3El 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 Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia

Radicación No: 66001-31-05-002-2016-00360-01

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: Nydia Giraldo Franco

Demandado: Colpensiones y Porvenir S.A.

Juzgado de origen: Segundo Laboral del Circuito de Pereira.

**TEMAS: INEFICACIA DEL TRASLADO AL RAIS / CARGA DE LA PRUEBA / CASO DE BENEFICIARIA DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN.**

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en sus literales b) y e), señala en su orden 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 la sanciones previstas en el inciso 1º del artículo 271 ibídem, consistentes en multas pecuniarias y dejar sin efecto la afiliación…

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…

Así, se ha diferenciado por esta Corporación, quién asume la carga de la prueba de acreditar si el traslado estuvo o no precedido de la suficiente información respecto de la totalidad de las consecuencias que ello representaba; de tal manera que si el afiliado era destinatario del régimen de transición es la AFP a la que le corresponde demostrar que actuó de manera diligente en el asesoramiento de las implicaciones que evidentemente ello le generan; caso contrario, el afiliado estará en la obligación de demostrar que la información suministrada fue equivocada o engañosa; pero si lo que afirma es la ausencia de asesoría, se configura una negación indefinida que traslada el deber probatorio a la parte demandada.



**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**AUDIENCIA PÚBLICA**

En Pereira, a los cuatro (04) días del mes de diciembre de dos mil dieciocho (2018), siendo las ocho y treinta minutos de la mañana (08:30 a.m.), 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 demandadas respecto de la sentencia proferida el 31 de enero de 2018 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve la señora **Nydia Giraldo Franco** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** yel **Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.,** radicado al N° 66001-31-05-002-2016-00360-01**.**

**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**

La señora Nydia Giraldo Franco solicita que se declare la nulidad de la afiliación que efectuó a Porvenir S.A., toda vez que carece de validez al existir vicio en el consentimiento; en consecuencia, se declare valida la afiliación a Colpensiones y que es beneficiaria del régimen de transición. Adicional a lo anterior, se ordene a Porvenir S.A. trasladar la totalidad de los aportes que no hubiere efectuado en relación con la acción de tutela que presentó.

Fundamenta sus aspiraciones en que: (i) nació el 14/10/1957; (ii) se afilió al ISS el 23/02/1976 y realizó aportes ininterrumpidamente hasta el 01/09/1996 –sic- se trasladó a la AFP Porvenir S.A.; (iii) el asesor comercial de la AFP le ofreció varios beneficios, entre ellos, que en caso de muerte sin importar la edad, los hijos serían beneficiarios de la pensión de sobrevivientes; pero sin suministrarle una información clara y fehaciente respecto a las consecuencias económicas de dicho traslado; (iv) mediante oficio del 04/08/2016 Porvenir S.A. le informó que no era posible la anulación de su afiliación porque no se cumplían los requisitos legales.

La **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A**, se opuso a los pedimentos de la demanda al considerar que el acto de afiliación de la actora a Porvenir no adolece de vicios del consentimiento, dado que al no ser beneficiaria del régimen de transición, no pudo ser objeto de inducción a error. Aclara que no es responsable que la demandante hubiese dejado pasar la oportunidad de la amnistía y que ahora no se pueda trasladar por faltarle menos de 10 años para la edad de pensión, pero que en todo caso, cumplió para la época del traslado, con suministrar la información que legal y jurisprudencialmente debía efectuar. Por último, refiere que la oportunidad para solicitar la nulidad del traslado se encuentra prescrita. Interpuso las excepciones de mérito que denominó “Genérica o innominada”, “Prescripción”, “Buena fe”, “Compensación”, “Exoneración de condena en costas”, “Ausencia de sujeto susceptible de beneficio de régimen de transición” y “Falta de legitimación en la causa por pasiva”.

