***ORALIDAD***

**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia, 1º de febrero de 2018

**Radicación No**:66001-31-05-004-2016-00025-01

**Proceso**: Ordinario Laboral

**Demandante**: Jairo Amaya Serna

**Demandado:** Colpensiones y Porvenir S.A.

**Juzgado de origen**: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira.

**Magistrado Ponente:** Francisco Javier Tamayo Tabares.

**Tema a tratar: De la ineficacia del traslado de régimen por incumplimiento al deber de información.** a la fecha, la posición que ha estilado la Sala en relación con los deberes y obligaciones que deben cumplir las administradoras de fondos de pensiones en aquellos casos de traslado entre regímenes pensionales, so pena de ser declarado ineficaz, ha sido pregonada únicamente respecto de las entidades administradoras a las cuales se ha realizado el traslado, y no respecto de la entidad del régimen anterior a la que pertenecía el afiliado. Ello, por cuanto antes de la vigencia del Decreto 2071 de 2015, que implementó el tema de la doble asesoría por parte de las administradoras de ambos regímenes (de la actual y de la entidad a la cual se desea trasladar), la entidad administradora de pensiones que formalizaba el traslado y recibía al afiliado era la única obligada a brindar una información suficiente, clara, veraz y completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado de régimen pensional.

(…)

(i) No se tiene prueba de la presunta comunicación que le hizo el Instituto de Seguros Sociales al demandante, prohibiéndole su permanencia en el régimen de prima media con prestación definida, por ser socio, sin subordinación laboral, de la sociedad Jairo Amaya S & Cia Ltda. Por ende, no podría darse por acreditada la falta al deber de información, la cual como es sabido, se configura no sólo con lo que se produce o se afirma sino también con el silencio que se guarda respecto de todo lo que resulta relevante para la toma de la decisión del traslado. Lo anterior, por cuanto conforme a las reglas de la carga de la prueba, es deber probatorio a cargo del demandante acreditar los hechos en que se fundamentan sus pretensiones.

(ii) El supuesto concepto del Instituto de Seguros Sociales no resultaría desacertado, puesto que siendo el demandante socio de la sociedad Jairo Amaya S & Cia Ltda, y sin que acredite que además de ese vínculo poseía otro, y como dependiente del ente, la verdad es que a tono con el artículo 98 del Código del Comercio, la sociedad una vez constituida legalmente, es una persona jurídica distinta del socio individualmente considerado; por lo que se estaría frente a dos sujetos de derecho diferentes, esto es, sin relación de dependencia alguna.

(iii) Es más, tampoco sería esa la razón de la presunta migración, por cuanto de lo que pudiera haberse presentado no era una migración entre fondos, sino de un régimen contributivo a otro independiente, que no necesariamente implicaba el cambio de administradora de pensiones.

Puestas así las cosas, la Sala concluye que el traslado del señor Amaya Serna del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad es eficaz y genera las consecuencias descritas en el Literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, hoy primero (01) de febrero de dos mil dieciocho (2018), siendo las once y quince de la mañana, reunidos en la Sala de Audiencia las magistradas y el suscrito magistrado de la Sala Laboral No. 3 del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación presentado por el vocero judicial del demandante contra la sentencia proferida el 22 de noviembre de 2016 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***Jairo Amaya Serna*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones*** y ***Porvenir S.A.***

1. **INTRODUCCIÓN**

Pretende el demandante que la justicia ordinaria laboral declare: (i) la nulidad de su afiliación al RAIS, (ii) que su afiliación al régimen de prima media con prestación definida es válida, vigente y sin solución de continuidad; (iii) que nunca perdió los beneficios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, (iv) que la sociedad Ayco Ltda, está autorizada para cancelar los ciclos comprendidos entre el 2 de septiembre de 1986 al 1º de abril de 1994, sin lugar a intereses de mora; y (v) que tiene derecho a la pensión de vejez conforme a las previsiones del Acuerdo 049 de 1990. Con base en ello, aspira que se condene a la AFP Porvenir S.A. a trasladar con destino a Colpensiones, los aportes efectuados en el RAIS, con los respectivos rendimientos y frutos, sin descuento alguno por cuota de administración.

 Así mismo, se condene a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez, los intereses de mora del canon 141 de la Ley 100/93, y lo demás que resulte probado por virtud de las facultades ultra y extra petita y las costas. Subsidiariamente, pide se declare la inexistencia o ineficacia del contrato de afiliación al RAIS.

