El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en el audio que reposa en la Secretaría.

Providencia: Sentencia - 2ª instancia - 10 de noviembre de 2017

Proceso: Ordinario laboral – Revoca decisión del a quo y niega las pretensiones

Radicación No.: 66001-31-05-005-2015-00494-01

Demandante: Guillermo Restrepo Muñoz

Demandado: Colpensiones y Porvenir S.A.

Juzgado de origen: Quinto Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

Tema:

Retorno al régimen de prima media: La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL-12136 de 3 de septiembre de 2014, radicación Nº 46.292, si bien abandonó el concepto de “nulidad” del traslado por vicios del consentimiento (o por omisión de información) para advertir que en este tipo de casos, lo que debe de analizarse es si el acto jurídico que generó el traslado de régimen resulta o no ineficaz, lo cierto es que, tal como lo concluyó atinadamente la Jueza de instancia, con dicho precedente procura la protección de aquellas personas a quienes, siendo beneficiarias de la transición sólo por edad, no se les advirtió el riesgo que estaban asumiendo al trasladarse al RAIS, el cual radicaba, nada más y nada menos, que en perder definitivamente la posibilidad de acudir a una de las disposiciones normativas previas a la Ley 100; por lo que en los procesos en donde se solicita el retorno al régimen de prima medida *–con los beneficios del régimen de transición-* recae en cabezade la AFP del RAISla carga de demostrar que brindó la información relativa a la pérdida del régimen de transición, con suma diligencia, prudencia y pericia.

**LA SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, MEDIANTE SENTENCIA SL613-2022, RADICACIÓN Nº 80598, DE FECHA 1° DE MARZO DE 2022, QUE PUEDE SER CONSULTADA EN LA PÁGINA WEB DE DICHA CORPORACIÓN O EN EL ARCHIVO QUE ESTÁ A CONTINUACIÓN DE ÉSTE, CASÓ EL PRESENTE FALLO Y “EN SEDE DE INSTANCIA” CONFIRMÓ LA SENTENCIA PROFERIDA POR EL JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CIRCUITO DE LA CIUDAD, QUE ACCEDIÓ A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.**

#### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

#### SALA DE DECISIÓN LABORAL No. 1

Magistrada ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_\_**

##### Sistema oral - Audiencia de juzgamiento

Siendo las 9:40 a.m. de hoy, viernes 10 de noviembre de 2017, la Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior de Pereira se constituye en audiencia pública de juzgamiento en el proceso ordinario laboral instaurado por **Guillermo Restrepo Muñoz** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** 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…

**S E N T E N C I A**

Como quiera que los argumentos expuestos en las alegaciones fueron tenidos en cuenta en la discusión del proyecto, procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir S.A. y a revisar en sede de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira el 24 de noviembre de 2016, dentro del proceso ordinario laboral reseñado con anterioridad.

**Problema jurídico por resolver**

 De acuerdo a lo expuesto en la sentencia de primera instancia, le corresponde a la Sala determinar si la afiliación por medio del cual el demandante se trasladó al RAIS es o no ineficaz.

1. **La demanda y su contestación**

El citado demandante solicita que se declare la nulidad de la afiliación que efectuó a Colpatria Pensiones y Cesantías, hoy Porvenir S.A., y por ende, que está vigente y sin solución de continuidad su afiliación al régimen de prima media administrado por Colpensiones, contando en toda su vida laboral con 1669 semanas cotizadas.

Como consecuencia de lo anterior, procura que se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes que efectuó, con sus rendimientos y sin ningún tipo de descuento, y a pagar la diferencia que existe entre los aportes que realizó en dicho fondo y los que debió realizar a Colpensiones. Por otra parte, solicitó que se condenara a Colpensiones que reactivara su afiliación.

Finalmente, solicita que se condene a las demandadas al pago de las costas procesales.