Por su parte, la **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-,** se opuso a las pretensiones de la demanda y como razones de defensa indicó que la actora perdió el régimen de transición al trasladarse al RAIS sin contar con 750 semanas de cotización al 01/04/1994; adicionalmente, que no le es dable regresar al RPM porque no hizo uso de la voluntad de retracto y tampoco solicitó la nulidad del acto jurídico dentro de los 4 años siguientes. Interpuso las excepciones de mérito que denominó “Saneamiento de una presunta nulidad”, “Validez de la afiliación al RAIS”, “Inexistencia del derecho” y “Prescripción”.

1. **Síntesis de la sentencia**

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, declaró la ineficacia del traslado al RAIS efectuado por la demandante el 26/12/1999; en consecuencia, ordenó a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales y sus frutos e intereses. Igualmente, que la actora no había perdido la calidad de beneficiaria del régimen de transición.

Para arribar a la anterior decisión, indicó que como lo ha sostenido esta Corporación[[1]](#footnote-1), al hacer alusión a las sentencias con radicación Nº 31989 de 2008 y 46292 del 03/09/2014 de la CSJ SL, que se aplica para el caso de los beneficiarios del régimen de transición por edad; señala que las administradoras de pensiones tienen un deber especial de información hacia sus futuros afiliados para dar a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes y es a ellas a quien les corresponde la carga de probar de esa manera, so pena de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad.

Precisó que conforme con el material probatorio allegado por la AFP demandada, debía entenderse que el traslado que la actora efectuó del RPM al RAIS lo fue el 26/12/1999 y no en el año 1996 como se expuso en las pretensiones de la demanda.

De igual modo, se vislumbra que la entidad accionada omitió brindar a la demandante la información suficiente, veraz y oportuna para adoptar su decisión, como por ejemplo las proyecciones del monto de la mesada, su variación dependiendo de sus rendimientos financieros y comparación con la que recibiría en el RPM, la edad en que disfrutaría de la prestación y los beneficios y riesgos de cada régimen; aunado a lo indicado por la demandante en el interrogatorio de parte, respecto a que el ISS se iba a acabar y era mejor tener la pensión en el fondo privado.

Pues no resulta suficiente con que exista el formulario de afiliación pre-impreso y suscrito por la actora, porque más allá de lo consagrado en el mismo, era necesario determinar que se suministró una información clara y suficiente.

Condenó en costas a Porvenir y se abstuvo de hacerlo en contra de Colpensiones.

1. **Recurso de Apelación**

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado judicial de Porvenir la recurrió y argumentó que el acto de afiliación de la actora fue voluntario y libre de apremios y para el momento en que decidió cambiar de régimen, entre ellos no existía una diferencia significativa, porque el IBC incluso con el paso de los años ha sido el mismo, igual sucede con el IBL, es decir, que debía promediarse el salario de los últimos 10 años y luego establecer la tasa y el monto.

Ahora, conforme con los artículos 59 y 114 de la Ley 100/93, a las AFP les correspondía el deber de información, en particular respecto de los regímenes existentes y en cuanto a la información necesaria para decidir vincularse al RAIS, diferencias que quedaron plasmadas en el escrito de contestación de demanda y que la actora en el interrogatorio confesó haberlas recibido, diferente a lo dicho en la demanda.

Es que las diferencias entre los regímenes se dieron fue con la Ley 797/03 y con leyes posteriores se han intensificado y por eso con la expedición de ley 1748/14 y el Decreto 2071/15, fue que se impuso a las administradoras el deber de cotejo entre regímenes.

Conforme con el contenido de los formularios de afiliación suscritos por la actora, se consagró el mismo texto, con lo cual se deben relevar de la carga de probar que cumplieron con el deber de información, específicamente en donde dice que “*fue asesorada sobre las implicaciones del régimen especialmente sobre el régimen de transición en caso de pertenecer al mismo*”, por lo que no le asiste razón a la parte actora.

Por su parte, Colpensiones adujo que la decisión del Despacho afectaba la sostenibilidad financiera del sistema. Por lo demás, expuso similares argumentos a los presentados por Porvenir S.A., en relación con la suscripción del formulario de afiliación y sus efectos, como por ejemplo no poder retornar al RPM por no contar con 15 años de cotización al 01/04/1994, conforme con las sentencias C-789/02, C-1024/04, SU130/13 y T-760/11.

