

Constancia Secretarial: vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 20 de mayo 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, 10 de junio de 2021.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ
Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
PEREIRA, TREINTA DE JUNIO DE DOS MIL VEINTIUNO
Acta de Sala de Discusión No 103 de 28 de junio de 2021

SENTENCIA ESCRITA

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por las demandadas **SKANDIA S.A., PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito el 22 de febrero de 2021, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de COLPENSIONES, dentro del proceso promovido por la señora **JULIA CLEMENCIA FRANCO RESTREPO**, cuya radicación corresponde al N°66001310500320180013202.

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 27 de mayo de 2021, incluido debidamente en el expediente digitalizado.

ANTECEDENTES

Pretende la señora Julia Clemencia Franco Restrepo que la justicia laboral declare la nulidad de la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad y consecuentemente que se declare válida y vigente la afiliación primigenia

efectuado 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: se vinculó laboralmente el 19 de agosto de 1987, afiliándose en esa calenda al régimen de prima media con prestación definida, en donde realizó cotizaciones interrumpidas hasta antes del 19 de mayo de 1999, día en que suscribió el formulario de afiliación con la AFP Porvenir 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 el Instituto de Seguros Sociales donde ella estaba vinculada iba a desaparecer, razón por la que debía trasladarse al RAIS, asegurándole que allí podía pensionarse anticipadamente y con una mesada mucho más alta que la que se le ofrecía en el RPM, pero que si no era su deseo percibir la gracia pensional, podía reclamar la devolución de saldos junto con el valor del bono pensional, manifestándosele también, que en ese régimen pensional, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, en caso de que se presentara su deceso, podía pasar a manos de sus herederos hasta el quinto grado de consanguinidad; sin embargo, como puede verse, no se le pusieron de presente todas las consecuencias que conllevaba tomar esa decisión; esos mismos argumentos fueron los que le expusieron posteriormente cada uno de los otros dos fondos privados de pensiones demandados con los que se movilizó dentro del RAIS, estando actualmente afiliada a la AFP Skandia S.A.

En documento emitido por la AFP Skandia S.A. se le informó que tiene cotizadas un total de 1392 semanas y que, de acuerdo con el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, tan solo puede aspirar a una pensión de salario mínimo a los 57 años, mientras que en el RPM podría acceder a una mesada de \$2.944.056; el 15 de febrero de 2017, ante solicitud elevada por ella, 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.132 a 137 del cuaderno 1-* 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.181 del cuaderno 1 a 10 del cuaderno 2- manifestando que si bien el traslado al RAIS no se surtió con esa entidad, lo cierto es que de haberse configurado el vicio en el consentimiento que se alega en la demanda, él se saneó por el paso del tiempo como lo establece el artículo 1750 del Código Civil, agregando que la afiliación efectuada por la accionante a esa entidad, en la cual se encuentra vinculada actualmente, se hizo con el lleno de los requisitos previstos en la ley, indicando que en caso de que se hubiere viciado su consentimiento por ausencia de la información, la nulidad relativa que eventualmente se configuró también se saneó por el paso del tiempo. Se opuso a las pretensiones y planteó las excepciones de mérito que denominó *“Validez de la afiliación e inexistencia de vicios en el consentimiento”*, *“Saneamiento de la supuesta nulidad relativa”*, *“Prescripción”*, *“Buena fe”* e *“Innominada o genérica”*.

La AFP Protección S.A. respondió la demanda -pags.53 a 69 cuaderno 2- señalando que tanto el vínculo que significó el traslado entre regímenes pensionales, como los movimientos efectuados por la demandante dentro del RAIS cumplieron el lleno de los requisitos que la ley exigía para cada momento histórico, motivo por el que se opuso a la totalidad de las pretensiones de la acción, proponiendo además las excepciones de fondo que denominó *“Validez de la Afiliación a Pensiones y Cesantías Protección, e Inexistencia de Vicios en el Consentimiento”*, *“Saneamiento de la supuesta nulidad relativa”*, *“Pago”*, *“Compensación”*, *“Prescripción”*, *“Buena fe”* e *“Innominada o genérica”*.

A su turno, la AFP Porvenir S.A. respondió la acción -pag.98 a 118 del cuaderno 2- sosteniendo que esa entidad, con la que se produjo el cambio de régimen pensional de la señora Julia Clemencia Franco Restrepo, cumplió con la totalidad de los requisitos exigidos en la ley para el año 1999, razón por la que ese acto jurídico se reputa válido, asegurando que en caso de que se hubiere presentado el vicio en el consentimiento que alega la actora, él se saneó por el paso del tiempo

como lo contempla el artículo 1750 del Código Civil. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y presentó las excepciones de mérito de “*Validez de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento*”, “*Saneamiento de la supuesta nulidad relativa*”, “*Pago*”, “*Compensación*”, “*Prescripción*”, “*Buena fe*” e “*Innominada o genérica*”.

