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 del 09 de agosto de 2019

Radicación No. : 66001-31-05-001-2016-00489-01

Proceso : Ordinario Laboral de Primera Instancia

Demandante : Beatriz Franco Vélez

Demandado : AFP Protección S.A., AFP Porvenir S.A. y Colpensiones

Juzgado : Primero Laboral del Circuito

**TEMAS: TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL / INEFICACIA / DEBER DE INFORMACIÓN / REQUISITOS / NO INCIDE SI EL AFILIADO ES BENEFICIARIO O NO DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN / CARGA PROBATORIA INCUMBE AL FONDO DE PENSIONES.**

Dado que las Administradoras de Fondos de Pensiones son organismos profesionales, como pasa a explicarse, resulta aplicable a estos casos el artículo 1604 del Código Civil, según el cual la prueba de la debida diligencia y cuidado incumbe a quien ha debido emplearla…

Dicho deber, como lo ha enseñado la Corte, es exigible desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de la afiliación a la administradora, pues el sistema pensional, del que obviamente son protagonistas de primer orden las Administradoras de Fondos de Pensiones, se supone que actúan mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que deben resultar confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

En conclusión, en esta clase de asuntos el deber de información y buen consejo que la ley impone a las Administradoras de Fondos de Pensiones no depende de la calidad del contratante del Seguro de Vejez, Invalidez y Muerte, esto es, de si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición…

Lo anterior es suficiente para confirmar la decisión de primera instancia, pues como se ha expresado en otros asuntos de la misma naturaleza, en aquellos eventos en los que se presenta una segunda afiliación dentro del régimen a una AFP distinta a la que primero se afilió el demandante, como es aquí el caso, esta no adquiere ninguna validez ni ratifica la primera, pues el primer acto que perfeccionó el traslado estuvo viciado de nulidad (o ineficacia), y, por tanto, no produjo los efectos esperados.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

#### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

#### SALA LABORAL

Magistrada Ponente: **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

**ACTA No. \_\_\_\_\_\_**

**(Agosto 12 de 2019)**

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**

En la fecha, siendo las 09:45 A.M., la Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior de Pereira, la Sala de Decisión Laboral No. 1º del Tribunal Superior de Pereira se constituye en audiencia pública de juzgamiento en el proceso Ordinario Laboral instaurado por la señora BEATRIZ FRANCO VÉLEZen contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** –**COLPENSIONES-** y las Administradoras de fondos de pensiones **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**

Para el efecto, se verifica la asistencia de las partes a la presente diligencia:

Por la parte demandante…

Por la demandada…

 **Alegatos de conclusión**

De conformidad con el artículo 82 del C.P.T y de la s.s., modificado por el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, se concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión. Por la parte demandante… Por la parte demandada…

**SENTENCIA**

Como quiera que los alegatos coinciden a cabalidad con los puntos fácticos y jurídicos objeto de discusión en esta sede, procede la Sala a resolver el recurso de apelación promovido por los apoderados judiciales de las codemandadas en contra de la sentencia del 16 de agosto de 2018, proferida por el **JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO**.

**PROBLEMA JURIDICO**

De acuerdo con lo expuesto en la sentencia de primera instancia, le corresponde a la Sala verificar en este asunto si la afiliación de la demandante al RAIS fue libre y voluntaria, y si las AFPs demandadas (PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.) acreditaron haber cumplido con su deber de información a la hora de persuadir a la actora a cambiarse de régimen pensional, tal como lo exigen las normas y la jurisprudencia aplicable al caso.

**I – ANTECEDENTES**

Se indica en la demanda que la señora **BEATRIZ FRANCO VÉLEZ** nació el 15 de enero de 1960 y se afilió al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** el 11 de agosto de 1983, donde alcanzó a cotizar 571 semanas hasta el 30 de julio de 2001, fecha a partir de la cual quedó vinculada a la **AFP SANTANDER S.A.** –hoy **PROTECCIÓN S.A.**- dada la suscripción de un formato de traslado que firmó el 23 de julio de 2001. Señala igualmente, que el 8 de mayo de 2003, suscribió un nuevo formulario de afiliación a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR**, en el que viene afiliada hasta la fecha.

