

Constancia Secretarial: Vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 24 de noviembre de 2022, las entidades demandadas remitieron en término los alegatos de conclusión en esta sede, como se aprecia en la carpeta de segunda instancia.

Pereira, 12 de diciembre de 2022.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
PEREIRA, VEINTITRÉS DE ENERO DE DOS MIL VEINTITRÉS
Acta de Sala de Discusión No 004 de 17 de enero de 2023

SENTENCIA ESCRITA

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la demandante **MARÍA ELENA MEJÍA VILLEGAS** en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito el 19 de septiembre de 2022, dentro del proceso que le promueve al fondo privado de pensión **PORVENIR S.A.**, así como a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**, cuya radicación corresponde al N°66001310500320210019601.

ANTECEDENTES

Pretende la señora María Elena Mejía Villegas que la justicia laboral acceda al traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida y con base en ello se le ordene a la AFP Porvenir S.A. remitir con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual y las costas procesales a su favor.

Subsidiariamente pide que se declare la nulidad e ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS surtido en el año 2004 a través de la AFP Porvenir S.A. y consecuentemente que se declare válida y vigente la afiliación primigenia efectuada al régimen de prima media con prestación definida; y, con base en ello, aspira que se condene al fondo privado de pensiones Porvenir S.A. a girar a favor de Colpensiones la totalidad de los emolumentos a que haya lugar, además de las costas procesales a su favor.

Refiere que: nació el 30 de diciembre de 1968; después de haberse afiliado al régimen de prima media con prestación definida, se trasladó en el año 2004 al régimen de ahorro individual con solidaridad por medio de la AFP Porvenir S.A., sin embargo, dicha entidad no cumplió con el deber legal que le asistía con ella, ya que no le brindó la totalidad de la información sobre las ventajas y desventajas que conllevaba tomar esa determinación; el 26 de enero de 2021, además de solicitar que se le entregara la documental que reposaba en su expediente personal, le pidió a la AFP Porvenir S.A. que la trasladara al régimen de prima media con prestación definida, reclamación esta última que también elevó ante Colpensiones en la misma calenda; sin embargo, a la fecha de presentación de la acción no se ha dado respuesta a esa reclamación.

El fondo privado de pensiones Porvenir S.A. respondió la demanda -archivo 005 carpeta primera instancia- admitió que la demandante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de esa entidad el 1° de agosto de 2004 cuando suscribió el correspondiente formulario de afiliación, explicando que ese acto jurídico se ejecutó con el lleno de los requisitos legales. No se opuso a las pretensiones principales, pero si a las subsidiarias. Formuló las excepciones de mérito que denominó *“Validez y eficacia de la afiliación al RAIS e Inexistencia de vicios en el consentimiento”*, *“Saneamiento de la eventual nulidad relativa”*, *“Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS”*, *“Inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS”*, *“Prescripción”*, *“Buena fe”* e *“Innominada o genérica”*.

La Administradora Colombiana de Pensiones contestó la acción -archivo 009 carpeta primera instancia- se opuso a las totalidad de las pretensiones elevadas por la actora, argumentando que no es posible acceder al traslado del RAIS al RPMPD debido a que la demandante elevó la reclamación cuando ya le faltaban menos de diez años para arribar a los 57 años, encontrándose inmersa en la prohibición 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; añadiendo, frente a las peticiones subsidiarias, que no hay lugar a acceder a ellas por cuanto el cambio de régimen pensional que ejecutó la demandante en el año 2004 se realizó con el lleno de los requisitos legales, pero adicionalmente porque, como ya lo dijo, ella se encuentra en una prohibición legal para retornar al RPMPD. Planteó las excepciones de *“Inexistencia de la obligación”*, *“Excepción de buena fe”*, *“Imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas”*, *“Excepción de innominada”* y *“Prescripción”*.