 Fundamenta sus aspiraciones, en que nació el 3 de diciembre de 1954; que se afilió al ISS el 8 de marzo de 1968; que en el año 1995 el ISS le comunicó que no podía seguir cotizando al sistema y debía retirarse por ser socio propietario sin subordinación laboral de la sociedad Jairo Amaya S & CIA Ltda., hoy AYCO LIMITADA, motivo este que lo obligó a suscribir el 7 de julio de 1995 formulario de afiliación con el Fondo de Pensiones y Cesantías Colpatria Hoy Porvenir S.A., y a presentar la novedad de retiro en el mes siguiente. Indica que para el momento del traslado contaba con 41 años de edad y 657 semanas cotizadas; que éste se dio por el error en que lo hizo incurrir el ISS al impedirle seguir cotizando, y que dicha circunstancia le causó un enorme perjuicio, pues nunca fue informado acerca de la pérdida del régimen de transición.

Refiere que presentó varios derechos de petición ante las demandadas, solicitando autorización para retornar al régimen de prima media, sin embargo, fueron resueltos de manera negativa; que tiene cotizadas 1.170 semanas al 25 de julio de 2005; y que de no ser por la mala asesoría que recibió del ISS estaría disfrutando de la pensión con una mesada de $6`691.145.

Colpensiones contestó la demanda, aceptando lo relativo a la edad del actor, su traslado de régimen, las solicitudes pensionales que presentó y su respuesta desfavorable. Se opuso a las pretensiones y en su defensa, propuso como excepciones de fondo las de “Inexistencia de la obligación” y “Prescripción”.

Porvenir S.A., a su turno, al dar respuesta al libelo introductorio, aceptó lo atinente al traslado de régimen del actor, el número de semanas que tenía cotizadas a ese momento, y las solicitudes de retorno al RPM que presentó. Respecto a los demás hechos expresó que no eran ciertos o no le constaban. Se opuso a las pretensiones y excepcionó “Validez de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios del consentimiento”, “Inexistencia de la obligación”, “Caducidad de la acción”, “Prescripción”, y “Buena fe”.

 ***II.******SENTENCIA DEL JUZGADO***

La a-quo mediante fallo del 22 de noviembre de 2016, negó las pretensiones de la demanda y condenó al actor al pago de las costas procesales a favor de las entidades accionadas. Para arribar a tal determinación, la a-quo estimó con base en las pruebas allegadas a la actuación, que la afiliación del señor Amaya Serna al RAIS era válida, por cuanto para el momento de su consolidación el afiliado no tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez, puesto que no reunía ninguno de los requisitos para ser considerado beneficiario del régimen de transición.

 Consideró además, que el ISS no realizó ninguna conducta encaminada a engañar al demandante, pues fue a partir de la expedición del Acuerdo 049 de 1990, que se implementó la afiliación facultativa al sistema pensional para trabajadores independientes, siendo ampliada posteriormente por la Ley 100/93. Precisó que la novedad de retiro que presentó el accionante en acatamiento a una decisión que probablemente provino de la entidad de seguridad social, no es contraria a la normatividad vigente, y que por ende, no existió la inducción a error.

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, en orden a que se revoque la decisión y se acceda a las pretensiones de la demanda. En la sustentación, indicó que las administradoras de fondo de pensiones están obligadas a demostrar que brindaron la información suficiente al afiliado para la toma de una decisión libre y espontánea, lo cual no se probó en el presente asunto, razón por la que la afiliación del actor al RAIS es inexistente, pues no se le informó acerca de la pérdida del régimen de transición o de las cotizaciones superiores que debía realizar para alcanzar la pensión con el número de semanas exigidas en el régimen de prima media.

Adujo que la acción de nulidad en estos casos es imprescriptible. Que el ISS lo indujo a error al no permitirle que con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100/93, hiciera una nueva afiliación al RPM, argumentando la existencia del formulario de retiro por ser socio propietario de una compañía. Por último, trajo a colación el Decreto 656 de 1994 y la Ley 1328 de 2009, para hacer referencia a la obligación que tienen las administradoras de pensiones de informar a sus afiliados acerca de las implicaciones del traslado de régimen pensional.

***Del problema jurídico.***

Visto el recuento anterior, la Sala formula el problema jurídico en los siguientes términos:

*¿Quedó acreditado en los términos del artículo 271 de la Ley 100/93, la ineficacia del traslado de régimen que realizó el actor, del de prima media al de ahorro individual con solidaridad?*

*¿El demandante es beneficiario del régimen de transición estatuido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993?*

*¿Hay lugar al reconocimiento de la prestación pensional que reclama?*

***Alegatos en esta instancia***:

En este estado de la diligencia, alegan los voceros judicial, si asistieron y si es la voluntad de ellos hacerlo. Escuchadas las anteriores intervenciones que en síntesis se refirieron a los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir de fondo, previa las siguientes:

**III. CONSIDERACIONES:**

***3.1. Desenvolvimiento de la problemática planteada***

Para los fines del recurso, interesa resaltar los supuestos fácticos indiscutidos en el proceso. Ellos son: que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, pues su natalicio se dio el 3 de diciembre de 1954, por lo que al 1º de abril de 1994 tenía 39 años de edad, amén de que tampoco cuenta con 15 años de servicios o más cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100/93, que le permitan retornar al régimen de prima media en cualquier tiempo[[1]](#footnote-1), pues a esa calenda reporta un total de 657.86 semanas cotizadas, ver folios 31 y 43.