Indica que su traslado de régimen se dio en las instalaciones de la empresa donde trabajaba en la Fundación Universitaria del Área Andina y que los mismos funcionarios de la universidad le indicaron que eran mejores las condiciones que ofrecía SANTANDER S.A. y que debía trasladarse de manera inmediata. Agrega que nunca se le suministró información consistente en la edad mínima y en el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual para acceder a la pensión, ni se le indicó con qué IBC debía cotizar con el fin de obtener una pensión anticipada o completar el capital para poder acceder a dicha pensión; tampoco le indicaron las ventajas o desventajas de trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al RAIS; no recibió información que le permitiera identificar los riesgos a los que se sometía al trasladarse de régimen, ni se le indicó el porcentaje que le correspondería del aporte al fondo por la administración de sus recursos, ni los costos o comisiones que se le cobraría por el movimiento de su cuenta de ahorro individual.

Finalmente, señala que el 11 de diciembre de 2015 (cuando tenía 55 años de edad), mediante oficio No. 2311, PORVENIR S.A. le realizó una proyección de su pensión que arrojó como resultado una mesada de $644.350 pagadera a partir de la edad de 60 años, y que el 28 de abril de 2016 solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen al considerar que la afiliación al Régimen de Ahorro Individual era nula e ineficaz, en respuesta de lo cual se le negó la solicitud, pues se encontraba a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse.

**II – SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La *a-quo* accedió a las pretensiones de la demanda y declaró ineficaz el traslado de la actora, en virtud de lo cual le ordenó a **PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** todos los aportes y rendimientos que posea la señora **BEATRIZ FRANCO VÉLEZ** en su cuenta de Ahorro Individual y a esta última le ordenó proceder sin dilaciones a aceptar el traslado de la demandante a su fondo y condenó en costas procesales a **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**

Para arribar a tal conclusión, señaló que la prueba testimonial aportada por la parte actora daba cuenta de que a la actora no se le dio explicación alguna en cuanto a los beneficios del RPM comparados con los ofrecidos por el RAIS, pues solamente se les habló de que era posible acceder a una pensión anticipada, lo cual no es del todo falso, sin embargo no se le explicó que para ello se requería una suma muy alta de ahorro en su cuenta de ahorro individual, lo cual no solo depende de la regularidad y el monto de los aportes mensuales efectuados por el afiliado sino también del rendimiento financiero de su ahorro.

**III - APELACIÓN**

Contra la anterior decisión interponen recurso de apelación las demandadas, coincidiendo todas ellas en que la carga de acreditar la falta de información y buen consejo en este caso recaía sobre la parte actora, como quiera a la fecha de su traslado no era beneficiaria del régimen de transición, de modo que la firma que asentó en el formulario de afiliación, la cual no fue tachada de falsa por esta, es plena prueba su inequívoca voluntad de trasladarse de régimen. Además, afirma la apoderada de PORVENIR S.A., que se perdió de vista que hubo un nuevo traslado de la actora en 2003, con lo cual revalidó su decisión inicial.

**IV – CONSIDERACIONES**

**4.1. La regla PROBATORIA sobre ineficacia del cambio de régimen no distingue entre beneficiarios del régimen de transición y aquellos que no lo son**

 Dado que las Administradoras de Fondos de Pensiones son organismos profesionales, como pasa a explicarse, resulta aplicable a estos casos el artículo 1604 del Código Civil, según el cual la prueba de la debida diligencia y cuidado incumbe a quien ha debido emplearla, atendiendo a las siguientes razones:

**1)** Las Administradoras de Fondos de Pensiones tienen deberes de carácter profesional con sus afiliados y con los consumidores del mercado potencial en general. Además, sus actividades se encuentran reguladas por el Decreto 663 de 1993[[1]](#footnote-1), norma en la que se destaca la importancia de los principios de debida diligencia, transparencia e información cierta, suficiente y oportuna.

**2)** Adicionalmente, se tiene previsto en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, que los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

**3)** Dispone el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, que los trabajadores y servidores públicos que se trasladen por primera vez del RPM al RAIS, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones.

**4)** En numerosas sentencias del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, se ha establecido que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen la incidencia que el traslado de régimen pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica o con la suscripción de un formato; 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.”*.

Dicho deber, como lo ha enseñado la Corte, es exigible desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de la afiliación a la administradora, pues el sistema pensional, del que obviamente son protagonistas de primer orden las Administradoras de Fondos de Pensiones, se supone que actúan mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que deben resultar confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

En conclusión, en esta clase de asuntos el deber de información y buen consejo que la ley impone a las Administradoras de Fondos de Pensiones no depende de la calidad del contratante del Seguro de Vejez, Invalidez y Muerte, esto es, de si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, al contrario, en todos los casos que un afiliado ponga en cuestión la falta de información veraz, oportuna y completa de las incidencias del cambio del régimen, y bajo tal premisa persiga la ineficacia de su traslado, la defensa de la AFP demandada debe encaminarse a demostrar, bajo los medios probatorios a su alcance, que cumplió con el deber de buen consejo al transmitirle al afiliado toda aquella información que resultaba relevante para que tomara una decisión de esa trascendencia.