En sentencia de 19 de septiembre de 2022, la funcionaria de primera instancia manifestó que en el plenario se encuentra acreditado que la señora María Elena Mejía Villegas se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad el 1° de agosto de 2004, estando vinculada actualmente en ese régimen pensional con la AFP Porvenir S.A., sin embargo, como ella nació el 30 de diciembre de 1968, solo podía realizar la reclamación tendiente a retornar en tiempo al RPMPD hasta antes del 30 de diciembre de 2015 cuando cumplió los 47 años de edad, y como esa solicitud la hizo con posterioridad a esa calenda, más precisamente en el año 2021, no es posible acceder a las pretensiones principales de la demanda, ya que a partir del 30 de diciembre de 2015 se activó para ella 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 relativa a efectuar traslado entre regímenes pensionales cuando la afiliada se encuentre a menos de diez años de arribar a los 57 años de edad.

En torno a las pretensiones subsidiarias, la *a quo*, aplicando en su integridad la jurisprudencia vigente que sobre el tema ha emitido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, determinó que, según lo expuesto por la propia demandante en el interrogatorio de parte, a pesar de que en principio no se le brindó la totalidad de la información que debía ponerse de presente por parte del fondo privado de pensiones accionado para el 1° de agosto de 2004 cuando se surtió el cambio de régimen pensional, la verdad es que con el transcurso del tiempo ella, por cuenta de lo manifestado por una amiga suya que ya se encontraba pensionada, tuvo la posibilidad de retornar en tiempo al régimen de prima media con prestación definida, sin que así lo hubiere hecho, razón por la que concluyó que fue la demandante quien voluntariamente decidió permanecer afiliada al RAIS; aspectos que, a su juicio, demuestran que la AFP Porvenir S.A. cumplió con la carga probatoria que le correspondía en este proceso; lo que condujo a que negará también las pretensiones subsidiarias elevadas por la actora y en consecuencia la condenó en costas procesales en un 100%, en favor de las entidades accionadas.

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación, indicando que se encuentra conforme con la decisión adoptada por la *a quo* frente a la pretensión principal, ya que como ella lo expuso, en efecto no se dan los presupuestos legales para ordenar el traslado del RAIS al RPMPD de la señora María Elena Mejía Villegas.

Sus reparos frente a la decisión los tiene respecto a la negación de las pretensiones subsidiarias, argumentando que en este evento la AFP Porvenir S.A., contrario a lo concluido por la *a quo*, no cumplió con la carga probatoria que le incumbía, pues realmente no logró demostrar en el plenario que le brindó a la afiliada la totalidad de la información que la ley exigía para el 1° de agosto de 2004, indicando que en este evento tampoco es posible que se tengan como demostrados los actos de relacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia; sosteniendo a continuación, que aquí lo que hubo fue una equivocada valoración del interrogatorio de parte por cuenta de la falladora de primera instancia, pues de lo expuesto por la

señora María Elena Mejía Villegas no se deriva ninguna confesión en el sentido de haber recibido la totalidad de la información por parte del fondo privado de pensiones accionado y mucho menos que con el transcurrir de los años ella fue conociendo las ventajas y desventajas que tenía continuar vinculada en el RAIS; razones por las que solicita que se acceda a la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad ejecutado el 1° de agosto de 2004.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Conforme se dejó plasmado en la constancia emitida por la Secretaría de la Corporación, las entidades accionadas remitieron en término los alegatos de conclusión en esta sede.

En cuanto al contenido de los alegatos de conclusión remitidos por Porvenir S.A. y Colpensiones, 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 ellas se circunscriben en reiterar los expuestos en las contestaciones a la acción, solicitando que se confirme en su integridad la decisión de primera instancia frente al punto objeto de apelación por parte de la demandante.

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 María Elena Mejía Villegas al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada el 1º de agosto de 2004?

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

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

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

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

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

FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL

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

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

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

Y más adelante reiteró:

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

2. Sobre el deber de información.

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

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

<i>Etapas acumulativas</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda</i>

		<i>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, como acertadamente abordó la falladora de primera instancia las pretensiones subsidiarias elevadas por la señora María Elena Mejía Villegas.

