El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia, 31 de octubre de 2018

Radicación No: 66001-31-05-004-2017-00049-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Esperanza Cárdenas Pachón

Demandado: Colpensiones y Porvenir S.A.

Juzgado de origen: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira.

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**Temas: TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL / INEFICACIA / DEBER DE INFORMACIÓN / REQUISITOS / CARGA PROBATORIA INCUMBE AL FONDO DE PENSIONES.**

De tal suerte, que en los términos del artículo 897 del código de comercio, cuando la disposición expresa que un acto no produce efectos se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial, y bajo esta nueva perspectiva es que el deber a cargo de las administradoras de pensiones de informar a sus eventuales afiliados, acerca de las implicaciones del traslado entre regímenes pensionales, se enmarca dentro de las precisas disposiciones legales y las pautas que la jurisprudencia ha trazado, por lo que la transgresión a este especifico deber no se enlaza con las precisas conductas reguladas en el régimen de nulidades.

Lo acabado de referir toca, también, con la definición de a quién pesa la carga de demostrar tal deber de información, que como se verá corresponde en todos los casos a la administradora de pensiones. (…)

En efecto, el órgano de cierre de la especialidad laboral ha sido enfático desde su pronunciamiento del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, en sostener que las administradoras de pensiones están obligadas, entre otras cosas: “obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares”. (Sublíneas fuera del texto)

Y concretamente en relación con el deber de información a sus posibles afiliados acerca del contenido e impacto de tal afiliación, decantó lo siguiente:

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional…

Además, expuso que: “En estas condiciones el engaño, no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada” (…)

De lo anterior, se concluye, entonces, que a la actora no se le brindó la información suficiente respecto a lo que más le convenía, a fin de que tomara una decisión razonada; que no se le proporcionó una adecuada orientación de lo más benéfico a su situación pensional, ilustrándola en forma suficiente y dando a conocer las diferentes alternativas y documentándola sobre los efectos que acarreaba el cambio de régimen, todo lo anterior en ejercicio del deber de información y, de buen consejo que le asiste a las entidades administradoras.

**SALVAMENTO DE VOTO: DOCTOR JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Conforme con lo expuesto, más allá de afirmarse en la demanda que la accionante no recibió la información suficiente que le advirtiera sobre las implicaciones que traía trasladarse del RPM al RAIS, la verdad es que no quedó demostrado que a la accionante se le haya brindado información contraria a lo dispuesto en los artículos 59 y siguientes de la Ley 100 de 1993 que pudiera llevar a concluir que lo manifestado por la AFP Porvenir S.A. no obedecía a lo establecido en la Ley; siendo del caso señalar, que la accionante confiesa que en su momento se le brindó asesoría en la que se le explicaron cuáles eran las características de la Ley 100 de 1993 en pensiones, a pesar de que su memoria no le permite recordar en detalle en qué consistían, recordando únicamente que una de esas características consistía en pensionarse anticipadamente, y que verdaderamente para ese momento no hubo ningún engaño o un perjuicio causado por la AFP demandada. (…)

Así las cosas, al no quedar acreditado que el traslado efectuado por la actora ocurrió por un engaño en el que la hizo incurrir la AFP y que ella no hizo uso oportuno de la facultad de trasladarse, adecuada resultaba la decisión adoptada por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito al determinar que el traslado era eficaz y en consecuencia dicha decisión debió confirmarse en esta sede.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrado Ponente: **FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

***OBJETO.***

En Pereira, a los treinta y uno (31) días del mes de octubre de dos mil dieciocho (2018), siendo las (2:40 p.m.), reunidos en la Sala de Audiencia la magistrada y los magistrados de la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación interpuesto por el vocero judicial de la parte actora contra la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2017 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **Esperanza Cárdenas Pachón** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** y **Porvenir S.A.**

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

1. **INTRODUCCIÓN**

Pretende la demandante que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado en el año 1997 a través de Porvenir S.A., y en consecuencia, que la afiliación al régimen de prima media está vigente y es válida, que se condene al fondo privado a girar a favor de Colpensiones el monto que se encuentre en la cuenta de ahorro individual, y a pagar las costas del proceso a su favor.