**CONSIDERACIONES**

1. **Del problema jurídico**

Visto el recuento anterior, la Sala formula el siguiente:

* 1. ¿Se probó la ineficacia de la afiliación de la señora Nydia Giraldo Franco al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

**2. Solución al problema jurídico**

**2.1. Nulidad del traslado**

Las causales de nulidad de los actos jurídicos están establecidas en el artículo 1502 del Código Civil, entre ellas, el vicio del consentimiento por error, fuerza o dolo, de estos se alega el error que existe cuando el afiliado del RPM opta por trasladarse al RAIS, motivado en una información falsa o engañosa, supuestos que en este caso no se probaron.

Así, a lo sumo, los supuestos fácticos pueden dar lugar a la ineficacia del traslado, figura jurídica diferente y que por el principio “*Iura novit curia”,* puede esta Sala entrar a establecer como sigue.

**2.2. Ineficacia del traslado.**

**2.2.1. Fundamento jurídico**

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en sus literales b) y e), señala en su orden 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 la 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.

Así, se ha diferenciado por esta Corporación[[2]](#footnote-2), quién asume la carga de la prueba de acreditar si el traslado estuvo o no precedido de la suficiente información respecto de la totalidad de las consecuencias que ello representaba; de tal manera que si el afiliado era destinatario del régimen de transición es la AFP a la que le corresponde demostrar que actuó de manera diligente en el asesoramiento de las implicaciones que evidentemente ello le generan; caso contrario, el afiliado estará en la obligación de demostrar que la información suministrada fue equivocada o engañosa; pero si lo que afirma es la ausencia de asesoría, se configura una negación indefinida que traslada el deber probatorio a la parte demandada.

**2.1.2. Fundamento fáctico:**

De manera liminar, huelga anotar que en este asunto se pretendió la “nulidad”, que debe entenderse es la ineficacia del traslado por no brindar Porvenir S.A. una asesoría o información clara y fehaciente respecto de las consecuencias legales económicas del mismo, como lo indicó en el hecho quinto de la demanda, por lo que era carga del demandante probar su afirmación; pero, dada su condición especial de beneficiaria del régimen de transición por edad, al tener 36 años a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, al ser su natalicio el 14/10/1957, según consta en la copia de la cédula de ciudadanía visible a folio 11 y 27 del cd. 1, que le otorgaba la posibilidad para pensionarse con la norma anterior – Acuerdo 049 de 1990-, y la imposibilidad de recuperarlo al trasladarse al RAIS, el traslado con estas nefastas consecuencias, se erige como indicio grave de la omisión de la AFP Porvenir S.A. de informarle tanto las ventajas como desventajas del cambio de régimen pensional.

Siendo así las cosas, le correspondía a esta AFP acreditar que la afiliación de la señora Giraldo Franco estuvo precedida de una información completa y detallada de los efectos y consecuencias, tanto positivos como adversos que ello le representaba, consistentes en la pérdida de los beneficios del régimen de transición.

Al respecto, ha sostenido esta Sala de Decisión amparado en lo expuesto por la SCL de la CSJ; que para esos efectos no basta con acercar el formulario de afiliación que la actora haya suscrito porque en él se hace constar que el traslado se dio de manera libre y espontánea, por cuanto, al estar en juego la pérdida del régimen de transición, es carga ineludible de la AFP demandada, probar sin asomo de duda que dio cabal información al interesado sobre tal consecuencia y las secuelas que de ella se derivan.

Bien. El traslado al RAIS que la señora Nydia Giraldo Franco efectuó, se materializó con la suscripción del formulario Nº 01296971 del 26/12/1999, en el que no solo se registra la anterior constancia, es decir, de haberlo hecho en “*forma libre, espontánea y sin apremios”*, sino que de manera adicional y que es lo que cobra mayor relevancia para la resolución de este asunto, es que se plasmó a continuación *“habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de mi decisión”*.

