “Inexistencia de la obligación demandada” y “Prescripción”.

La AFP Skandia S.A. contestó el libelo introductorio -pags.1 a 20 archivo 02- manifestando que la afiliación efectuada por el accionante a esa entidad el 16 de diciembre de 2008, cumplió con el lleno de los requisitos exigidos en la ley para ese momento histórico, razón por la que esa afiliación se reputa válida en los términos previstos en el artículo 13 literal b) de la ley 100 de 1993. Se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra y planteó las excepciones de fondo de “Skandia no participó ni intervino en el momento de selección del régimen”, “El demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado”, “Ausencia de configuración de causales de nulidad”, “Inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS”, “Ausencia de falta al deber de asesoría y falta de información”, “Los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de sentencias invocadas por el demandante”, “Prescripción”, “Buena fe” y “Genérica”.

La AFP Colfondos S.A. respondió la demanda -pags.1 a 8 archivo 07- manifestó que esa entidad cumplió con el deber legal de información que se exigía para la fecha en que se produjo el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad el 29 de julio de 1994, y si bien no se opone a la declaratoria de ineficacia del traslado que solicita el accionante, si presenta oposición respecto a las eventuales condenas que se pretendan fulminar en contra de esa entidad como consecuencia de esa declaración, por cuanto, en cumplimiento de la ley, descontó los valores que garantizaban la adecuada administración de la cuenta de ahorro individual, el aseguramiento de los riesgos de invalidez y sobrevivientes, así como el financiamiento de la garantía de pensión mínima. Propuso las excepciones de mérito de “Buena fe”, “Inexistencia de la obligación de trasladar la comisión de administración y el pago al seguro previsional, en caso de que se declare la ineficacia o nulidad de la afiliación al RAIS”, “Pago”, “Compensación”, “Prescripción” e “Innominada o genérica”.

A su turno, la AFP Protección S.A. respondió la acción -pag.1 a 30 del archivo 09- sosteniendo que, a pesar de que el traslado al RAIS del señor Carlos Alberto Estrada Durán no se hizo a través de esa entidad, lo cierto es que el acto ejecutado por él en el año 1994 se hizo bajo su consentimiento informado, motivo por el que no ha sido víctima de la inducción a error que proclama, ratificando su voluntad de permanecer en el RAIS, con los movimientos realizados al interior de ese régimen pensional, sin que hubiere hecho uso de las herramientas legales que le permitían su retorno en tiempo al régimen de prima media con prestación definida. Sin embargo, de acreditarse eventualmente que existió un vicio en su consentimiento, la verdad es que él se saneó por el paso del tiempo. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y planteó las excepciones de fondo de “Genérica o innominada”, “Buena

fe”, “Prescripción”, “Compensación”, “Exoneración de condena en costas”, “Inexistencia de la obligación”, “Falta de causa para pedir”, “Falta de legitimación en la causa y/o ausencia de personería sustantiva por pasiva de mi representada”, “Inexistencia de la fuente de la obligación”, “Inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad”, “Ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados por parte de esta entidad llamada a juicio”, “Afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado”, “Excepción de mérito seguro provisional” y “Excepción de mérito cuotas de administración”.

En sentencia de 17 de marzo de 2021, la funcionaria de primera instancia, aplicando en su integridad la jurisprudencia vigente que sobre el tema ha emitido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluyó, después de analizar las pruebas allegadas al proceso, que la AFP Colfondos S.A. no cumplió con la carga probatoria que le incumbía en este proceso, al verificar que no le brindó la totalidad de la información que debía ponerle de presente al señor Carlos Alberto Estrada Durán, esto es, las características de ambos regímenes pensionales con sus ventajas y desventajas, razón por la que declaró ineficaz el traslado al RAIS surtido el 29 de julio de 1994; motivo por el que declaró también válida y vigente la afiliación primigenia efectuada al régimen de prima media con prestación definida por medio del Instituto de Seguros Sociales.

