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: 66001-31-05-004-2016-00263-01

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: María Lucelly Colorado Villa

Demandado: Colpensiones

 Porvenir S.A.

Juzgado de origen: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira.

**TEMAS: INEFICACIA DEL TRASLADO / CARGA PROBATORIA / CUANDO NO ES BENEFICIARIO DE RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DEMANDANTE DEBE PROBAR ENGAÑO O ERROR DE INFORMACIÓN / DIFERENCIAS ENTRE LA MESADA RECIBIDA Y LA QUE DEBIERA RECIBIR SI ESTUVIESE EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA NO PRUEBA ENGAÑO O INFORMACIÓN EQUIVOCADA / CONFIRMA / NIEGA /**

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…

De acuerdo con la interpretación que se hace de las normas y de la jurisprudencia en cita, se ha venido sosteniendo por esta Corporación, 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 indicio de la falta de información al configurar un detrimento para el posible pensionado, quien ve frustrada la posibilidad del reconocimiento de la prestación con sujeción a las normas anteriores, que le resultaban más favorables, por lo que en ese entendido se ha puntualizado que la carga de la prueba se encuentra en cabeza 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 los dos regímenes se encuentran previstos en la Ley 100 de 1993 y presentan además de características diferentes, similitudes en cuanto las prestaciones que otorgan…

(…)

Finalmente, aunque la demandante allegó la liquidación de la AFP –fls. 54 y s.s.- concerniente al valor de lo que percibiría como mesada pensional cuando cumpla los 62 años -, por valor de $689.455 y el valor que se indica en la demanda percibe por salario para el 2015 de $2´513.001, de todos modos no habría lugar a declarar la ineficacia del traslado, porque ello no significa que al momento del traslado se le dio una información equivocada o mentirosa por parte de la AFP Colpatria S.A., pues la cuantificación de la pensión depende de conocer con certeza cuáles son los ahorros que en realidad acumularía en su cuenta de ahorro individual y sus rendimientos, así como el valor del correspondiente bono pensional, tal y como se indica en el oficio del 24 de junio de 2015, librado por Colfondos S.A.

**LA SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, MEDIANTE SENTENCIA SL596-2022, RADICACIÓN Nº 82770, 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 Y MODIFICÓ LA SENTENCIA PROFERIDA EL 26 DE MAYO DE 2017 POR EL JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE LA CIUDAD, QUE ACCEDIÓ A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.**

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**AUDIENCIA PÚBLICA**

En Pereira, a los tres (03) días del mes de julio de dos mil dieciocho (2018), siendo las nueve y treinta de la mañana (09:30 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. respecto de la sentencia proferida el 30 de mayo de 2017 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve la señora **María Lucelly Colorado Villa** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** yel **Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.,** radicado al N° 66001-31-05-004-2016-00330-01**.**

**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**

La señora María Lucelly Colorado Villa solicita como pretensiones que se declare nulo ineficaz el traslado que efectuó del régimen de prima media al RAIS; en consecuencia, se condene a las demandadas a autorizarle el retorno al RPM y, a Porvenir S.A. girarle a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados por la actora. Por último, solicita se reconozca lo ultra y extra petita que resulte probado, costas y agencias en derecho.

Fundamenta sus aspiraciones en que: (i) nació el 10/04/1954 y ha prestado sus servicios al ICBF desde el 14/03/1983, sin solución de continuidad y hasta la fecha de presentación de la demanda; (ii) la AFP Colpatria –hoy Porvenir S.A.-, la asesoró falsamente para convencerla de trasladarse al RAIS, en tanto se le indicó que obtendría una mesada pensional anticipada y en un monto superior a la del RPM; (iii) el 17/02/1998 suscribió formulario de traslado; (iv) el 05/05/2016 Porvenir S.A., le informó que el capital acumulado en su cuenta individual, así como el bono pensional ascendía a $92`047.599 y que el IBL de los últimos 10 años era de $2´513.001, que tendría derecho a la pensión cuando cumpliera los 62 años -10/04/2021- y en cuantía de 1 SMLMV.

(v) Si no se hubiera trasladado al RAIS, su pensión a partir 10/04/2016, sería de $1`859.118, de conformidad con la fórmula prevista por el artículo 34 de la Ley 100/93; (vi) en este orden de ideas, se deduce que la asesoría de Colpatria fue claramente engañosa y alejada de la realidad.

(vii) El 27/04/2016, solicitó a Colpensiones el traslado al RPM, pero le fue negada mediante oficio Nº BZ2016\_4192937\_104220, porque le faltaban menos de 10 años para pensionarse; (viii) contra ese acto administrativo interpuso los recursos de ley, pero le fue ratificada la decisión primigenia y se le informa que la única posibilidad es cumplir los requisitos de la sentencia SU-062 –sic-; (ix) la misma petición elevó a Porvenir, pero se le indicó que la única manera de lograrlo era contar con la orden de autoridad que considerara que había existido irregularidad en su afiliación.,

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 de la actora a esa entidad es válida y por ello ha surtido efectos por más 18 años, tiempo durante el cual ha realizado aportes, con lo cual ratifica su voluntad de permanecer en el mismo. De otro lado, indica que es a la parte actora a la que le corresponde probar, conforme con el artículo 167 del C.G.P. el error en que presuntamente la indujo Colpatria. Interpuso las excepciones de mérito que denominó “Validez de la afiliación a Porvenir e Inexistencia de vicios en el consentimiento”, “Inexistencia de la obligación”, “Caducidad de la acción”, “Prescripción”, “Buena fe” y la “Innominada o Genérica”.