Como fundamento a esos pedimentos expone que nació el 22 de octubre de 1960, que se afilió al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS (hoy Colpensiones) el 22 de septiembre de 1986; que el 8 de septiembre de 1997 se trasladó al RAIS cuando decidió afiliarse a la AFP Porvenir S.A., no obstante, en ese momento no recibió el soporte informativo necesario para conocer los riesgos que le implicaba el traslado, ni tampoco se proyectó el monto de la pensión que iba a percibir en cada uno de los dos regímenes; que el 30 de septiembre de 2016 solicitó toda la información en la que constaran los pormenores de la afiliación a la AFP demandada, sin embargo, esa entidad después de remitir copia del formulario de afiliación, indicó que no hay soporte físico de la información brindada, por haberse efectuado en forma verbal; que el mismo 30 de septiembre, hizo solicitud a Colpensiones para el traslado de régimen, empero, le fue rechazada por encontrarse a menos de 10 años para acceder a la pensión; que según proyección hecha por Porvenir S.A. el 4 de mayo de 2017, el monto de la pensión que le sería reconocida en ese momento ascendería a la suma de $914.200, mientras que en el RPM obtendría una mesada de $2.641.824.

En su oportuna contestación, Colpensiones y Porvenir S.A se opusieron a las pretensiones y formularon en su defensa distintos medios exceptivos de fondo, entre ellos “Saneamiento de una presunta nulidad”, “Validez de la afiliación al RAIS”, “Compensación”, “Prescripción”, “Buena fe”, Compensación”, entre otras, fls.35 y 58.

La jueza del conocimiento, en sentencia del 30 de noviembre de 2017 negó las pretensiones de la demanda. En la motiva, concluyó básicamente que el traslado de régimen pensional realizado por la demandante al RAIS, quien no gozaba del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es válido en los términos de los artículos 13 literal b) y 271 de esa misma normatividad, puesto que con sus propios dichos demostró que la AFP demandada cumplió con su deber de información, la cual no fue mentirosa ni engañosa.

Inconforme con la anterior determinación, se alzó el vocero judicial de la parte actora, en orden a que se revoque y se acceda a las pretensiones. En la sustentación, indicó que al haberse efectuado una negación indefinida en la demanda, como es aquella consiste en que no se brindó información suficiente para tomar una decisión informada, la carga de la prueba se invierte, correspondiéndole a la AFP Porvenir demostrar que efectivamente cumplió con el deber de información sobre las particularidades del régimen pensional que estaba eligiendo la afiliada y las diferencias que había con el de prima media con prestación definida, teniendo también el deber de proyectar las mesadas pensionales en cada uno de ellos.

Nota: Por lo reglado en el inciso final del artículo 280 del Código General del Proceso, de aplicación por la integración normativa autorizada por el artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social, no es necesario que la Sala se extienda en mayores prolegómenos de este litigio, más cuando son ampliamente conocidos por las partes.

***Del problema jurídico.***

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

*¿Hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la actora el 8 de septiembre de 1997 del ISS a Porvenir S.A.? En caso positivo*

***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:**

* 1. ***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

Para resolver la instancia, a propósito del recurso interpuesto, de entrada, es menester analizar las normas que posibilitan la efectividad de lo pretendido por la parte actora, que no es otra cosa que su retorno al régimen de prima media, administrado actualmente por la administradora Colombia de pensiones – Colpensiones, régimen del cual había emigrado en el año 1997, para ingresar al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Sobre este tópico, la jurisprudencia patria había enfocado en un comienzo el asunto dentro del régimen de nulidades previsto en el código civil, esto es, en su título segundo del libro cuarto, referente a los actos y declaraciones de la voluntad, amén de su título XX, relativo a la nulidad y la recisión. Sin embargo, la posición jurisprudencial varió dicha perspectiva, tomando en cuenta las previsiones del artículo 13 lit. b) de la Ley 100 de 1993, que a la letra reza:

“*b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la presente ley*”.

A su turno, la disposición a la que se remite la norma anterior, reza:

“*ARTICULO. 271.-Sanciones para el empleador. El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. (…) La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador*.”

De tal suerte, que en los términos del artículo 897 del código de comercio, cuando la disposición expresa que un acto no produce efectos se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial, y bajo esta nueva perspectiva es que el deber a cargo de las administradoras de pensiones de informar a sus eventuales afiliados, acerca de las implicaciones del traslado entre regímenes pensionales, se enmarca dentro de las precisas disposiciones legales y las pautas que la jurisprudencia ha trazado, por lo que la transgresión a este especifico deber no se enlaza con las precisas conductas reguladas en el régimen de nulidades.