Resuelto lo anterior, se tiene entonces que con la solicitud de vinculación N°2266602 y N° interno 6228939 -pág.63 archivo 005 carpeta primera instancia-, la señora María Elena Mejía Villegas se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad el 1° de agosto de 2004 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 totalidad de 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 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 1° de agosto de 2004 (primera etapa).

En lo que concierne al formulario de afiliación, más allá de que en dicho documento se evidencia la rúbrica de la señora María Elena Mejía Villegas en la casilla denominada “*Voluntad de afiliación pensiones obligatorias*” 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 María Elena Mejía Villegas, manifestó que en el año 2004 varios fondos privados de pensiones visitaron las instalaciones de la empresa en la que prestaba sus servicios, entre ellos el que se encuentra demandado en el proceso, quienes a través de sus diferentes asesores comerciales les dijeron a todos los trabajadores que era necesario que se trasladaran a uno de esos fondos privados de pensiones, argumentando que el Instituto de Seguros Sociales donde ellos estaban vinculados iba a desaparecer y que perderían las semanas de cotización realizadas en esa entidad, indicándoseles que en el régimen de ahorro individual tendrían unos muy buenos beneficios que consistían en: i) pensionarse por vejez anticipadamente con una mesada mucho más alta que la ofrecida en el ISS, ii) en caso de fallecimiento, el dinero que se acumulaba pasaba a

manos de sus herederos, iii) que si no tenían hijos y se pensionaban, la prestación podía pasar a sus sobrinos; a continuación, respondió que todos los fondos que fueron en esa oportunidad, dijeron lo mismo, haciendo énfasis únicamente en esos supuestos beneficios descritos anteriormente, pero nunca les hablaron cuales podían ser las desventajas o consecuencias negativas que acarrearía trasladarse del RPMPD al RAIS, por lo que, al habérseles hablado solamente de esos beneficios, los trabajadores, incluida ella, decidieron afiliarse a ese régimen pensional.

Seguidamente, contestó que luego de la vinculación al RAIS en el año 2004, ella no volvió a recibir visitas personales, ni a través de canales electrónicos en los que se le suministrara más información sobre las ventajas y desventajas que conllevaba continuar afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, indicando que si había recibido extractos en los que se veían los aportes efectuados en la cuenta de ahorro individual, pero aclarando, ante pregunta puntual que se le hiciera, que el fondo privado de pensiones Porvenir S.A. nunca la llamó, ni remitió documento en el que se le mostrara que era lo que más le convenía a ella, si continuar en el RAIS o regresar al RPMPD; posteriormente, informa que ella finalmente decide iniciar el proceso, en consideración a que algunos años atrás, una compañera de la empresa a la cual denomina “Amparito”, le había dicho que ellas debían regresar a Colpensiones, pero ella no realizó gestiones en ese momento porque realmente no sabía cuáles eran las razones por las que debía volver al régimen de prima media con prestación definida.

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, cabe concluir que ni del formulario de afiliación, ni del interrogatorio de parte absuelto por la señora María Elena Mejía Villegas, 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. para el 1° de agosto de 2004, sin que tampoco exista prueba en el plenario que acredite que la asimetría en la información que se produjo en ese momento dejó de prolongarse con el paso de los años, como equivocadamente concluyó la *a quo*, ya que no puede tenerse por demostrada tal situación porque un