Para fundar dichas pretensiones manifiesta que nació el 5 de abril de 1955 y se afilió al entonces I.S.S. desde el 8 de julio de 1971, cotizando hasta el 31 de octubre de 2000 un total de 1041,31 semanas. Agrega que el 28 de agosto de 2000 se trasladó al R.A.I.S., a través de Colpatria Pensiones y Cesantías, hoy Porvenir S.A., fecha en la que contaba con 45 años de edad, y que dicho traslado se llevó a cabo en las instalaciones de la Trilladora Acme, ubicada en el municipio de Cartago – Valle.

Afirma que el señor Armando López Botero fue quien lo aseguró en el fondo de pensiones del RAIS, brindándole información imprecisa, pues le indicó que el monto que recibiría como pensión era una suma superior a la que le reconocería el I.S.S., y que dicho ente, además, desaparecería. Refiere que el aludido empleado tampoco realizó las proyecciones económicas para saber cuánto capital debía haber acumulado en su cuenta de ahorro individual para pensionarse con una mesada superior al salario mínimo, y que lo atemorizó cuando le aseguró que perdería lo cotizado en el I.S.S. sino se trasladaba.

Indica que en el año 2007 se acercó a consultar sobre su pensión a Porvenir S.A., donde se le informó que su mesada estaba proyectada sobre un salario mínimo; por lo que acudió al I.S.S. para que le permitiera regresar al régimen de prima media, solicitud que fue trasladada por esa entidad el 13 de diciembre de 2007 a Porvenir, sociedad que negó el traslado.

Refiere que el 30 de abril de 2009 solicitó a Horizonte Pensiones y Cesantías, que en su momento había absorbido a Colpatria, que lo trasladara al I.S.S., lo cual fue negado bajo el argumento de que no cumplía los requisitos de las sentencias C-789 de 2009 y C-1024 de 2004, para regresar al régimen de prima media. Solicitud que fuera presentada nuevamente ante Horizonte el 27 de agosto de 2009 y que también fue negada.

Sostiene que el 24 de marzo de 2015 Porvenir S.A. hizo nuevamente la simulación del cálculo de la pensión, lo cual arrojó una suma de $1.329.400 si dejara de cotizar en ese momento, y de $1.337.100 si cotizara el 100% del tiempo hasta la edad de la pensión.

Indica que durante los últimos 10 años tuvo un promedio de ingreso base de liquidación oscilante entre más de 10 salarios mínimos, por lo que su IBL es de $4.034.175.17, que al aplicarle una tasa de reemplazo del 72,94% arroja una primera mesada de $2.942.553, superior a la simulada por Porvenir. Por otra parte, si se calcula el IBL hasta que cumpla los 62 años tiene derecho a un IBL de $3.042.433.69, que al aplicarle una tasa de reemplazo del 76.82% arroja una mesada de $2.337.065.45.

Por último manifiesta que cotizó al régimen de ahorro individual un total de 619 semanas, y que a la presentación de la demanda cuenta con 1669 semanas cotizadas en toda su vida laboral.

Colpensiones aceptó los hechos relacionados con la edad del demandante; su afiliación al I.S.S. desde el 8 de julio de 1971; que cuenta con 1041,31 semanas cotizadas en esa entidad hasta el 31 de octubre de 2000; que el 28 de agosto de 2000 el actor suscribió contrato de traslado al RAIS, a través de Colpatria y que en esa fecha contaba con 45 años de edad. Así mismo, aceptó que remitió a Porvenir la solicitud de traslado presentada por el actor en el año 2007, la cual fue negada por aquella sociedad y que el demandante solicitó ante Horizonte Pensiones y Cesantías el traslado al régimen de prima media el 30 de abril de 2009, el cual fue negado.

Finalmente, refirió que eran ciertos los hechos relativos a la proyección de la pensión que hizo Porvenir al actor en el año 2015. Frente a los demás hechos manifestó que no le constaban, que no eran ciertos o que no eran hechos como tal.