En sentencia de 22 de febrero 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 Porvenir 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 a la señora Julia Clemencia Franco Restrepo, 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 19 de mayo de 1999; 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 vinculada actualmente la actora, debía girar a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones la totalidad del capital que se encuentra acumulado en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, 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 afiliada actualmente, que “*proceda a remitir ante COLPENSIONES todo el capital que aparece en su cuenta, tal cual lo explicamos en precedencia.*”, es decir, sin pormenorizar detalladamente los conceptos incluidos allí.

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

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

Inconformes con la decisión, la totalidad de las entidades accionadas interpusieron recurso de apelación en los siguientes términos:

La apoderada judicial de los fondos privados de pensiones Porvenir S.A., Protección S.A. y Skandia S.A. sostuvo que no resulta dable acceder a las pretensiones de la demanda, por cuanto de los formularios de afiliación suscritos por la demandante con cada una de esas entidades, se demuestra que, inicialmente la AFP Porvenir S.A. cumplió con el deber de información que le correspondía para el 19 de mayo de 1999 cuando la afiliada se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, mientras que las otras dos entidades, Protección S.A. y Skandia S.A., también cumplieron con las obligaciones que la ley les exigía para el momento en el que la señora Franco Restrepo decidió movilizarse hacia esos fondos privados de pensiones dentro del RAIS; añadiendo que esos movimientos y la permanencia de la actora en ese régimen pensional por algo más de veinte años, demuestran su intención de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad, lo que demuestra los actos de relacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia, y que permiten concluir que la accionante conocía cuales eran las incidencias de estar afiliada a ese régimen pensional. Continuó su argumentación, sosteniendo que lo que verdaderamente se percibe es una inconformidad de índole económica, al no estar conforme con la eventual mesada pensional que podía devengar en el RAIS, lo que muestra que la acción a interponer en contra de esas entidades no era la de nulidad o ineficacia del traslado, sino la resarcitoria de perjuicios prevista en el artículo 10 del Decreto 720 de 1994.

En torno a la orden impartida en contra de la AFP Skandia S.A. consistente en devolver los emolumentos reseñados por la *a quo* en la parte considerativa, manifestó que si se confirma la declaratoria de ineficacia del acto jurídico del traslado, lo único a lo que se vería obligada esa entidad es a restituir los dineros provenientes de las cotizaciones o aportes al sistema general de pensiones y no los demás emolumentos ordenados por la falladora de primera instancia; añadiendo que fue correcta la determinación de no imponer ninguna condena en

ese aspecto en contra de los otros dos fondos privados de pensiones que representa, en la medida en que lo único que debe restituirse es lo concerniente a los dineros recaudados por concepto de aportes, los cuales ya fueron entregados por esas entidades cuando la accionante se movilizó hacia las correspondientes administradoras privadas de pensiones.

Finalmente solicitó la exoneración de la condena en costas impuestas a la AFP Porvenir S.A., argumentando que la actuación de esa entidad se ha enmarcado en la aplicación estricta de la ley y del principio de la buena fe.

Por su parte, el apoderado judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones sostuvo que en este tipo de asuntos es al demandante a quien le corresponde demostrar los hechos narrados en la acción, evidenciándose en este proceso que la señora Julia Clemencia Franco Restrepo no cumplió con ese deber legal, saliendo a relucir por el contrario, que el cambio de régimen pensional fue un acto de su voluntad que cumplió con los requisitos que exigía la ley para el año 1999, ratificando su voluntad de permanecer en el RAIS, al haberse movilizado dentro de ese régimen pensional y haber permanecido afiliada en él por 21 años, sin activar las herramientas legales para retornar en tiempo al RPM.

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, la apoderada judicial de la parte actora solicitó la confirmación integral de la sentencia emitida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito el 22 de febrero 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 de la señora Julia Clemencia Franco Restrepo al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada el 19 de mayo de 1999?

¿Con los movimientos efectuados por la 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 la única suma que debe restituirse a Colpensiones ante la eventual declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, son los dineros que fueron recaudados por concepto de aportes o cotizaciones al sistema general de pensiones?

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

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

¿Existe algún inconveniente en torno a que la afiliada haya arribado a la edad mínima de pensión prevista en el RPM?

