El siguiente es el documento presentado por la Magistrada 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 Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia

Radicación No: 66001-31-05-005-2016-00330-01

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: Marco Tulio Bedoya Sánchez

Demandado: Colpensiones y Porvenir S.A.

Juzgado de origen: Quinto Laboral del Circuito de Pereira.

**Temas: TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL / INEFICACIA DEL TRASLADO / CARGA PROBATORIA / ASESORÍA EQUIVOCADA DEBE PROBARSE POR EL DEMANDANTE /** Es más, de los documentos allegados por la codemanda AFP Porvenir S.A. con la contestación de la demanda, visibles a folios 78 y s.s., se advierte que el señor Marco Tulio Bedoya Sánchez, se trasladó cuatro veces más entre AFP, esto es, de Porvenir a Colpatria el 22/02/1999 –fl. 78 y 88-, de Colpatria a Horizonte el 05/12/2002 –fl. 80-, de Horizonte a Porvenir el 30/12/2003 –fl. 81-, de Porvenir a ING el 19/10/2007 –fl. 90- y de ING nuevamente a Porvenir el 10/06/2008 –fls. 82 y 89-; lo que permite inferir que en cada una de esas oportunidades recibió la asesoría pertinente que le permitiese establecer las ventajas y beneficios que le representaba estar en una u otra AFP y su decidida voluntad de permanecer en el RAIS, conforme a la información recibida, pues de otra manera lo que hubiese optado por hacer muy probablemente era retornar al régimen de prima media con prestación definida.

(…)

En conclusión, para acogerse las pretensiones elevadas en el líbelo que pretende la declaración de ineficacia de traslado del régimen de prima media con prestación definida al RAIS, debe la parte actora indicar o bien que no recibió la debida asesoría –como se planteó en un principio del presente debate- donde le corresponde a la contraparte derruir tal aspecto –inversión de la carga de la prueba- o, probar que sí recibió la información pero que fue equivocada o falaz y la relación de causalidad entre esta y la decisión de trasladarse de régimen.

El primer aspecto, quedó desvirtuado con la confesión vertida por el demandante en el interrogatorio de parte, mientras que el otro quedó huérfano de prueba, por lo que, al no quedar acreditado que el traslado de régimen efectuado por el señor Marco Tulio Bedoya Sánchez ocurrió por un engaño o error en el que lo haya hecho incurrir la AFP, necesario resulta concluir que el traslado fue eficaz, de donde la Sala se ve relevada de analizar los argumentos de la alzada planteada por la representante del Ministerio Público.

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**AUDIENCIA PÚBLICA**

En Pereira, a los doce (12) días del mes de junio de dos mil dieciocho (2018), siendo las ocho de la mañana (08:00 am), la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver el recurso de apelación interpuesto por las codemandadas Colpensiones y Porvenir S.A. y por la representante del Ministerio Pùblico respecto de la sentencia proferida el 19 de mayo de 2017 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve el señor **Marco Tulio Bedoya Sánchez** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** yel **Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.,** radicado al N° 66001-31-05-005-2016-00330-01**.**

**Registro de asistencia:**

Demandante y su apoderado: Demandadas y sus apoderados:

**Traslado a las partes**

En este estado se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos, de conformidad con lo establecido por el artículo 13 de la Ley 1149/07.

**ANTECEDENTES:**

1. **Síntesis de la demanda y su contestación**

El señor Marco Tulio Bedoya Sánchez solicita como pretensiones que se declare ineficaz el traslado que efectuó del régimen de prima media al RAIS, por intermedio de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.; en consecuencia, se le ordene girarle a Colpensiones el monto que se encuentre en su cuenta pensional y a esta última, recibirlo. Por último, solicita la condena en costas y agencias en derecho.

Fundamenta sus aspiraciones en que: (i) nació el 29/05/1955 e inició cotizaciones al Régimen de Prima Media con Prestación; (ii) el 23/07/1998 se trasladó a Porvenir S.A., sin que previamente haya recibido el soporte informativo necesario para conocer los riesgos a los que se sometía por trasladarse al RAIS, en relación con el monto de la pensión en cada uno de los regímenes, la diferencia en el pago de aportes y las implicaciones de conveniencia o no del traslado; (iii) el 02/06/2015 solicitó a PORVENIR copia de la información que le fuera brindada en ese momento, pero se le dijo que el traslado había cobrado vigencia desde el 01/09/1998 y que para ello le suministraron la asesoría personal y verbal de manera clara y concisa, por lo que tácitamente la recibió, máxime cuando de la firma del formulario se evidencia que lo hizo de manera libre, espontánea y sin presiones.