Como consecuencia de esas declaraciones, la *a quo*, en la parte considerativa de la providencia expresó que la AFP Skandia S.A. a la que se encuentra vinculado actualmente, debía girar a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones la totalidad del capital que se encuentra acumulado en la cuenta de ahorro individual del actor, indicando que allí debían estar incluidos los aportes, intereses, frutos y

rendimientos financieros, bonos pensionales en caso de existir, así como los gastos de administración y las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, sin embargo, al momento de emitir la parte resolutive de la providencia simplemente le ordenó al fondo privado de pensiones Skandia S.A., al que se encuentra afiliado actualmente, que *“proceda a remitir ante COLPENSIONES todo lo que aparece en la cuenta individual como se explicó.”*, es decir, sin pormenorizar detalladamente los conceptos incluidos allí.

No emitió condenas económicas en contra de las AFP Colfondos S.A. y Protección S.A. como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado del accionante al RAIS.

Finalmente, condenó a la AFP Colfondos S.A., con la que se materializó el cambio de régimen pensional, al pago de las costas procesales en un 100% a favor del demandante.

Inconformes con la decisión, las entidades accionadas Skandia S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones interpusieron recurso de apelación en los siguientes términos:

La apoderada judicial de la AFP Skandia S.A. manifestó que no es posible que en este tipo de asuntos se condene a los fondos privados de pensiones a restituir los gastos o cuotas de administración y los valores de las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, ya que esas decisiones contrarían flagrantemente las disposiciones legales que ordenan el cobro de esos emolumentos para la adecuada gestión de las cuentas de ahorro individual, y el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte; constituyéndose un perjuicio económico en contra de esas entidades, poniendo en riesgo también la sostenibilidad financiera del sistema.

En caso de que se confirme esa decisión, considera que los dineros que fueron cobrados por ese concepto se encuentran cobijados por el fenómeno de la prescripción.

A su turno, el apoderado judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones sostiene que en estos eventos la carga probatoria esta en cabeza de los afiliados demandantes, a quienes les corresponde acreditar los hechos expuestos en su demanda, situación que precisamente no aconteció en este proceso y por tanto no hay lugar a acceder a las pretensiones de la acción; no obstante, en caso de insistirse en que la carga probatorio esta en cabeza de los fondos privados de pensiones, no hay duda en que en el curso del proceso se probó que el actor recibió la información que por ley debía recibir por parte de la AFP Colfondos S.A. en el año 1994; ratificando su voluntad de permanecer en el RAIS con los actos ejecutados a su interior durante más de veinte años.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Conforme se dejó plasmado en la constancia emitida por la Secretaría de la Corporación, la totalidad de los intervinientes hicieron uso del derecho a presentar alegatos de conclusión en término.

En cuanto al contenido de los alegatos de conclusión remitidos por las entidades recurrentes, 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 cada una de ellas coinciden con los expuestos en la sustentación de los recursos de apelación.

Por su parte, los apoderados judiciales de las AFP Colfondos S.A., Protección S.A., así como la apoderada judicial de la parte actora solicitaron la confirmación integral de la sentencia emitida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito el 17 de marzo de 2021.

Cuestión previa

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

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

PROBLEMAS JURÍDICOS

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

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

¿Hay lugar a declarar ineficaz la afiliación del señor Carlos Alberto Estrada Durán al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada el 29 de julio de 1994?

¿Con los movimientos efectuados por el demandante dentro del RAIS y su permanencia en ese régimen pensional 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?

¿Tiene razón el fondo privado de pensiones Skandia S.A. cuando afirma que no es viable que se ordene la restitución de los gastos o cuotas de administración y el valor de las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes?

En caso de que no sea así ¿Le son aplicables a dichos emolumentos el término trienal de prescripción previsto en el artículo 151 del CPT y de la SS?

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

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

¿Existe algún inconveniente en torno a que el afiliado se encuentre a menos de diez años de arribar a la edad mínima de pensión prevista en el RPM?