tercero que no hace parte del fondo privado de pensiones Porvenir S.A. le expresó a la demandante que debían regresar a Colpensiones, no solamente porque esa persona no pertenecía a esa entidad, sino porque en el proceso no se acreditó que ella tuviera las calidades para ponerle de presente a la accionante cuales eran las razones jurídicas y financieras que la llevaban a aconsejarle que retornara a Colpensiones, ya que no puede olvidarse que en el interrogatorio de parte la señora Mejía Villegas sostuvo que la señora “Amparito” solo le dijo que volvieran a Colpensiones, pero que ella no hizo las gestiones correspondientes porque realmente no sabía cuáles eran los motivos por los que debía volver al régimen de prima media con prestación definida, sin que se pueda perder de vista que la accionante puso de presente en el interrogatorio de parte, que la AFP Porvenir S.A., después de su vinculación en la que solo le hablaron de los supuestos beneficios que significaba afiliarse al RAIS, nunca la visitaron, ni le remitieron documentos en los que se le explicara que era lo que más le convenía en su caso, si permanecer en ese régimen pensional o regresar al RPMPD; por lo que, evidentemente, como ya se dijo, ni con lo expuesto por la accionante en el interrogatorio de parte, ni mucho menos por haber permanecido afiliada en el RAIS por más de quince años, realizando cotizaciones al sistema general de pensiones a través de él, quedaron demostrados los actos de relacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia, pues como ya se ha dicho, lo importante es que durante ese periodo en el que los afiliados permanecen en el RAIS desaparezca por completo esa asimetría en la información que nace con el acto jurídico que materializa el cambio de régimen pensional, lo cual no aconteció en el presente asunto.

Es que, nótese que en este caso no se configuraron los actos de relacionamiento de los que habla la Sala de Casación Laboral, ya que no existen pruebas en el proceso que demuestren que la señora María Elena Mejía Villegas fue conociendo paulatinamente la totalidad de las características de cada uno de los regímenes pensionales que componen el sistema general de pensiones, pues por ejemplo no quedó probado en el plenario que la actora tuviera el conocimiento de cuáles son los requisitos necesarios para pensionarse en el RAIS o en el RPM, ni mucho menos

tiene conocimiento sobre las diferentes modalidades de pensión existentes en el régimen de ahorro individual con solidaridad, **además de no existir prueba que demuestre que a ella se le hizo la reasesoría antes de cumplir los 47 años, con el fin de que se le pusiera de presente su situación pensional y se le aconsejara a cuál de los dos regímenes pensionales le convenía estar afiliada**; omisiones éstas que, como se advirtió anteriormente, demuestran que en este caso no se produjeron esos actos de relacionamiento, por cuanto la asimetría de la información que se produjo el 1° de agosto de 2004 no desapareció mientras la accionante estuvo vinculada al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Así las cosas, conforme con lo sentado por la Corte Suprema de Justicia, no queda otro camino que revocar los ordinales segundo, tercero y cuarto de la sentencia emitida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito, para en su lugar acceder a las pretensiones subsidiarias de la demanda, declarando la ineficacia del acto jurídico que significó el traslado de la afiliada del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 1° de agosto de 2004, por lo que todos los actos posteriores ejecutados dentro del RAIS carecen de validez; quedando válida y vigente la afiliación primigenia efectuada por la accionante al RPM, actualmente administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones.

Al no tener ningún efecto jurídico el traslado efectuado por la señora María Elena Mejía Villegas al régimen de ahorro individual con solidaridad, se condenará a la AFP Porvenir S.A., a que restituya a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones la totalidad del capital existente en la cuenta de ahorro individual correspondientes a las sumas provenientes de las cotizaciones o aportes efectuados al sistema general de pensiones junto con sus intereses y rendimientos financieros, tal y como lo ha sentado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las providencias relacionadas a lo largo de la presente providencia.

Además de restituir los emolumentos relacionados líneas atrás, necesario resulta traer a colación la sentencia SL3034 de 7 de julio de 2021 en la que la Corte Suprema de Justicia reiteró que otra de las consecuencias prácticas que trae la declaración de ineficacia, es la de restituir, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los gastos o cuotas de administración descontados por los fondos privados de pensiones durante la permanencia de los afiliados en esas entidades, motivo por el que se fulminará sentencia en contra del fondo privado de pensiones Porvenir S.A. 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 se condenará al fondo privado de pensiones Porvenir S.A. a cancelar a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores descontados durante la permanencia de la afiliada en esa entidad y que estuvieron dirigidos a pagar las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como aquellos que fueron destinados a financiar la garantía de pensión mínima; sin que con esa decisión se esté afectando los intereses de terceros que no asistieron al proceso (aseguradoras y reaseguradoras), pues precisamente la orden dirigida en ese sentido lo que lleva es a que los fondos privados de pensiones respondan con su patrimonio por las deficiencias en que incurrieron al momento de efectuar la afiliación al RAIS.