(iv) El 24/07/2015 solicitó a Colpensiones el traslado de régimen para regresar a de Prima Media con Prestación definida, pero le fue negado mediante oficio Nª BZ2015\_6645151-1945654 de esa misma fecha, bajo el argumento de faltarle menos de 10 años para pensionarse.

A su paso, la **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-,** se opuso a las pretensiones de la demanda formuladas en su contra y como razones de defensa indicó que no está en la obligación de aceptar la nulidad de la afiliación al RAIS porque ella se surtió de forma válida y se presume que lo fue producto de una decisión razonada, por lo que no puede alegar ahora el desconocimiento de las consecuencias legales, pero que en todo caso, la oportunidad para alegar tal circunstancia ha quedado saneada por el paso del tiempo, conforme lo prevén los artículos 1741, 1743 y 1750 del Código Civil. Interpuso las excepciones de mérito que denominó “Saneamiento de una presunta nulidad”, “Validez de la afiliación al RAIS” y “Prescripción”.

Por su parte, **la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A**, se opuso a los pedimentos de la demanda al considerar que la afiliación del actor a esa entidad es válida y por ello ha surtido efectos por aproximadamente 17 años, a través de los cuales ha suscrito formularios de afiliación con otras AFP´S (Colpatria, ING, Horizonte), lo que demuestra su voluntad de permanecer en el mismo. Interpuso las excepciones de mérito que denominó “Validez de la afiliación a Porvenir e Inexistencia de vicios en el consentimiento”, “Caducidad de la acción”, “Prescripción”, “Buena fe” y la “Innominada o Genérica”.

1. **Síntesis de la sentencia**

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, declaró la ineficacia del traslado al RAIS efectuado por el demandante el 23/07/1998 y los que con posterioridad suscribió con los otros fondos de pensiones; ordenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones, todos los aportes y rendimientos con que aquel contara en su cuenta de ahorro individual. Finalmente, ordenó a esta última a aceptar, sin ninguna dilación, el traslado del señor Marco Tulio Bedoya Sánchez.

Para arribar a las anteriores conclusiones, precisó que conforme a la línea pacífica que ha asumido la Sala de Casación Laboral, en las sentencias con radicado 31989 de 2008 y la SL12136 /2014 y que ha acogido esta Corporación, las entidades de seguridad social deben garantizar que exista una decisión informada, autónoma y consciente en el entendimiento que el afiliado debió conocer los riesgos y beneficios del traslado desde antes de la afiliación; así mismo, que no puede entenderse que concurre una manifestación libre cuando la persona desconoce la incidencia del traslado frente a sus derechos pensionales, en relación con el monto de la pensión en cada régimen, se debió proyectar diferencia de aportes, las que no se entienden cumplidas con la manifestación que en formulario se plasma. Por lo que en eventos como el presente, se invierte la carga de la prueba a la entidad demandada.

El material probatorio le da la razón al actor, dado que no existe en el expediente documento que indique que un asesor de PORVENIR le brindó la información correspondiente sobre las consecuencias de ese traslado, pues más allá de contar el respectivo formulario con los datos personales del actor, el nombre del empleador, su salario y la información sobre sus beneficiarios, no se desprende que se haya realizado la proyección de las mesadas o rendimientos financieros.

Adicional a lo anterior, debe tenerse en cuenta lo manifestado en el interrogatorio de parte que absolvió el actor y en el que indicó que cotizó en el ISS en 1983 y se trasladó a Porvenir porque las asesoras le informaron que aquella entidad se iba a acabar y que en el fondo privado obtendría una pensión superior; aseveró que le hicieron un comparativo, pero no cuenta con ella.

Así las cosas, que al estar invertida la carga de la prueba deben prosperar las pretensiones de la demanda, toda vez que la parte demandada no cumplió con la carga de probar que efectivamente suministró la información suficiente al demandante; sin que sean válidas las argumentaciones dadas en el sentido de la suscripción del formulario con la certificación que en el mismo se registra, por lo ya expuesto en la jurisprudencia citada.