Además, que el retiro del sistema por parte de la Sociedad Jairo Amaya S & Cia Ltda., se dio en el mes de agosto de 1986. Por último, que la migración del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad operó el 7 de julio de 1995, ver folios 45 y 46.

Para empezar, el demandante expone como razones de su disenso, que el antiguo Instituto de Seguros Sociales incumplió su deber de informar de manera veraz y completa las consecuencias y efectos del cambio de régimen, en tanto que, fue dicha entidad quien le impidió permanecer en el régimen de prima media con prestación definida, dada su calidad de socio, sin subordinación laboral, de la sociedad Jairo Amaya S & Cia Ltda., situación que a la postre lo hizo incurrir en error y lo obligó a migrar al otro régimen pensional.

Como puede verse, la controversia en este asunto sólo gira en torno al accionar de la entidad administradora a la cual pertenecía el demandante antes de efectuar el traslado de régimen pensional, esto es, del ISS, sin que ningún reproche se le enrostre al fondo privado Colpatria S.A. hoy Porvenir S.A., para la declaratoria de ineficacia del traslado.

Al respecto, debe precisarse que a la fecha, la posición que ha estilado la Sala en relación con los deberes y obligaciones que deben cumplir las administradoras de fondos de pensiones en aquellos casos de traslado entre regímenes pensionales, so pena de ser declarado ineficaz, ha sido pregonada únicamente respecto de las entidades administradoras a las cuales se hace efectivo el traslado, y no respecto de la entidad del régimen anterior a la que pertenecía el afiliado, y si bien de la lectura tanto del literal b) del artículo 13 como del artículo 271 de la Ley 100/93, se desprende que ambas administradoras (RPM y RAIS) pueden incurrir en la falta de información, o que ésta no fue veraz y oportuna, este aspecto quedó plasmado diáfanamente en el Decreto 2071 de 2015 sobre la doble asesoría por parte de las administradoras de ambos regímenes (de la actual y de la entidad a la cual se desea trasladar el afiliado).

Por ello, aun cuando lo dicho es suficiente para dar al traste con la apelación, de ampliarse que el deber de información también recae en la entidad a la cual se está afiliado antes de ejecutarse el traslado, y que por ende, en este caso, el ISS estaba en la obligación de suministrar al afiliado toda la información relevante para la toma de una decisión libre y voluntaria, encontraría la Sala que la a-quo acertó al negar las pretensiones de la demanda por lo siguiente:

1. No se tiene prueba de la presunta comunicación que le hizo el Instituto de Seguros Sociales al demandante, prohibiéndole su permanencia en el régimen de prima media con prestación definida, por ser socio, sin subordinación laboral, de la sociedad Jairo Amaya S & Cia Ltda. Por ende, no podría darse por acreditada la falta al deber de información, la cual como es sabido, se configura no sólo con lo que se produce o se afirma sino también con el silencio que se guarda respecto de todo lo que resulta relevante para la toma de la decisión del traslado. Lo anterior, por cuanto conforme a las reglas de la carga de la prueba, es deber probatorio a cargo del demandante acreditar los hechos en que se fundamentan sus pretensiones.
2. El supuesto concepto del Instituto de Seguros Sociales no resultaría desacertado, puesto que siendo el demandante socio de la sociedad Jairo Amaya S & Cia Ltda, y sin que acredite que además de ese vínculo poseía otro, y como dependiente del ente, la verdad es que a tono con el artículo 98 del Código del Comercio, la sociedad una vez constituida legalmente, es una persona jurídica distinta del socio individualmente considerado; por lo que se estaría frente a dos sujetos de derecho diferentes, esto es, sin relación de dependencia alguna.
3. Es más, tampoco sería esa la razón de la presunta migración, por cuanto de lo que pudiera haberse presentado no era una migración entre fondos, sino de un régimen contributivo a otro independiente, que no necesariamente implicaba el cambio de administradora de pensiones.

Puestas así las cosas, la Sala concluye que el traslado del señor Amaya Serna del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad es eficaz y genera las consecuencias descritas en el Literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

Por consiguiente, habrá que confirmar la sentencia objeto de apelación.

Costas en esta instancia a cargo del recurrente.

En mérito de lo expuesto, el *H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Laboral,* administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

*FALLA*

1. *Confirma* la sentencia proferida el 22 de noviembre de 2016 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.
2. Costas en esta instancia a cargo del demandante.

*NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.*

La anterior decisión queda notificada en estrados.

FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES

Magistrado Ponente

ANA LUCIA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

 Magistrada Magistrada

1. Corte Constitucional, sentencias SU 130 de 2013, C-789 y 1020 del 2002 y 2004 [↑](#footnote-ref-1)