Asesoría que recibió en otra oportunidad, concretamente el 12/07/2011 –fl. 166 y 167- cuando signó el formulario Nº 000802905 cuando decidió cambiarse a la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías, pues en él se registró similar manifestación *“Hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin precisiones. He sido asesorado sobre las implicaciones del régimen, especialmente sobre el régimen de transición, en caso de pertenecer al mismo”.*

Y aquí, resulta oportuno resaltar que la rúbrica de la actora en ambos formularios está en el espacio rotulado como “Voluntad de afiliación – Pensiones obligatorias” y “voluntad del afiliado”, donde seguidamente se hicieron constar las anteriores anotaciones; por lo que para la Sala es indubitable que la actora las leyó, de ahí que su firma constituya la aceptación de que el asesoramiento en esos términos efectivamente se le brindó.

Ahora, dichos documentos fueron aportados al proceso por Porvenir S.A. con la contestación de la demanda –fls. 77 y s.s. y posteriormente –fls. 165 a 167-, en respuesta a requerimientos del juzgado en virtud del decreto oficio efectuado en la audiencia realizada el 07/09/2017 –fl. 153-, estos últimos puestos en conocimiento de las partes en la audiencia de trámite y juzgamiento celebrada el 31/01/2018 (minuto 4:51), respecto de los cuales todas los intervinientes estuvieron conformes, incluyendo a la parte actora, pues su manifestación estuvo orientada a decir que no coincidía con la prueba que fue solicitada por el Despacho, pero no respecto de su contenido.

Siendo así las cosas, los señalados formularios conforme con lo dispuesto por el artículo 244 del C.G.P. en concordancia con el 269 *ibídem* que se aplican por remisión del artículo 145 del C.P.L., deben considerarse como auténticos, al no haber sido tachados por la parte actora en el curso de la citada diligencia.

Conforme con lo anterior, resulta palmario que la AFP accionada cumplió con la obligación de acreditar que le dio la información necesaria a la señora Nydia Giraldo Franco y concretamente, frente a las consecuencias que su traslado le generaría respecto a su condición de beneficiaria del régimen de transición, lo que permite inferir a su vez que conocía de las ventajas y beneficios que le representaba continuar en el RAIS, de ahí que haya optado por permanecer en él por 17 años más, pues solo para el 05/08/2016 –fl. 19- es que intentó ante Colpensiones el traslado de régimen.

Adicional a lo anterior y acudiendo a los restantes argumentos de la apelación, advierte la Sala que para la época en que se dio el traslado de régimen, al RAIS no le asistía la obligación de realizar un cálculo o proyección a la AFP escogida, para determinar el valor de la mesada pensional que pudiese recibir en ese régimen, como lo indicó la a-quo, pues esta solo surgió con la expedición de la Ley 1748 de 2014[[3]](#footnote-3) y el Decreto 2071 de 2015[[4]](#footnote-4); proyección que de haberse realizado para el año 1999, fecha de traslado a Porvenir S.A. consistiría en un cálculo contentivo de hipotéticas predicciones, como las de comportamientos de los mercados durante los años futuros, continuidad en el vínculo laboral, esfuerzo personal de ahorro de la afiliada, es decir, los ahorros que acumularía en su cuenta de ahorro individual y sus rendimientos, alteraciones de las tasas de interés; aspectos todos que de haberse realizado, precisamente requerían de análisis y crítica en el juicio, de manera tal que permitieran apoyar o desechar la tesis de haber no recibido una información clara y fehaciente.