1. **Recurso de Apelación.**

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado judicial de Porvenir la recurrió para argumentar que el Despacho desconoce que esa entidad sí suministró la información necesaria al actor al momento de suscribir la solicitud de vinculación, porque el mismo confesó que sí se le realizaron los cálculos actuariales al momento del traslado, por lo tanto, fue una decisión autónoma y consiente, mismos que fueron entregados al actor en su momento y por lo tanto, no puede esa entidad ser obligada a presentarlos.

De otro lado, no puede perderse de vista que al momento de la afiliación el demandante tenía una mera expectativa, como quiera que había cotizado menos de 500 semanas en el RPM y ahora cuenta con pagos por más de 17 años al RAIS.

Sostiene que el traslado del régimen del actor fue válido y de manera libre y espontánea como consta en el formulario de afiliación y, que no puede soportar los cambios del mercado en relación con las proyecciones financieras sobre la prestación que deba reconocer.

Finalmente, indica que se le está imponiendo un desarrollo jurisprudencial muy reciente, que no se aplicaba al momento de hacerse efectivo el traslado.

Por su parte, Colpensiones se alzó para indicar que el argumento de la parte actora fue el engaño, mismo que dista mucho de la realidad porque dentro del interrogatorio de parte que le fuera practicado, manifestó que sí había recibido asesoría y un cálculo para la fecha de traslado, por lo que no se puede argumentar un engaño, máxime cuando tuvo varios cambios de AFP, en donde recibió asesoría en cada una de ellas.

Finalmente, la agente del Ministerio Público, presentó recurso de apelación en relación con la no remisión del expediente para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, porque el artículo 69 dispone claramente que así debe ser conforme a la naturaleza jurídica de Colpensiones, pues aunque no se le impone una carga económica si repercute en sus intereses porque a futuro sería la responsable del reconocimiento y pago de la respectiva prestación de vejez.

**CONSIDERACIONES**

1. **Del problema jurídico**

Visto el recuento anterior, la Sala formula el siguiente:

* 1. ¿Es viable declarar la ineficacia de la afiliación del señor Marco Tulio Bedoya Sánchez al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y permitirle optar por el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones?

**2. Solución al problema jurídico**

Con el propósito de darle solución, se considera necesario precisar lo siguiente:

**2.1. Ineficacia del traslado.**

**2.1.1. Fundamento jurídico**

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en sus literales b) y e), señalan: el primero, que la escogencia de cualquiera de los regímenes contemplados es libre y voluntaria por parte del afiliado; consentimiento que se manifiesta por escrito al momento del diligenciamiento de la vinculación o traslado, situación que de desconocerse acarrea las sanciones previstas en el inciso 1º del artículo 271 ibídem, consistentes en multas pecuniarias y dejar sin efecto la afiliación, la que podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El segundo, reafirma la posibilidad que tienen los afiliados de escoger el régimen que prefieran, pero agrega, que una vez efectuada la selección, solo pueden trasladarse una sola vez cada cinco años, contados desde la fecha inicial en que se optó, y que no es posible trasladarse de régimen cuando le falten diez o menos años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; situación que fue declarada exequible de manera condicionada como bien se sabe.

Ahora, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia reciente, SL17595 del 18-10-2017 con ponencia del doctor Fernando Castillo Cadena, aplicable en este caso, independientemente de si el afiliado es beneficiario o no del régimen de transición, ha indicado que el acto jurídico de traslado de régimen es ineficaz, cuando no media la libre escogencia, que solo la habrá “*cuando se proporcione la información, de 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 de tomar una opción que claramente le perjudica”* para más adelante agregar que *“Aquí y ahora, se recuerda que no es dable argüir 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”*.

De acuerdo con la interpretación que se hace de las normas y de la jurisprudencia en cita, se ha venido sosteniendo por esta Corporación[[1]](#footnote-1), que cuando se trata de afiliados beneficiarios del régimen de transición, el solo hecho de perder tal prerrogativa ante el traslado, constituye en sí mismo el detrimento para el posible pensionado, quien ve frustrada la posibilidad del reconocimiento de la prestación con sujeción a las normas anteriores, que le resultan más favorables, por lo que en ese entendido se ha puntualizado que la carga de la prueba se encuentra a cargo de la AFP, a quien le corresponde acreditar que el traslado estuvo precedido de suficiente información respecto de la pérdida de dicho régimen y las consecuencias de ello.