Seguidamente, respecto a las pretensiones dirigidas en contra de Porvenir S.A., indicó que se atenía a lo que resultara probado, oponiéndose a la condena en costas en su contra; en consecuencia, propuso la excepción de mérito que denominó “Inexistencia de la obligación”.

Por su parte, Porvenir S.A. aceptó como ciertos los hechos que refieren a la edad del actor; la suscripción del contrato con Colpatria el 28 de agosto de 2000 y la edad que tenía el actor en esa calenda. Igualmente aceptó que el I.S.S. remitió a Porvenir la solicitud de traslado presentada por el actor en el año 2007, la cual fue negada por aquella sociedad, y que el demandante solicitó ante Horizonte Pensiones y Cesantías el traslado al régimen de prima media el 30 de abril de 2009, el cual fue negado.

Aceptó como ciertos que hizo una proyección de la pensión a que tenía derecho el actor en el año 2015 y, frente a los demás hechos, manifestó que los negaba o que no le constaban.

Por otra parte, se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra y propuso la excepción de mérito que denominó “Validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad e inexistencia de vicios del consentimiento”; “Caducidad de la acción” y “Prescripción”; “Buena fe” y la “Innominada o genérica”.

1. **La sentencia de primera instancia**

 La Jueza de conocimiento declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por Porvenir S.A. y Colpensiones, y determinó que el traslado del régimen de prima media al RAIS, efectuado por el señor Guillermo Restrepo Muñoz es ineficaz.

 Como consecuencia de lo anterior, ordenó a la AFP Porvenir que restituya a Colpensiones la totalidad de los aportes efectuados por el señor Guillermo Restrepo en el RAIS, con sus correspondientes rendimientos y con las respectivas diferencias de aportes si a ello hubiere lugar, y ordenó a Colpensiones que realice todas las diligencias administrativas correspondientes para la correspondiente afiliación del demandante en el régimen de prima media. Por último, condenó en costas procesales a Porvenir S.A.

 Para llegar a la anterior determinación la A-quo consideró, en síntesis, que de conformidad con las pruebas testimoniales traídas por la parte demandante se podía concluir que Colpatria, hoy Porvenir S.A., no suministró al actor una información suficiente, clara y completa al momento de efectuar el traslado al RAIS, pues no le hizo una proyección comparativa de las ventajas de ambos regímenes, en el que se le presentara de manera técnica y jurídica una información que le permitiera de manera libre y voluntaria, en los términos del precedente adoptado por este Tribunal, hacer un cambio de régimen de manera acertada. Lo anterior en razón a que, más allá de indicársele que la pensión podía cambiar de acuerdo al mercado, no se le indicó de manera concreta las desventajas que tenía el cambio de régimen pensional, no se le habló de las diferentes mesadas pensionales ni tampoco se le indicó que para los cálculos actuariales en el RAIS no solo se tenía en cuenta el capital acumulado sino que también insidia su expectativa de vida y de sus beneficiarios.

 Agregó que con el dictamen pericial allegado al proceso se puede concluir que el actor tiene derecho a una mejor pensión en el régimen de prima media y que éste trascendía en la litis por cuanto la parte demandada no aportó una prueba técnica que permitiera concluir que para el año 2000 las ventajas financieras del RAIS eran mejores para el actor que las del régimen de prima media; pues para esa calenda pudo haber hechos unas proyecciones con el aumento promedio de los salarios y las semanas que debía tener al momento de pensionarse, con las que se pudiera concluir que el régimen de ahorro individual pudiera ser mejor.

 Finalmente indicó que los antecedentes jurisprudenciales de la ineficacia se aplicaban en el presente asunto, independientemente de que le señor Guillermo Restrepo no haya sido beneficiario del régimen de transición.