Y, en todo caso, debía considerarse adicionalmente, las circunstancias en que se encuentra la afiliada para esa época, esto es, que estaba empezando a cotizar y reunir los requisitos necesarios para condensar su derecho pensional, pues al momento de trasladarse contaba con 42 años de edad y 451,57 semanas cotizadas al ISS y al parecer 68,5 a Porvenir S.A.[[5]](#footnote-5); pues no son las mismas que pueden presentarse con el transcurrir de los años, donde pueden tener gran incidencia las variables atrás indicadas y que se desconocen, se insiste, cuando apenas se está en medio camino de reunir las exigencias legales para causar el derecho a la pensión de vejez; por lo tanto, es posible afirmar que el asesor y por ende la AFP, no poseía un conocimiento cierto de lo que podía pasar en el futuro en relación con la actora y por ende, de la certeza del monto de la mesada pensional.

Sumado a lo anterior, se considera necesario indicar que la actora en su interrogatorio de parte indicó que el motivo principal para trasladarse fue *“básicamente porque la información que nos daban es que el seguro social estaba afrontando una crisis y que se iba a acabar, entonces lógicamente para proteger las pensiones era mejor el fondo”,* información que no resulta falsa, pues para nadie es un secreto que por la entrada en operación de los fondos privados y la competitividad que se emprendió entre esas entidades, financieramente el ISS se vio afectado.

Pero, en todo caso, el seguro social continuó por muchos años más, hasta que se liquidó y se creó Colpensiones (2012) de ahí que surja para la Sala el siguiente interrogante ¿por qué la actora no optó por retornar al ISS dentro de ese lapso?, encontrándose como respuesta, según el análisis probatorio, que las prerrogativas o beneficios que se le ofrecieron y se le mencionaron en esas dos oportunidades, resultaron suficientes para que se convenciera de continuar allí afiliada y que simplemente para el 2016, cuando ya había alcanzado la edad para pensionarse en el RPM, quiso retornar a este para pensionarse conforme con sus normativas, pues así se evidencia con el contenido del folio 18, en el que se hace un estudio informal del tiempo cotizado hasta julio de 2005, para establecer que contaba para ese momento con 785,85 semanas, es decir, que superaba las 750 para conservar los beneficios de la transición y, seguidamente se anota que es la nulidad de traslado el proceso viable para conseguirlo.

Con lo anterior, lo que se demuestra es que la parte actora pretendió acondicionar una versión que se ajustara a los presupuestos legales que regulan la ineficacia del traslado entre regímenes, para corregir su pasividad para retornar al RPM dentro del término previsto en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100/93, modificado por el artículo 2 de la Ley 797/03, que en su momento estuvo a su disposición.

Además, no puede permitirse se abuse de los derechos, en tanto por 17 años estuvo latente la posibilidad de acceder a las prerrogativas del RAIS, entre otras que sus herederos accedieran al contenido de su cuenta individual; pero ahora, cuando ya cumple los requisitos señalados en el Acuerdo 049/90, sí revela su intención de traslado de régimen, acudiendo a la nulidad o ineficacia del traslado con una afirmación contraria a la realidad.

En este orden de ideas, prosperan las argumentaciones de la alzada presentada por Porvenir S.A. y en consecuencia, procede la revocatoria de la sentencia de primer grado para en su lugar absolver a las demandadas de las pretensiones de incoadas en su contra; con lo cual, por sustracción de materia se releva la Sala de emprender el análisis de la apelación formulada por Colpensiones.

**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 31 de enero de 2018 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por la señora **Nydia Giraldo Franco** 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

Salva voto

1. M.P. Julio Cesar Salazar Muñoz, sentencia del 29/11/2017 radicado 2016-00277

 M.P. Francisco Javier Tamayo Tabares, radicado 2013-00598 del 18/05/2017 [↑](#footnote-ref-1)
2. Puede consultarse las sentencias proferidas en el 2018, dentro de los procesos radicados 2016-00025, 2016-00087 y 2016-00394. [↑](#footnote-ref-2)
3. Artículo 2, parágrafo 2º [↑](#footnote-ref-3)
4. Artículos 2.6.10.2.3. y 2.6.10.4.3 [↑](#footnote-ref-4)
5. Pues recuérdese que su afiliación data del 26/12/1999 que se hizo efectiva a partir de febrero de 2000. [↑](#footnote-ref-5)