Caso contrario ocurre con los afiliados al sistema que no son beneficiarios del régimen de transición y afirmen haber recibido la información, quienes estarán en la obligación de demostrar que la suministrada fue equivocada o engañosa y lo llevó a optar por el régimen de ahorro individual, sin que se torne suficiente para ello la manifestación que se haga al respecto que en la actualidad se siente perjudicado por el valor de la mesada pensional a recibir en el RAIS, dado que ambos regímenes, que se encuentran previstos en la Ley 100 de 1993, presentan características diferentes, pero con similitudes en cuanto las prestaciones que otorgan, lo que resulta apenas lógico, dado que sino, que sentido tendrían que coexistieran; sin que ello implique que un régimen sea más favorable que el otro en el papel, pues ello dependerá de la situación particular del afiliado, que solo se concreta al solicitar la pensión de vejez.

No obstante lo dicho, cuando las pretensiones de la demanda se fundan en la inexistencia total de asesoría previa a la voluntad de traslado, se estaría en presencia de una negación indefinida, que invierte la carga probatoria en la contra parte.

**2.1.2. Fundamento fáctico:**

Descendiendo al presente asunto, se encuentra probado y fuera de discusión que:

*i)* el señor Marco Tulio Bedoya Sánchez no es beneficiario del régimen de transición, porque al 01/04/1994, tenía 38 años de edad, dado que nació el 29-05-1955, tal como consta en la cédula de ciudadanía – fl.23- y menos de quince (15) años de servicio, al cotizar 287,28 semanas para esa misma calenda; *ii)* en la actualidad se encuentra afiliado al RAIS a través de Porvenir S.A; iii) solicitó el traslado a Colpensiones, el cual fue negado al contar a la fecha de la petición con menos de diez (10) años para pensionarse, pues así admitió al contestar el hecho 18 de la demanda y además se observa el documento a folio 19 del cd. 1.

Adicional a lo anterior, no puede pasarse por alto lo expuesto en los hechos 6 a 9 de la demanda, en los que aseveró el apoderado del demandante que este no recibió por parte de la AFP la información necesaria para conocer los riesgos a los que se sometía, panorama que según se indicó en precedencia invierte la carga de la prueba en la demandada, al ser este un hecho exento de prueba, carga que cumplió la parte pasiva al obtener la confesión del actor al momento de absolver el interrogatorio de parte, cuando dijo que *“El motivo para el cambio fue porque me dijeron que el seguro social se iba a acabar y que ellos pagaban la pensión más alta, me refiero a Porvenir, entonces yo me siento engañado por eso doctor”* y más adelante dijo “*Los que me incitaron al cambio de régimen fueron unas mujeres, pero no recuerdo exactamente los nombres. Fue una publicidad engañosa, dijeron que el seguro se iba a acabar y que ellos pagaban la mesada mejor, por eso me siento engañado por esa circunstancia”.*

De tal manera que este asunto no puede ser resuelto en los términos en que inicialmente lo orientó el actor, es decir, como la inexistencia de la asesoría previa al traslado, sino como sí recibida pero calificada como equivocada o engañosa y, consecuente con ello, debía probar tal acontecimiento porque al no ser beneficiario del régimen de transición, no emerge el indicio de mal asesoramiento o falta del mismo.

Bien. para cumplir ese cometido, allegó prueba documental relacionada con los derechos de petición destinados a obtener la “afiliación e información” que le fue brindada al momento del cambio de régimen, el traslado de régimen a Colpensiones, con sus respectivas respuestas desfavorables *–fls. 13 a 19-*, de las cuales no se advierte ningún dato relacionado con la indebida asesoría que debe demostrar. Omitió solicitar la práctica de algún otro medio de convicción.