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

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

FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL

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

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

“En el caso bajo estudio, se hace necesario precisar, que en reiterada jurisprudencia esta Sala de Casación Laboral ha dejado clara su postura al indicar que la elección a cualquiera de los dos regímenes pensionales existentes, debe estar precedida de una decisión libre y voluntaria, de suerte que las administradoras de pensiones tienen el deber de brindar a sus afiliados una asesoría que les permita tener los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión tomada al momento del traslado, sin importar si la persona es o no beneficiaria del régimen de transición, o si está próximo a pensionarse.”. (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.**” (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 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</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 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

3. La suscripción del formulario de afiliación.

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

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

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

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

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

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

4. Carga de la prueba.

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

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

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

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

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

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

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

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

Y más adelante continuó expresando:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

Conforme se expuso en el primer punto del fundamento jurisprudencial, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene definido que la acción que se debe estudiar cuando se reclama la ausencia total o parcial del deber de información por parte de los fondos privados de pensiones, no es otra que la ineficacia del acto jurídico que permitió el traslado entre regímenes pensionales, por lo que al haber orientado la actora la demanda en ese sentido, por imperativo jurisprudencial, lo que corresponde es analizar el caso en la forma determinada por la Corte Suprema de Justicia, esto es, si el traslado del demandante al RAIS se dio en términos de eficacia; por lo que bajo esa única y exclusiva postura, no les asiste razón a los fondos privados de pensiones accionados cuando afirman que la acción que debió incoar la señora Julia Clemencia Franco Restrepo era la resarcitoria de perjuicios prevista en el artículo 10 del Decreto 720 de 1994.

Resuelto lo anterior, se tiene entonces que con la solicitud de vinculación N°01190214 -pag.46 cuaderno 1 del expediente digitalizado-, la señora Julia Clemencia Franco Restrepo se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad el 19 de mayo de 1999 cuando se vinculó a la AFP Porvenir S.A., sin embargo, la demandante inicia la presente acción al considerar que el cambio del RPM al RAIS no se cumplió con el lleno de los requisitos legales, al no habersele

suministrado la información sobre las consecuencias que conllevaba tomar esa decisión; viciándose de esa manera su consentimiento.

Conforme con lo señalado por la demandante, se procederá a verificar, siguiendo, única y exclusivamente las reglas jurisprudenciales expuestas anteriormente, si la AFP Porvenir 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 mayo de 1999 (primera etapa).

En lo que concierne al formulario de afiliación, más allá de que en dicho documento se evidencia la rúbrica de la señora Julia Clemencia Franco Restrepo en la casilla denominada "*voluntad afiliado*" 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, la señora Julia Clemencia Franco Restrepo, quien se encuentra activa como trabajadora actualmente como médico general de la ESE ASSBASALUD, sostuvo que en el año 1999, antes de suscribir el formulario de afiliación con la AFP Porvenir S.A., se le dijo que debía trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, en consideración a que el Instituto de Seguros Sociales donde ella estaba afiliada iba a desaparecer, indicándosele que en el RAIS podía pensionarse de manera anticipada y con una mesada pensional más alta, gracias a que los rendimientos que iba a percibir en ese fondo privado de pensiones serían muy buenos; también se le dijo que en el momento que ella lo deseara, podía retirar el monto acumulado en su cuenta de ahorro individual junto con el valor del bono pensional y que en caso de que falleciera, ese dinero pasaría a manos de sus herederos hasta el quinto grado de consanguinidad, es decir, le mostraron solamente las aparentes ventajas que conllevaba el cambio de régimen pensional, pero no se le dijo nada más; los movimientos que hizo dentro del RAIS los ejecutó porque los correspondientes asesores le dijeron que en esos fondos privados iba a tener mejores rendimientos financieros, es decir, primero se le dijo que la AFP Protección S.A. tenía mejor rentabilidad que la AFP Porvenir S.A. y después le

dijeron que la AFP Skandia S.A. tenía mejor tasa de rentabilidad que su antecesora, pero no se le puso de presente nada más. Ante varios interrogantes realizados por la apoderada judicial de los fondos privados de pensiones accionados, la demandante manifestó que nunca se le informó que existía el derecho de retracto, ni tampoco que hubo un periodo de gracia en el que podía retornar sin inconvenientes al RPM, ni mucho menos que había una limitación en torno a la edad para regresar al ISS hoy Colpensiones.