1. **Recurso de apelación y procedencia de la consulta**

El apoderado judicial de Porvenir S.A. apeló la decisión arguyendo que el precedente jurisprudencial de este tribunal sentado respecto de la nulidad o ineficacia del traslado no se aplica en el presente caso, pues con la prueba testimonial allegada al proceso se demostró que el traslado o vinculación a la AFP Colpatria del señor Guillermo Restrepo fue libre y voluntaria.

Alegó que la sentencia de instancia pierde de vista que la afiliación a la AFP Colpatria se realizó en el año 2000, cuando no era obligación de los fondos realizar ningún tipo de cálculo ni proyección económica de la mesada pensional del afiliado o presunto cliente, ya que esa exigencia nació a partir del año 2014. Además, lo que está plenamente probado es que Colpatria, de buena fe, proyectó la mesada pensional del demandante con base en los factores que para la época de la afiliación arrojaba la economía, las tasas de interés, la inflación, o las tasas de mortalidad, que eran distintas a las que hoy se aplican. Y resaltó que los cálculos fueron hechos en el año 2000, anualidad en la que, según los cálculos, para el demandante era mejor estar en un fondo privado, porque la rentabilidad era muy alta, lo que no acontece actualmente, y esas son situaciones que no lo manejan los fondos ni los asesores, ya que dependen de las leyes del mercado.

Respecto del deber de información, con la prueba testimonial ha quedado plenamente probado que el demandante fue debidamente asesorado, pues el asesor a través del cual se vinculó, en su testimonio aseguró que había realizado 4 visitas al actor, 4 reuniones en donde se le había explicado de forma clara y precisa en qué consistía el régimen de ahorro individual y el de prima media. Igualmente, el testigo Fabio Barahona indicó que la información brindada por la AFP para la época era suficiente para tomar una decisión, pues se le permitieron hacer preguntas y hubo formas de absolver dudas.

Finalmente refirió que el peritaje efectuado en el proceso no prueba vicios en el consentimiento ni el supuesto engaño que alega la parte demandante, pues en él se tomaron factores de la economía colombiana al momento de hoy y con las tablas de mortalidad vigentes a la fecha, los cuales pueden cambiar en un año, pudiendo ser mayor o menor el valor de la pensión.

Por otra parte, teniendo en cuenta que la orden también estuvo dirigida en contra de Colpensiones, y que dicha entidad sería la obligada a reconocer la prestación por la ineficacia decretada en primera instancia, se dispuso el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

1. **Consideraciones**
	1. **Hechos por fuera de debate**

Son hechos que se encuentran por fuera de discusión los siguientes:

1. Que el demandante **no fue beneficiario del régimen de transición**, pues nació el 5 de abril de 1955 y, por lo tanto, al 1º de abril de 1994 contaba con 38 años de edad (fl. 26); además, no contaba con 15 años o más de servicios cotizados a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (fl. 33).
2. Que se trasladó al RAIS a partir del 1º de octubre de 2000, de conformidad con la afiliación suscrita el 28 de agosto del misma año (fl. 28) y,
3. Que el 13 de diciembre de 2007 presentó ante el I.S.S. solicitud de traslado al régimen de prima media (fl. 41).
	1. **Caso concreto**

Al margen de lo expuesto por el apelante en el recurso de alzada, al conocerse este asunto en virtud del grado jurisdiccional de consulta la Sala se permite abordar en su totalidad el objeto de la litis para manifestar, de entrada, que en el caso de marras para concluir que la decisión de primer grado debe ser revocada para, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda, pues como primera medida, en la sentencia SU-130 de 2013,*que hizo un recuento jurisprudencial relacionado con la posibilidad de retornar al régimen de prima media con prestación definida con los beneficios transicionales*, se concluyó que dicha prerrogativa está dirigida a aquellas personas que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaban con 15 años de servicios, excluyendo a quienes se beneficiaron de la transición únicamente por edad.