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

FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL

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

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

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

Y más adelante reiteró:

“Así, en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL452-2019, CSJ SL1688-2019 y SL1689- 2019, esta Sala ha determinado de manera pacífica que la reacción del ordenamiento

*jurídico -artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993- a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. **Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, tiene que abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto** y no desde el régimen de las nulidades sustanciales.” (Negrillas fuera de texto).*

2. Sobre el deber de información.

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

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

<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</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>laborales y autonomía personal</i>	
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014, Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

3. La suscripción del formulario de afiliación.

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

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

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

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

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

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

4. Carga de la prueba.

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

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

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

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

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

En sentencia SL3752 de 15 de septiembre de 2020, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, advirtiendo la importancia constitucional y legal que caracteriza el derecho a la seguridad social, recordó la necesidad de resolver los asuntos que son puestos en conocimiento de la jurisdicción teniendo en cuenta la verdadera intención que tienen los afiliados a través de sus actuaciones y no con base en las formalidades y protocolos; trayendo a colación como ejemplos los temas que han sido resueltos desde esa arista, como el relacionado con la desafiliación al sistema general de pensiones cuando

no existe el reporte de la novedad de retiro del sistema, o como en los casos en que, sin existir afiliación a una administradora pensional, el afiliado realiza aportes durante un periodo importante, que conllevan a concluir que se ha presentado una afiliación tácita a pesar de no haberse diligenciado el correspondiente formulario; mostrando que, como en esos eventos, existen muchos otros en los que las manifestaciones efectuadas por los afiliados al sistema general de pensiones denotan su verdadera intención de permanecer vinculados en determinado régimen pensional.

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

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

Y más adelante continuó expresando:

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

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

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

Desde luego que, para la tesis que ahora sostiene la Sala, la presencia o no de cotizaciones consistente con el formato de vinculación no es la única expresión de esa voluntad, pueden existir otras, tales como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, por mencionar algunos actos de relacionamiento con la entidad que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer a ella. Lo importante es que exista correspondencia entre voluntad y acción, es decir, que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado, de modo tal que no quede duda del deseo del trabajador de pertenecer a un régimen pensional determinado.

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

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

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

“En ese orden de ideas, se advierte que, si bien las conclusiones del Tribunal fueron inicialmente desacertadas, en el sentido de asignarle la carga de probar al afiliado

los presuntos vicios del consentimiento en los que incurrió y no a las administradoras de pensiones, lo cierto es que tal desatino no sería relevante teniendo en cuenta la situación jurídica concreta de la señora Lara Rodríguez.

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

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

CASO CONCRETO

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

Resuelto lo anterior, se tiene entonces que con la solicitud de vinculación N°284299 -pag.39 archivo 01 del expediente digitalizado-, el señor Carlos Alberó Estrada Durán se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad el 29 de julio de 1994 cuando se vinculó a la AFP Colfondos S.A., sin embargo, el demandante inicia la presente acción al considerar que el cambio del RPM al RAIS no se cumplió con el lleno de los requisitos legales, al no habersele suministrado la información sobre las consecuencias que conllevaba tomar esa decisión; viciándose de esa manera su consentimiento.

Conforme con lo señalado por el demandante, se procederá a verificar, siguiendo, única y exclusivamente las reglas jurisprudenciales expuestas anteriormente, si la AFP Colfondos S.A. -quien tiene la carga probatoria en este tipo de procesos (como se explicó en el punto cuatro del fundamento jurisprudencial)-, cumplió con el deber legal de información que le correspondía para el 29 de julio de 1994 (primera etapa).

En lo que concierne al formulario de afiliación, más allá de que en dicho documento se evidencia la rúbrica del señor Carlos Alberto Estrada Durán en la casilla denominada "*voluntad de selección y afiliación*" en la que se hace constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la efectúa de manera libre, espontánea y sin presiones, y que los datos proporcionados son verdaderos; lo cierto es que, según lo dice la Sala de Casación Laboral, esa prueba no resulta suficiente para tener por demostrado el deber de información, pues, como mucho, demuestra un consentimiento, pero no informado.