 Por último, se ha señalado en asuntos que revisten las mismas aristas del actual, que en términos generales, en los procesos en los que se busca la ineficacia del traslado al RAIS, es previsible que las AFPs demandadas se encuentran en una situación que les permite aportar las evidencias respecto a si se le brindó al afiliado la información cierta, suficiente, comprensible y oportuna a la hora de convencerlo de trasladarse de régimen, lo cual materializa el principio que desde el antiguo derecho romano enseña que *la “prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo (Art. 1604 C.C.)”*

**4.2. CASO CONCRETO**

Lo primero que cabe subrayar es que en efecto la señora FRANCO VÉLEZ jamás ha ostentado la calidad de beneficiaria del régimen de transición, tal como lo arguyó la a-quo en su decisión. Pese a ello, la carga de acreditar el cumplimiento del deber de información, como se precisó en el anterior acápite, correspondía en todo caso a la AFP PROTECCIÓN S.A., como quiera que fue con ella con quien primero se perfeccionó el traslado de régimen de la actora.

Aclarado lo anterior, es necesario señalar de una vez que de la prueba documental y testimonial arrimada y valorada en 1º instancia, no se desprende el cumplimiento de los deberes profesionales de la AFP demandada, como quiera que las declarantes, todas ellas antiguas excompañeras de trabajo de la actora al momento en que se gestionó su traslado de régimen, apenas si tienen vagos recuerdos de la manera cómo este se dio, aunque recuerdan que fue producto de una reunión masiva citada por los directivos de la Universidad Andina, de modo que de sus dichos no puede colegirse que la actora recibió información suficiente, amplia y oportuna acerca de las implicaciones de dicho traslado.

En efecto, las señoras **ESPERANZA CÁRDENAS PACHÓN**, **MARTHA LUCIA GONZALEZ ALVARAN** y **MARGARITA LUCERO PEREZ**, recordaron que en 2001, al inicio del segundo semestre académico del año, fueron citadas a una reunión con la directora de gestión humana de la universidad, quien se encontraba acompañada de un empleado de la AFP SANTANDER (HOY PROTECCIÓN), y allí les indicaron que debían trasladarse a un fondo privado porque era mejor que el ISS. Todas ellas coincidieron en señalar que no hubo explicación alguna de las características del RAIS, ni se informó acerca de las diferencias entre este y el Régimen de Prima Media (RPM), pues el asesor se limitó a indicar que el RAIS ofrecía una pensión anticipada y más alta que la otorgaba el ISS.

Es claro entonces que las pruebas recaudadas en primera instancia no son suficientes para concluir que la AFP demandada cumplió con su deber de proporcionar a la demandante información clara, precisa, oportuna y comprensible de las implicaciones del cambio de régimen. Y aunque en efecto el RAIS, como lo reconoció la propia demandante en interrogatorio de parte, tiene la ventaja de ofrecer una pensión anticipada (es decir, antes de la edad mínima de pensión prevista en el otro régimen), ello y el monto de la misma, como es bien sabido, depende de varios factores, tales como el rendimiento del saldo de la cuenta de ahorro individual, esto es, de la fluctuación del mercado de valores y de la utilidades del portafolio de inversiones del Fondo, del valor del bono pensional, si a este hubiere lugar; de la edad de los potenciales beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y de la edad en que la afiliado pretenda reclamar tal prestación, etc., aspectos sobre los que no hay prueba de que se haya ofrecido información alguna al afiliado por parte de la AFP.

Lo anterior es suficiente para confirmar la decisión de primera instancia, pues como se ha expresado en otros asuntos de la misma naturaleza, en aquellos eventos en los que se presenta una segunda afiliación dentro del régimen a una AFP distinta a la que primero se afilió el demandante, como es aquí el caso, esta no adquiere ninguna validez ni ratifica la primera, pues el primer acto que perfeccionó el traslado estuvo viciado de nulidad (o ineficacia), y, por tanto, no produjo los efectos esperados.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Risaralda)**, **Sala Laboral No. 1**, Administrando Justicia en Nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO**. - **CONFIRMAR** la sentencia de la referencia.

**SEGUNDO.** – **CONDENAR en costas procesales** a las codemandadas apelantes.

Notificación surtida en estrados. Cúmplase y devuélvase al Juzgado de origen.

La Magistrada ponente,

### **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

 Magistrada Magistrado

1. Estatuto Orgánico del Sistema Financiero [↑](#footnote-ref-1)