Por otra parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL-12136 de 3 de septiembre de 2014, radicación Nº 46.292, si bien abandonó el concepto de “nulidad” del traslado por vicios del consentimiento (o por omisión de información) para advertir que en este tipo de casos, lo que debe de analizarse es si el acto jurídico que generó el traslado de régimen resulta o no ineficaz, lo cierto es que, con dicho precedente procura la protección de aquellas personas a quienes, , **siendo beneficiarias de la transición sólo por edad**, no se les advirtió el riesgo que estaban asumiendo al trasladarse al RAIS, el cual radicaba, nada más y nada menos, en perder definitivamente la posibilidad de acudir a una de las disposiciones normativas previas a la Ley 100. La Corte concluyó que en esos eventos recae en cabezade la AFP del RAISla carga de demostrar que brindó la información relativa a la pérdida del régimen de transición, con suma diligencia, prudencia y pericia.

Para las personas que no son beneficiarias del régimen de transición, como el aquí demandante, la situación se ha manejado por esta Corporación de manera diferente, atendiendo las particularidades de cada caso.

Ahora, en lo relativo a la carga de la información que le compete a la AFP del RAIS, si bien debe ser clara y suficiente, también para quienes no hacen parte del régimen de transición, lo cierto es en que en el año 2000 no había un riesgo objetivo que debiera ponérseles de presente y, por lo tanto, la información que se les otorgara no podía ser otra distinta a la consagrada en los artículos 59 y s.s. de la ley 100 de 1993.

En el sub lite, la información brindada al actor **para el 28 de agosto de 2000** radicaba básicamente en que las condiciones para acceder a las prestaciones en ambos regímenes eran similares; que el monto de las cotizaciones era el mismo y que las implicaciones de la eventual decisión de traslado prácticamente no existían; aunado al hecho de que, bajo unas circunstancias específicas, podía acceder a la pensión de vejez antes de la edad mínima establecida en el régimen de prima media o que, incluso, podía ser superior. No obstante, era imposible establecer la fluctuación del mercado, que incide en los rendimientos de los ahorros de los afiliados a los fondos privados.

Ahora bien, a una persona que no estaba cobijada por el régimen de transición no era necesario que se le pusiera de presente que podía regresar al régimen de prima media, pues la misma normatividad consagraba que podía trasladarse de un régimen a otro, en un principio cada 3 años y después cada cinco, pero con la advertencia de que ello solo podía efectuarlo siempre y cuando le faltaran más de 10 para acceder a la prestación. En el sub examine, una vez realizada la escogencia de régimen, el demandante contaba con la posibilidad legal de retornar al de prima media hasta el 5 de abril de 2007[[1]](#footnote-1), esto es, tenía más de 9 años desde la suscripción del contrato de vinculación al RAIS para retornar al de prima media, sin embargo no lo hizo oportunamente.

Por lo brevemente discurrido se revocará la decisión de primera instancia. Las costas en primera instancia correrán a cargo del demandante y a favor de las demandadas en un 100%, y se liquidarán por la secretaría del Juzgado de origen. En esta sede no se causaron por revocarse el asunto con ocasión del grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, **la Sala No. 1º de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

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

**PRIMERO**.- **REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **Guillermo Restrepo Muñoz** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** y **Porvenir S.A.**

**SEGUNDO.-** Negar las pretensiones del señor **Guillermo Restrepo Muñoz.**

**TERCERO**.-Las costas en primera instancia correrán a cargo del demandante y a favor de las demandadas en un 100%, y se liquidarán por la secretaría del Juzgado de origen. En esta sede no se causaron por revocarse a prorrata el asunto con ocasión del grado jurisdiccional de consulta.

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

La Magistrada,

### ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Los Magistrados,

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

1. 10 años y 1 día antes del cumplimiento de los 62 años de edad; edad que le era exigible a la demandante porque cumplió los 60 años el 5 de abril de 2015. [↑](#footnote-ref-1)