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, del formulario de afiliación y del interrogatorio de parte absuelto por la señora Julia Clemencia Franco Restrepo, ni de ninguna de las pruebas allegadas al plenario se desprende el cumplimiento del deber legal de información por parte de la AFP Porvenir S.A., sin que tampoco exista prueba en el plenario que acredite que la asimetría en la información que se produjo el 19 de mayo de 1999 dejó de prolongarse con el paso de los años, pues a pesar de que la accionante se movilizó dentro del RAIS, más precisamente a los fondos privados de pensiones Protección S.A. y posteriormente a la AFP Skandia S.A., y así mismo que se ha mantenido por más de veinte años afiliada a ese régimen pensional, lo cierto es que esas entidades tampoco acreditaron haberle puesto de presente a la afiliada la información mínima que la ley exigía para cada momento histórico, demostrándose por el contrario que con sus omisiones prolongaron la asimetría en la información que se presentó con el cambio de régimen pensional; pues por ejemplo no hicieron uso de sus canales informativos para ponerle de presente a su afiliada 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 47 años de edad.

Por lo expuesto, no le asiste razón a las entidades recurrentes cuando afirman que a la 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 19 de mayo de 1999, 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 la 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 la señora Julia Clemencia Franco Restrepo 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 afiliada actualmente la actora, 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.

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 a la actora 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 de la actora 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 la accionante estuvo afiliada a los fondos privados de pensiones Porvenir S.A. y Protección S.A., acudiendo nuevamente al grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de Colpensiones, se adicionará la sentencia proferida el 22 de febrero de 2021 en el sentido de condenar también a esas entidades a restituir con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores que descontaron durante la permanencia de la afiliada a esas sociedades 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 19 de mayo de 1999, se generó en ese momento un bono pensional tipo A en favor de la señora Julia Clemencia Franco Restrepo, nacida el 10 de abril de 1960 como se evidencia en la copia de la cédula de ciudadanía -pag.37 cuaderno 1-, 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 redimió normalmente el pasado 10 de abril de 2020, fecha en que la accionante cumplió los 60 años de edad; 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 la demandante antes del 10 de mayo de 2020; razón por la que, al tener que restituirse las cosas al estado en el que se encontraban para el 19 de mayo de 1999, al carecer de efectos jurídicos el

traslado al RAIS ejecutado en esa calenda, se modificará el ordinal tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito en el que se ordenó a la AFP Skandia S.A. a girar a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones la totalidad del capital existente en la cuenta de ahorro individual, incluyendo el valor de bono pensional como lo explicó en la parte considerativa de esa providencia, para en su lugar condenar a esa entidad a restituir la suma pagada por ese concepto pero 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 Skandia S.A.

Así mismo, se adicionará la sentencia proferida por la *a quo* en el sentido de comunicar a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público la decisión adoptada en el presente caso, con el objeto de que tenga conocimiento de la orden impartida frente al bono pensional tipo A redimido y pagado por parte de esa entidad a favor de la cuenta de ahorro individual de la accionante, y para que posteriormente, haciendo uso de trámites internos y a través de canales institucionales, ejecute todas las acciones pertinentes para retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban para el 19 de mayo de 1999.

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

Respecto a la condena en costas emitida en el curso de la primera instancia en contra de Porvenir S.A., es pertinente recordar 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 sus intereses, le correspondía a la *a quo* emitir condena en su contra por dicho concepto, la cual encuentra debidamente ajustada a derecho esta Corporación.

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 el ordinal TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito, el cual quedarán así:

*“**TERCERO. A. 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 de la señora JULIA CLEMENCIA FRANCO RESTREPO, proveniente de las cotizaciones efectuadas al sistema general de pensiones, junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado.”.*

SEGUNDO. ADICIONAR el ordinal TERCERO, con dos literales del siguiente tenor:

*“**B. CONDENAR** al fondo privado de pensiones SKANDIA S.A. a restituir, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexadas, las sumas de dinero que fueron descontadas a la señora JULIA CLEMENCIA FRANCO RESTREPO 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.*

C. CONDENAR a la AFP SKANDIA S.A., de haber recibido el pago del bono pensional en favor de la demandante, a restituir la suma pagada por ese concepto a 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 su propio patrimonio.”.

TERCERO. ADICIONAR la sentencia proferida el 22 de febrero de 2021, en el sentido de **CONDENAR** a los fondos privados de pensiones PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR 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 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.

CUARTO. 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 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 para el 19 de mayo de 1999.

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

SEXTO. 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
En uso de permiso

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

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:
d7b0072f6a686e02422bc25f0b8167ac88853f36e775f1a13d45704b203bdd11
Documento generado en 30/06/2021 07:15:38 AM