Lo acabado de referir toca, también, con la definición de a quién pesa la carga de demostrar tal deber de información, que como se verá corresponde en todos los casos a la administradora de pensiones.

En efecto, el órgano de cierre de la especialidad laboral ha sido enfático desde su pronunciamiento del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, en sostener que las administradoras de pensiones están obligadas, entre otras cosas: “*obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares”. (Sublíneas fuera del texto)*

Y concretamente en relación con el deber de información a sus posibles afiliados acerca del contenido e impacto de tal afiliación, decantó lo siguiente:

“*La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

*“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad*”.

Además, expuso que:

*“En estas condiciones el engaño, no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada”*.

Agrega la ameritada providencia:

“*No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.*

De tal suerte, que no hay lugar a trasladarle tal carga probatoria al afiliado (a), pues en contraste, ese traslado de la prueba opera en contra de la Administradora de Pensiones, tal cual lo definió el órgano de cierre de la especialidad laboral, en tanto que se itera, ese deber “*se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares*”, toda vez que no cualquiera puede apuntar a ese fin, en la medida en que ésta debe ser relevante, o sea que abarque todos los perfiles y elementos indicativos de una buena elección, máxime si se tiene en cuentas las previsiones de los artículo 1603 y 1604 del C. Civil, según el cual *“prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”.*

Es más en providencia más reciente, SL17595, del 18 de octubre de 2017, recaba el órgano de cierre de la especialidad laboral, que tal deber informado debe abarcar una ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado (a). Rechaza por lo tanto, la simple expresión genérica alusiva a la obligación de informar, por cuanto, la administradora debe poner de manifiesto que documentó clara y suficientemente acerca de los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.

Idéntica perspectiva se ofrece en la sentencia SL12136 de 2014, radicación 46.292, la que en su parte pertinente reza:

“*es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.*

*A juicio de esta Sala no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las administradoras de fondos de pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.*

…*será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales*”.

Deber de asesoría y de debida información que ha existido desde la creación de tales administradoras del Sistema General de Pensiones, acorde con los artículos 13 y 271 de la Ley 100/93, amén de los artículos 97 y 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y que se refuerza con la regla establecida en el artículo 1604 C.C.

Más aun cuando el susodicho cambio implica la pérdida del régimen de transición, resulta más evidente la falencia en cuanto a la información brindada al afiliado. Y en cuanto a otros motivos que pudieran argüirse, en orden a reversar el cambio entre régimen pensionales, es oportuno destacar que si bien con antelación a este traslado, aún no habían entrado en vigencia las leyes: 795 de 2003, 1328 de 2009 y 1748 de 2014, y sus desarrollos legislativos a través de los decretos: 2241 y 2555 de 2010, amén del 2071 de 2015, suficiente resultaba el compendio normativo existente al momento de aquel.

Esto por cuanto, también, el deber de información no se agota exclusivamente al momento de la afiliación, sino que este permea *“todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional*”.

En suma, el deber de asesoría, implica que la información sea **cierta, suficiente y oportuna** respecto a cada uno de los regímenes pensionales, con una adecuada explicación de las ventajas y desventajas en cada uno de ellos, sin que ello pueda limitarse a la suscripción del formulario de afiliación. Sólo el cumplimiento de estos tres requisitos, garantizará –entonces– que el afiliado pueda decidir de manera clara y transparente cuál régimen pensional se ajusta a sus condiciones propias y a sus expectativas, eligiendo razonadamente el que le otorgue mejores o mayores beneficios.

La información es cierta cuando refleja que no existen dudas sobre aspectos legales de obligatorio conocimiento, es decir, es verdadera y sustentada en la realidad objetiva, sin que sea sesgada pretenciosa o arbitraria. Es suficiente, cuando logra concretar en el afiliado el conocimiento más amplio sobre las características del sistema, los productos y condiciones de cada sistema pensional, ubicándolo en su realidad y en sus expectativas, conociendo las ventajas y desventajas de uno y otro régimen, y es oportuna, cuando es transmitida en los momentos que debe ser, a fin de buscar una libertad contractual transparente, con decisiones a tiempo y con la mayor garantía en cuanto a los beneficios que pueda recibir.