Ahora, en el interrogatorio de parte, el señor Carlos Alberto Estrada Durán manifestó que en el año 1994, después de que entrara en vigencia la ley 100 de 1993, la AFP Colfondos S.A. hizo presencia en las instalaciones de la entidad para la que prestaba sus servicios y a través

de un promotor, no un asesor, les hizo saber que el Instituto de Seguros Sociales estaba próximo a desaparecer, por lo que sus aportes para pensión se encontraban en riesgo, razón por la que la mejor opción que tenían era trasladarse al RAIS, sin embargo, más allá de esa supuesta información, el joven promotor no tenía mucho conocimiento sobre los pormenores o detalles que se les debían poner de presente, pues algunas personas hicieron preguntas que él no contestó, manifestándoles que más adelante un asesor se las podría absolver, lo cual nunca aconteció; en torno a los movimientos que hizo dentro del RAIS, explicó que eso aconteció porque esas sociedades se presentaron ante sus empleadores como unos fondos privados que mejor músculo financiero, dejando los formularios en los departamentos de recursos humanos, quienes posteriormente se los pasaban para que los llenara, pero realmente no hubo ni siquiera una charla colectiva con sus asesores comerciales; ante varios cuestionamientos hechos por la *a quo* dijo desconocer que era el derecho de retracto y el periodo de gracia para retornar en tiempo al RPM, agregando que tomó la decisión de realizar las diligencias respectivas para ese fin, luego de que se le informara que a los 62 años de edad iba a devengar menos del 50% de pensión a la que aspira.

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, del formulario de afiliación y del interrogatorio de parte absuelto por el señor Carlos Alberto Estrada Durán, ni de ninguna de las pruebas allegadas al plenario se desprende el cumplimiento del deber legal de información por parte de la AFP Colfondos S.A., sin que tampoco exista prueba en el plenario que acredite que la asimetría en la información que se produjo el 29 de julio de 1994 dejó de prolongarse con el paso de los años, pues a pesar de que el accionante se movilizó dentro del RAIS, más precisamente a la AFP Protección S.A. el 18 de enero de 1999 y a la AFP Skandia S.A. el 16 de diciembre de 2008, y así mismo que se ha

mantenido por más de veinte años afiliado a ese régimen pensional, lo cierto es que esas entidades tampoco acreditaron haberle puesto de presente al afiliado la información mínima que la ley exigía para esos momentos históricos y por el contrario, prolongaron con sus omisiones la asimetría en la información que se presentó con el traslado entre regímenes pensionales; pues por ejemplo no hicieron uso de sus canales informativos para ponerle de presente a su afiliado la posibilidad que tenía de retornar al régimen de prima media durante el periodo de gracia dispuesto en el Decreto 3008 de 2003, ni mucho menos le informaron sobre la limitación que tenía para trasladarse al RPM después de cumplir los 52 años de edad; siendo evidente, por el contrario, que una vez tuvo conocimiento que al arribar a los 62 años de edad, iba a percibir una mesada pensional de 6.609.000 a pesar de tener un IBL de \$19.474.990, como se lo hizo saber la AFP Skandia S.A. en documento emitido el 13 de diciembre de 2019 -pags.49 a 53-, en donde también le comunicó que en el RPM podría alcanzar una mesada de \$11.609.000, el 16 de enero de 2020 -pag.185- inició la presente acción con el objeto de devolver las cosas al estado en el que se encontraban antes de que se materializara el traslado del RPM al RAIS.

Por lo expuesto, no le asiste razón a la Administradora Colombiana de Pensiones cuando afirma que al accionante se le brindó la información que por ley correspondía y que se presentaron actos de relacionamiento que hicieron desaparecer la asimetría en la información que se produjo el 29 de julio de 1994, motivo por el que, indefectiblemente, conforme con lo sentado por la Corte Suprema de Justicia, no queda otro camino que confirmar la decisión emitida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito, consistente en declarar la ineficacia del acto jurídico por medio del cual el accionante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad en la fecha referida anteriormente, por lo que todos los actos posteriores ejecutados

dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad carecen de validez.