Es más, de los documentos allegados por la codemanda AFP Porvenir S.A. con la contestación de la demanda, visibles a folios 78 y s.s., se advierte que el señor Marco Tulio Bedoya Sánchez, se trasladó cuatro veces más entre AFP, esto es, de Porvenir a Colpatria el 22/02/1999 –fl. 78 y 88-, de Colpatria a Horizonte el 05/12/2002 –fl. 80-, de Horizonte a Porvenir el 30/12/2003 –fl. 81-, de Porvenir a ING el 19/10/2007 –fl. 90- y de ING nuevamente a Porvenir el 10/06/2008 –fls. 82 y 89-; lo que permite inferir que en cada una de esas oportunidades recibió la asesoría pertinente que le permitiese establecer las ventajas y beneficios que le representaba estar en una u otra AFP y su decidida voluntad de permanecer en el RAIS, conforme a la información recibida, pues de otra manera lo que hubiese optado por hacer muy probablemente era retornar al régimen de prima media con prestación definida.

En este orden de idas, como el señor Marco Tulio Bedoya Sánchez no logró acreditar que recibió información carente de veracidad por parte de la AFP que propiciara su afiliación al RAIS, no es viable declarar la pretendida ineficacia del traslado efectuado a Porvenir S.A. en el año 1998.

Ahora, si bien en el interrogatorio de parte planteó que había recibido el año pasado de parte de la AFP una proyección de su pensión y le dijeron que ascendía a $977.200, mientras que en Colpensiones sería de un $1.703.236, pero ese hecho por si solo es insuficiente para declarar la ineficacia del traslado, dado que ello no significa que al momento del traslado se le hubiese dado una información equivocada o mentirosa por parte de las AFP, pues la cuantificación de la pensión depende de conocer con certeza cuáles son los ahorros que en realidad pudiera acumular en su cuenta de ahorro individual, sus rendimientos, el comportamiento del mercado, la modalidad pensional escogida, así como el valor del correspondiente bono pensional por parte de Colpensiones; pues se trata de eventualidades que debía asumir.

En todo caso, si la referida proyección se hubiese realizado en septiembre de 1998, fecha de traslado a dicha AFP consistiría en un cálculo contentivo de hipotéticas predicciones, como las de comportamientos de los mercados durante los años futuros, continuidad en el vínculo laboral, monto de las cotizaciones, alteraciones de las tasas de interés, aspectos todos que, se itera, de haberse realizado, precisamente requerirían de análisis y crítica en el juicio, de manera tal que permitieran apoyar o desechar la tesis de haber recibido información equivocada.

En conclusión, para acogerse las pretensiones elevadas en el líbelo que pretende la declaración de ineficacia de traslado del régimen de prima media con prestación definida al RAIS, debe la parte actora indicar o bien que no recibió la debida asesoría *–como se planteó en un principio del presente debate-* donde le corresponde a la contraparte derruir tal aspecto –*inversión de la carga de la prueba*- o, probar que sí recibió la información pero que fue equivocada o falaz y la relación de causalidad entre esta y la decisión de trasladarse de régimen.

El primer aspecto, quedó desvirtuado con la confesión vertida por el demandante en el interrogatorio de parte, mientras que el otro quedó huérfano de prueba, por lo que, al no quedar acreditado que el traslado de régimen efectuado por el señor Marco Tulio Bedoya Sánchez ocurrió por un engaño o error en el que lo haya hecho incurrir la AFP, necesario resulta concluir que el traslado fue eficaz, de donde la Sala se ve relevada de analizar los argumentos de la alzada planteada por la representante del Ministerio Público.

**CONCLUSIÓN**

Conforme lo expuesto, la decisión revisada será revocada, para en su lugar denegar las pretensiones de la demanda.

Costas en ambas instancias a cargo de la parte actora y a favor de las demandadas por partes iguales, conforme lo dispone el numeral 4º del artículo 365 del C.G.P.

**DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 19 de mayo de 2017 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por el señor **Marco Tulio Bedoya Sánchez** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES** y **Porvenir S.A.**, para en su lugar ABSOLVERLAS de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, según lo dicho en precedencia.

**SEGUNDO:** Costas en ambas instancias a cargo de la parte actora y a favor de las demandadas por partes iguales, por lo expuesto.

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se eleva y firma esta acta por las personas que han intervenido.

Quienes integran la Sala,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Ponente

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

 Magistrado Magistrado

1. Puede consultarse las sentencias proferidas en el 2018, dentro de los procesos radicados 2016-00025, 2016-00087 y 2016-00394. [↑](#footnote-ref-1)