En el sub-lite, no es objeto de discusión que la demandante nació el 22 de octubre de 1960 –ver fl.9–, por lo que a la entrada en vigencia del nuevo sistema general de pensiones contaba con 33 años de edad. Así mismo, que el 8 de septiembre de 1997 suscribió formulario de afiliación a la AFP Porvenir, trasladándose de esta manera al régimen de ahorro individual.

En ese orden, le correspondía a la administradora de pensiones Porvenir S.A, a cuyo cargo estaba el deber de suministrar la información suficiente y completa a la afiliada, acerca de la implicaciones del cambio de régimen pensional, demostrar la prueba de la diligencia y cuidado, so pena de calificarse de ineficaz dicho tránsito, sin embargo, ningún elemento de prueba enlistó con tal propósito, puesto que se limitó a aportar pruebas documentales que únicamente dan cuenta de la afiliación de la actora a esa entidad y de las cotizaciones que efectuó, según se constata con los documentos obrantes a folios 105 a 191, sin que ello sea prueba suficiente, “*que su traslado al régimen de ahorro individual …se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.*

Respecto al interrogatorio de parte de la demandante, refirió entre otras cosas, que la asesora comercial de Porvenir brindó una información generalizada alrededor de treinta personas, sin darle a ella en forma personal especificaciones puntuales en cuanto al monto de la pensión u otras condiciones con las que se podía jubilar; que lo que la motivó a realizar el traslado fue el hecho de que se pudiese pensionar en forma anticipada y recibir otros beneficios; que se percató del verdadero perjuicio que ocasionó el traslado, cuando en el año 2012 o 2013, se acercó a las instalaciones del fondo privado y se dio cuenta a través de una proyección que le hizo un asesor, que su mesada sería de aproximadamente de $900.000 y que pese a que trató de retornar al régimen de prima media, no fue posible porque le faltaban menos de diez años para arribar a la edad mínima de pensión.

Esa fragmentaria información, lo que demuestra es el reforzamiento de la falta del deber que se le enrostra a la demandada privada , en la medida en que, no documentó su deber, individualizando los medios que utilizó para ello, puesto que se itera, no basta la simple expresión genérica, dado que la administradora debe poner de manifiesto de manera clara y suficiente, la información acerca de los efectos que le acarreaba al afiliado (a) el cambio de régimen, y suficientemente, al afiliado, acerca de los efectos que acarreaba el cambio de régimen, so pena de que pueda declararse ineficaz ese tránsito.

No se trata de rendirle culto a las formas, o escritos, como si la única prueba admisible fuera la escrita, erigiendo una solemnidad que la ley no prevé, sin embargo, la manera de desenvolverse tales entidades en el tráfico normal de sus actividades, es dejando huella de cada uno de los deberes a su cargo, detallando y documentando cada paso que realiza, de tal suerte, que no se zafa de esa carga, trayendo al proceso la manera como cada cliente financiero percibió la función o rol que cumplió la entidad financiera, sino por el contrario, entregando al juez la probanza que revele fehacientemente, el contenido del deber informado que le incumbe, y si se trataron de reuniones, el levantamiento de actas en las que se refleje, el nombre de los instructores y asistentes, los temas tratados o desarrollados, las consultas absueltas, los niveles de satisfacción de tales respuestas a las consultas, etc.; pasos que se erigen como un hilo conductor, que le lleve al juez el convencimiento de que al usuario se le dispensó la información adecuada y precisa, en aras de hacer la mejor elección.

De otra parte, cabe agregar que las entidades demandadas en cumplimiento al decreto oficioso de pruebas que realizó esta Colegiatura en auto del 9 de agosto último, allegaron la proyección actualizada de la mesada pensional de la señora Cárdenas Pachón en uno u otro régimen pensional, de donde se infiere que de permanecer en el RAIS, la actora, a la fecha, recibiría una mesada de $ 989.997, al paso que en el RPM sería de más del doble, concretamente de $2`228.383, ver folios 41 y 46 Cdno 2º Inst.