Así las cosas, al no tener ningún efecto jurídico el traslado efectuado por el señor Carlos Alberto Estrada Durán al régimen de ahorro individual con solidaridad, se confirmará la condena emitida por la *a quo* en contra de la AFP Skandia S.A. a la que se encuentra afiliado actualmente, consistente en girar a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones el capital existente en la cuenta de ahorro individual, pero para mayor claridad, se modificará el ordinal tercero de la sentencia recurrida en el sentido de pormenorizar que los emolumentos que debe reintegrar ese fondo privado de pensiones son los provenientes de las cotizaciones 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; indicando desde ya, que ninguno de los rubros o emolumentos que se deberán restituir a Colpensiones se encuentra afectado por el fenómeno jurídico de la prescripción, por cuanto el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral ha sido claro en señalar en las providencias expuestas a lo largo del presente proveído, que la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y sus consecuencias jurídicas gozan del carácter de imprescriptibles, y ello es así, porque no resulta posible aplicar ese fenómeno jurídico respecto a unos rubros que fueron cobrados a partir de unos actos jurídicos que nunca nacieron a la vida jurídica, ya que todos los actos ejecutados después del 29 de julio de 1994 no produjeron efectos; por lo que desde ahora debe decirse que no le asiste razón a la apoderada judicial de la AFP Skandia S.A. cuando solicita la aplicación de la prescripción trienal prevista en el artículo 151 del CPT y de la SS.

Además de restituir los emolumentos relacionados líneas atrás, necesario resulta traer a colación la sentencia SL1688 de 8 de mayo de 2019 en la que la Corte Suprema de Justicia indicó que otra de las consecuencias prácticas que trae la declaración de ineficacia, es la de restituir los gastos o cuotas de administración descontados por los fondos privados de pensiones durante la permanencia de los afiliados en esas entidades, tal y como en su momento lo expresó la falladora de primer grado en la parte motiva de la providencia, sin embargo, no puede perderse de vista que el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral sentó en esa providencia que la restitución de esas sumas de dinero debe realizarse con cargo a los propios recursos de los fondos privados y debidamente indexados; por lo que siguiendo esa línea jurisprudencial, en atención al grado jurisdiccional de consulta y con el objeto de que quede debidamente consignada la orden en la providencia, se adicionará la sentencia emitida por el juzgado de conocimiento en ese sentido.

Bajo esa misma óptica, es del caso recordar que el traslado declarado ineficaz implica que ningún acto posterior al mismo produzca efectos, por lo que correcta resultó la consideración expresada por la *a quo* en la parte motiva de la providencia consistente en que la AFP Skandia S.A. debe cancelar los valores que descontó al actor para pagar las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, sin embargo, no tuvo en cuenta la funcionaria de primera instancia que la devolución de esos emolumentos debe hacerse con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, razón por la que, acudiendo nuevamente al grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de Colpensiones, se adicionará la sentencia objeto de análisis en ese sentido, condenando adicionalmente a Skandia S.A. a reintegrar las sumas descontadas durante la permanencia del actor en esa entidad y que estuvieron dirigidas a financiar la garantía de pensión mínima,

también con cargo a sus recursos y debidamente indexados; sin que con esa decisión se esté afectando los intereses de terceros que no asistieron al proceso, pues precisamente la orden dirigida en ese sentido lo que lleva es a que los fondos privados de pensiones respondan con su patrimonio por las deficiencias en que incurrieron al momento de efectuar la afiliación al RAIS.