Al haber operado un traslado desde el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 1° de agosto de 2004 y al haber cotizado la accionante más de 150 semanas al RPM antes de que se produjera el traslado al RAIS, más concretamente 490,14 semanas de cotización, como se constata con la información inmersa en la historia laboral emitida por Colpensiones - págs.191 a 197 archivo 023 carpeta primera instancia-, se generó en ese momento un bono pensional tipo A en favor de la señora María Elena Mejía Villegas al cumplirse con los requisitos previstos en el artículo 115 de la ley 100 de 1993.

Ahora bien, a pesar de que no existe prueba que demuestre el estado actual de ese instrumento de deuda pública, lo cierto es que el mismo se redimiría normalmente el 30 de diciembre de 2028, fecha en que la accionante cumple los 60 años, al haber nacido en la misma calenda del año 1968 como se ve en su registro civil de nacimiento -archivo 019 carpeta primera instancia-.

Así las cosas, como la declaratoria de ineficacia trae como consecuencia que las cosas se reestablezcan al estado en el que se encontraban el 1° de agosto de 2004, se ordenará 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 1° de agosto de 2004, procediendo, entre otras cosas y de ser el caso, a anular o dejar sin vigencia el bono pensional que se generó en favor de la señora Mejía Villegas y que tenía como fecha de redención normal el 30 de diciembre de 2028, aplicando con ello lo previsto en el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995 modificado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 hoy recopilado en el Decreto 1833 de 2016.

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

En cuanto a las costas procesales en ambas instancias, teniendo en cuenta que las entidades accionadas se opusieron a la prosperidad de las pretensiones subsidiarias elevadas por la demandante y al haber sido vencidas en el proceso, conforme con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 365 del CGP se fulminará condena por este concepto en contra de ellas en un 50% y por partes iguales, a favor de la parte actora.

De esta manera queda resuelto el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la señora María Elena Mejía Villegas.

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

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR los ordinales SEGUNDO, TERCERO y CUARTO de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito el 19 de septiembre de 2022, para en su lugar acceder a las pretensiones subsidiarias de la demanda.

SEGUNDO. DECLARAR la ineficacia de la afiliación efectuada por la señora MARÍA ELENA MEJÍA VILLEGAS al régimen de ahorro individual con solidaridad el 1° de agosto de 2004 a través del fondo privado de pensiones PORVENIR S.A., quedando válida y vigente la afiliación primigenia efectuada por la accionante al régimen de prima media con prestación definida, ejecutada en ese entonces ante el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES.

TERCERO. CONDENAR al fondo privado de pensiones PORVENIR S.A. a girar a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la señora MARÍA ELENA MEJÍA VILLEGAS,

proveniente de las cotizaciones efectuadas al sistema general de pensiones junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado.

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

QUINTO. COMUNICAR a la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO la decisión adoptada en este proceso, 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 1° de agosto de 2004, procediendo, entre otras cosas y de ser el caso, a anular o dejar sin vigencia el bono pensional que se generó en favor de la demandante y que tenía como fecha de redención normal el 30 de diciembre de 2028.

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

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

Quienes integran la Sala,

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
Magistrado Ponente
Aclara Voto

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN
Magistrada

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO
Magistrado

Sin constancias ni firmas secretariales conforme artículo 9 del Decreto 806 de 2020

Firmado Por:

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

Ana Lucia Caicedo Calderon
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 1 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

German Dario Goez Vinasco

Magistrado
Sala 003 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

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

Código de verificación: **5489de0149aa8eaeff20e2bd624af045b983a226f18d9c7dd5070500c2c26182**

Documento generado en 23/01/2023 10:54:14 AM

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