Lo dicho confirma los juiciosos estudios, que sobre el tema han elaborados expertos en la materia, que ponen de manifiesto la ausencia de tal deber informado, obligación que, como se dijo, no se agota en un solo momento, la afiliación, sino que permea, todas sus etapas hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

En efecto, uno de tales expertos se duele que el titular de la cuenta en el fondo de pensiones privado, no pudiera, si así lo desea, elegir las estrategias de inversión que son estándar a nivel internacional, y al efecto, apuntó en una columna de prensa lo siguiente:

*“Hice el ejercicio y comparé la estrategia “moderada” de los fondos colombianos con una estrategia de riesgo moderado que suelen recomendar los analistas financieros: 60% en el índice S&P500 y 40% en bonos del tesoro de los Estados Unidos. No es el portafolio más representativo posible del mercado mundial, pero se acerca bastante, y sobre todo se acerca más de lo que lo hacen los fondos de pensiones colombianos.*

*El resultado es que el retorno promedio en pesos de los fondos privados de pensiones entre 1994 (año en que entraron en funcionamiento) y 2017 fue de un 11,80% anual. Por otro lado, la estrategia alternativa dio (también en pesos) un retorno del 12,76% anual. O sea, si uno contribuyó 10 millones a principios de 1994 a un fondo colombiano, a finales de 2017 tenía 145 millones, mientras que con la estrategia alternativa la inversión inicial se habría convertido en 178 millones. Más aún, si uno hubiera podido seguir una estrategia de mayor riesgo pero de todas formas razonable (es decir, invertir el 100% en el S&P500), hoy tendría 337 millones”* (Luis Carlos Reyes Ph. D., profesor universitario de Economía, en su publicación en el diario El Espectador, el 10 de mayo de 2018)

Sin que las diferencias advertidas en uno u otro régimen pensional, se deba a los bajones en el mercado de valores, por cuanto, como lo refiere otro de los especialistas:

*“Con la misma velocidad con que cayeron las cotizaciones cambiarias temporalmente, en los meses posteriores se han recuperado hacia sus valores más fundamentales. De esta manera, la tendencia debería ser hacia retornos reales positivos del orden del 4 al 6 % anual en las pensiones obligatorias (donde cabe aclarar que se trata de valores netos de la inflación y de los pagos que se hacen a las AFP y a las aseguradoras, siendo estos pagos iguales a los que se hacen en el régimen público de Colpensiones).  Más aún, durante el periodo de vigencia del ahorro privado pensional en Colombia (1995-2018), el retorno real histórico ha sido un satisfactorio 8 % anual, lo cual ha permitido ofrecer una tasa de reemplazo ( TR = pensión / contribución) con valores del 50 %-60 % (similares a las observadas en países de la Ocde) y sin generar ningún tipo de faltantes fiscales”. (Sergio Clavijo, Director de Anif, 27 de mayo de 2018 publicación del diario El Espectador).*

De lo anterior, se concluye, entonces, que a la actora no se le brindó la información suficiente respecto a lo que más le convenía, a fin de que tomara una decisión razonada; que no se le proporcionó una adecuada orientación de lo más benéfico a su situación pensional, ilustrándola en forma suficiente y dando a conocer las diferentes alternativas y documentándola sobre los efectos que acarreaba el cambio de régimen, todo lo anterior en ejercicio del deber de información y, de buen consejo que le asiste a las entidades administradoras.

Por ende, es notorio que Porvenir incumplió la carga que le correspondía de acreditar la existencia de una decisión informada a la actora, acerca de las implicaciones del traslado.

Por ende, se revocará la sentencia, para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que la demandante efectuó el 8 de septiembre de 1997 al régimen de ahorro individual con solidaridad. Se le otorgará a Porvenir el término de un mes contado a partir de la ejecutoria de esta providencia, para que proceda a trasladarlos saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses, a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

Costas en ambas instancias a cargo de Porvenir SA y en favor de la actora.

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

**FALLA**

**Revocar** la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2017 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, para en su lugar:

**1. Declarar** la ineficacia del traslado que Esperanza Cárdenas Pachón efectuó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A el 8 de septiembre de 1997, dadas las consideraciones precedentes. En consecuencia:

**2. Ordenar** a AFP Porvenir S.A que en el término improrrogable de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta providencia, proceda a trasladarlos saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses, a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

**3. Ordenar** a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones que una vez la AFP Porvenir S.A. dé cumplimiento a lo aquí ordenado, proceda aceptar traslado de la señora Esperanza Cárdenas Pachón, del régimen de ahorro individual, al de prima media con prestación definida.