De acuerdo con las mismas consideraciones realizadas anteriormente y teniendo en cuenta que el accionante estuvo afiliado a la AFP Colfondos S.A. entre el 29 de julio de 1994 y el 17 de enero de 1999 y posteriormente estuvo vinculado a la AFP Protección S.A. desde el 18 de enero de 1999 hasta el 15 de diciembre de 2008, acudiendo nuevamente al grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de Colpensiones, se adicionará la sentencia proferida el 17 de marzo de 2021 en el sentido de condenar también a esos fondos privados de pensiones a restituir con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores que descontaron durante la permanencia del afiliado a esas entidades y que estuvieron direccionados a cancelar los gastos o cuotas de administración, los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y los dirigidos a financiar la garantía de pensión mínima.

En este punto de la providencia es pertinente referir que al haber operado un traslado desde el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 29 de julio de 1994, se generó en ese momento un bono pensional tipo A en favor del señor Carlos Alberto Estrada Durán, nacido el 12 de mayo de 1961 como se aprecia en su cédula de ciudadanía -pag.29 del archivo 01-, por lo que, a pesar de que no existe prueba que demuestre el estado actual de ese bono de deuda pública, lo cierto es que el mismo se redimiría

normalmente el 12 de mayo de 2023, fecha en que el accionante cumple los 62 años de edad.

Así las cosas, como la declaratoria de ineficacia trae como consecuencia que las cosas se reestablezcan al estado en el que se encontraban 29 de julio de 1994, necesario resulta modificar el ordinal tercero de la sentencia objeto de estudio, con el fin de no incluir dentro de la condena la restitución de los bonos pensionales en caso de existir, como lo consideró la *a quo*, para posteriormente adicionarla en el sentido de comunicar la decisión adoptada en este asunto a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que, en un trámite interno y a través de canales institucionales, ejecute todas las acciones a que haya lugar para dejar las cosas en el estado en el que se encontraban para el 29 de julio de 1994, procediendo, entre otras cosas y de ser el caso, a anular o dejar sin vigencia el bono pensional que se generó en favor del señor Estrada Durán y que tenía como fecha de redención normal el 12 de mayo de 2023, aplicando con ello lo previsto en el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995 modificado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 hoy recopilado en el Decreto 1833 de 2016.

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO. MODIFICAR para adicionar el ordinal TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito, el cual quedarán así:

*“**TERCERO. CONDENAR** al fondo privado de pensiones SKANDIA S.A. a girar a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del señor CARLOS ALBERTO ESTRADA DURÁN, proveniente de las cotizaciones efectuadas al sistema general de pensiones, junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado.*

SEGUNDO. ADICIONAR la sentencia proferida el 17 de marzo de 2021, en el sentido de **CONDENAR** a los fondos privados de pensiones

SKANDIA S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. a reintegrar con cargo a sus propios recursos y debidamente indexadas, las sumas de dinero que fueron descontadas al demandante durante su permanencia en cada una de esas entidades 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.

TERCERO. ADICIONAR la sentencia emitida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito, en el sentido de **COMUNICAR** a la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO la decisión adoptada en este proceso, con el objeto de que, en un trámite interno y a través de canales institucionales, ejecute todas las acciones a que haya lugar para dejar las cosas en el estado en el que se encontraban para el 29 de julio de 1994, procediendo, entre otras cosas y de ser el caso, a anular o dejar sin vigencia, el bono pensional que se generó a favor del señor CARLOS ALBERTO ESTRADA DURÁN y que tenía como fecha de redención normal el 12 de mayo de 2023.

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

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

Notifíquese a las partes por estado y sus apoderados judiciales a través del correo electrónico registrado en la Secretaría de esta Corporación

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 del Decreto 806 de 2020

Firmado Por:

JULIO CESAR SALAZAR MUÑOZ
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 2 SALA LABORAL TRIBUNAL SUPERIOR PEREIRA

ANA LUCIA CAICEDO CALDERON
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 1 SALA LABORAL TRIBUNAL SUPERIOR PEREIRA

GERMAN DARIO GOEZ VINASCO
MAGISTRADO

MAGISTRADO - TRIBUNAL 003 SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD 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:

65fb5b379487225e9a4a7aafa7c0424139405140494ae59e5a0bda58de87ca52

Documento generado en 11/06/2021 07:08:18 AM