**4. Declarar** no probadas las excepciones de fondo propuestas por las demandadas.

**5**. Costas en ambas instancias a cargo de Porvenir SA y a favor de la actora.

*NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.*

La anterior decisión queda notificada en estrados.

FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES

Magistrado Ponente

ANA LUCIA CAICEDO CALDERÓN JULIO CESAR SALAZAR MUÑOZ

Magistrada Magistrado

Salva voto

Radicación Nro. : 66001-31-05-004-2017-00049-01

Proceso: Ordinario

Demandante: Esperanza Cárdenas Pachón

Demandado: Colpensiones y otros

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

**Octubre 31 de 2018**

**SALVAMENTO DE VOTO**

Tal como lo propuse en la ponencia que presenté inicialmente, considero que la sentencia del juzgado de conocimiento proferida el 30 de noviembre de 2017 que negó las pretensiones de la demanda, debió ser confirmada.

Los argumentos que sustentan mi alejamiento de lo decidido por la mayoría en esta segunda instancia se basan en los siguientes supuestos jurídicos y análisis del caso concreto:

**INEFICACIA DE LA AFILIACION AL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.**

La Sala de Casación Laboral mediante sentencia SL12136 de 3 de septiembre de 2014 radicación Nº 46.292 con ponencia de la Magistrada Elsy del Pilar Cuello Calderón, determinó con base en lo previsto en los artículos 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, que cuando se presenten controversias frente a los traslados entre el régimen de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad, lo que debe analizarse es si el acto jurídico que lo generó resulta o no eficaz.

En efecto, establece el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que la selección de uno cualquiera de los regímenes pensionales previstos en ese cuerpo normativo debe ser libre y voluntaria por parte del afiliado, pues de desconocerse ese derecho en cualquier forma, se aplicará lo dispuesto en el artículo 271 ibídem, que prevé que de atentarse en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social integral se hará acreedor a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud, que no podrá ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario, y en todo caso dicha afiliación quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador, es decir, que esa afiliación deviene ineficaz.

Frente al tema, expresó el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral en la sentencia en cita, que cuando se trate de afiliados beneficiarios del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, resulta perentorio establecer si la respectiva administradora produjo el traslado en términos de eficacia, informándole las consecuencias que le traería el traslado, que no es otra diferente que la de la pérdida del régimen transicional; lo cual explica en los siguientes términos:

*“El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias.*

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1° de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.”.*

Nótese que en tales circunstancias, esto es, cuando está en juego por el traslado la posible pérdida de la transición –por los beneficios que esta conlleva-, la carga de la prueba de haber ofrecido al usuario la información necesaria para tomar una decisión libre y voluntaria, radica en cabeza de la administradora, sin embargo, cuando se trate de afiliados que no ostenten la calidad de beneficiarios del régimen de transición, la carga de la prueba, de los motivos que se alegan como causas la ineficacia del traslado, le corresponde a quien los invoca, sin que -con el objeto de trasladar la carga probatoria a la administradora- le baste sostener que no fue informado sobre las consecuencias que el traslado conllevaría. Ello es así, en consideración a que las personas, cuyos derechos están regidos en un todo por ley 100 de 1993, conocen que el sistema general de pensiones se soporta en dos regímenes solidarios excluyentes, que coexisten, cada uno de ellos con características diferentes, con pros y contras, pero, en todo caso, con beneficios equiparables. Ninguno de ellos mejor o peor que el otro y precisamente por ello, sin que, respecto a cualquiera de los dos se pueda pregonar, prima facie, un beneficio o un perjuicio que lo haga superior o inferior al otro.

De allí que para establecer la ineficacia del traslado sea preciso que el interesado pruebe, sin lugar a dudas, que la información que se le dio al momento del cambio fue falaz y que producto de ese engaño se asumió la decisión del traslado.

**EL CASO CONCRETO**

Sea lo primero advertir que la señora Esperanza Cárdenas Pachón no es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que de acuerdo con la copia de la cédula de ciudadanía –fl.9- se evidencia que para el 1º de abril de 1994, fecha en que empezó a regir el sistema general de pensiones, ella tenía cumplidos 33 años de edad, y según la historia laboral allegada por Colpensiones –fls.13 a 17- del cuaderno de 2ª instancia-, para ese momento tan solo acreditaba 393.29 semanas de servicios, que equivalen a 7.65 años.

Ahora bien, narra la señora Esperanza Cárdenas Pachón en la demanda –fls.2 a 8- que su afiliación al RAIS no es eficaz en consideración a que la AFP Porvenir S.A. no le brindó la información suficiente para tomar una decisión adecuada, por lo que al tornarse ello en una negación indefinida, en principio le correspondería a la AFP demostrar que si lo hizo, no obstante, esa inversión de la carga probatoria no se hace efectiva en este caso, debido a que la señora Cárdenas Pachón al suscribir el formulario de afiliación Nº 00945966 de 8 de septiembre de 1997 –fls.27 y 105- declaró bajo la gravedad de juramento haber escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad de manera libre, espontánea y sin presiones, es decir, que su traslado a ese régimen pensional se hizo bajo los parámetros establecidos en los artículos 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, conforme quedó visto con anterioridad, le incumbía entonces a la actora probar las afirmaciones en contrario con base en las cuales aspira obtener la declaración de ineficacia, pues al no ser beneficiaria del régimen transicional, no se evidencia que el traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad efectuado el 8 de septiembre de 1997 haya producido, en principio, afectación alguna; sin embargo, más allá de adjuntar copias de la cédula de ciudadanía, de la solicitud del traslado y la respuesta dada por Colpensiones y el certificado de existencia y representación legal de Porvenir S.A., no se preocupó por traer otro tipo de pruebas, como la testimonial, para tratar de demostrar que la AFP Porvenir S.A. le había dado una información mentirosa que la hubiere hecho tomar una decisión equivocada.

Por el contrario, al responder el interrogatorio de parte, la señora Esperanza Cárdenas Pachón confiesa que en una reunión general se le brindó una asesoría en la que se le informó a grandes rasgos las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, recordando con precisión aquella de poder pensionarse de manera anticipada, revelando también que realmente ella al momento de la afiliación no encontró que se le hubiere engañado o que su traslado implicara un perjuicio como tal, explicando posteriormente que desde hace un par de años considera que el régimen de ahorro individual no le conviene porque su mesada pensional va a ser muy inferior a la que puede obtener en el régimen administrado por Colpensiones.

Conforme con lo expuesto, más allá de afirmarse en la demanda que la accionante no recibió la información suficiente que le advirtiera sobre las implicaciones que traía trasladarse del RPM al RAIS, la verdad es que no quedó demostrado que a la accionante se le haya brindado información contraria a lo dispuesto en los artículos 59 y siguientes de la Ley 100 de 1993 que pudiera llevar a concluir que lo manifestado por la AFP Porvenir S.A. no obedecía a lo establecido en la Ley; siendo del caso señalar, que la accionante confiesa que en su momento se le brindó asesoría en la que se le explicaron cuáles eran las características de la Ley 100 de 1993 en pensiones, a pesar de que su memoria no le permite recordar en detalle en qué consistían, recordando únicamente que una de esas características consistía en pensionarse anticipadamente, y que verdaderamente para ese momento no hubo ningún engaño o un perjuicio causado por la AFP demandada.

Es que no puede perderse de vista que el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 determinó que una vez efectuada la selección inicial, los afiliados podrán trasladarse por una sola vez cada cinco (5) años, sin que dicho movimiento pueda efectuarse cuando falten menos de diez (10) años para acceder al derecho; facultad de la cual no hizo uso en su oportunidad legal la señora Cárdenas Pachón, ya que después del 8 de septiembre de 1997 cuando realizó la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad, decidió mantenerse afiliada a ese régimen pensional.

Así las cosas, al no quedar acreditado que el traslado efectuado por la actora ocurrió por un engaño en el que la hizo incurrir la AFP y que ella no hizo uso oportuno de la facultad de trasladarse, adecuada resultaba la decisión adoptada por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito al determinar que el traslado era eficaz y en consecuencia dicha decisión debió confirmarse en esta sede.

Dejo así salvado mi voto,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

**Magistrado**