1. **Síntesis de la sentencia**

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, declaró la ineficacia del traslado al RAIS efectuado por la demandante; ordenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones, todos los aportes, incluidas las sumas adicionales y rendimientos con que aquel contara en su cuenta de ahorro individual. Finalmente, ordenó a esta última realizar la afiliación de la actora en el RPM de forma retroactiva, es decir, desde el 01/09/1999 y verifique que la suma que se le traslada sea por lo menos equivalente al valor que hubiere aportado la demandante de estar afiliada a esa entidad.

Para arribar a las anteriores conclusiones, luego de hacer alusión a la normativa y jurisprudencia que regula la materia, precisó que 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 y voluntaria cuando la persona desconoce la incidencia del traslado frente a sus derechos prestacionales, ni puede entenderse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica, por lo que deben las AFP dar cuenta de que documentaron suficientemente acerca de los efectos que acarrea el traslado, so pena de declarar ineficaz ese tránsito; de tal manera que en eventos como el presente, se invierte la carga de la prueba a la entidad demandada.

Ahora bien, en el interrogatorio de parte, la demandante acepta que para la época del traslado se escuchaba que CAJANAL se iba a acabar y que existía riesgo de perder sus aportes y que por lo tanto, recibió la visita de varios fondos y que concretamente el asesor le indicó que se podía pensionar cuando quisiera; retirar el dinero que por lo demás era heredable, lo que no ocurría en el ISS y que como no tenía hijos menores de 18 años, optó mejor por trasladarse al RAIS.

Por su parte, los testigos coinciden con la actora, en el sentido de las reuniones con los fondos y las visitas personalizadas; la falta de información suficiente y sobre todo, que se les informó que se pensionarían a cualquier edad y con una mesada superior si permanecían a CAJANAL y que los aportes eran considerados como una herencia para los familiares en caso del fallecimiento del afiliado.

Se probó por la parte actora que la mesada que va a recibir en el RAIS cuando cumpla los 62 años, es el equivalente al SMLMV –fl. 190 a 192-, pese a que su IBL es superior a ese monto –fls. 46 a 49-, lo que evidencia una desmejora en la mesada pensional; por lo que se colige que el asesor de Colpatria faltó a por lo menos dos de sus ofrecimientos: pensión a cualquier edad y una mejor mesada; situación que no fue desvirtuada por Porvenir en este proceso.

Ahora, respecto a la posibilidad de traslado a Colpensiones, si bien la actora no estuvo afiliada en anterior oportunidad, por ser esa entidad la única que integra el RPM, es perfectamente viable ese proceder.

Frente a la posibilidad de solicitar la nulidad de traslado solo dentro de los 4 años siguientes a la fecha del traslado, recordó que conforme lo ha indicado esta Corporación en sentencia del 13/07/16 rad. 2013-00627, con ponencia del doctor Julio César Salazar Muñoz, es posible solicitarla en cualquier tiempo por estar atado al derecho fundamental a obtener una pensión.

1. **Recurso de Apelación.**

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada judicial de Porvenir la recurrió para argumentar que dentro del proceso se demostró que la actora estuvo vinculada a CAJANAL y nunca tuvo relación con el ISS, inclusive, en su interrogatorio de parte, indicó que nunca tuvo la intensión se trasladarse a esta administradora. De hecho, el testigo Héctor Fabio Valencia refirió que para ellos solo existía CAJANAL.

Afirmó que declarada la ineficacia, las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes y por lo tanto, como la demandante estaba afiliada a CAJANAL, debía ordenarse el traslado a esa entidad, pero como fue liquidada, no es posible que se devuelva y por lo tanto, debe permanecer en el RAIS. Incluso, la actora tuvo la oportunidad de afiliarse en su momento al ISS, pero no lo hizo, de hecho no cuenta con una 1 sola semana cotizada a ese régimen, por lo que no puede Colpensiones asumir esa carga.

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 cuando se expidió la Ley 100/93, los empleados públicos tenían la posibilidad de escoger cualquiera de los dos regímenes que fueron creados y en el presente asunto, la demandante tomó la decisión de manera libre y espontánea y se acogió al RAIS.

Los testigos fueron claros en manifestar los beneficios que traía, nunca refirieron de proyecciones de la pensión. De otro lado, indicó no comprender porque dos de las testigos, amigas de la demandante, sí se acogieron a la amnistía y retornaron al RPM, pero la señora Colorado Villa no lo hizo.

Expresó que no es posible que se traslade al ISS, toda vez que carece de cotizaciones a esa administradora. Por último considera que la afiliación a la AFP fue consciente y carente de engaños, por lo que debe considerarse válida.

**CONSIDERACIONES**

1. **De los problemas jurídicos**

Visto el recuento anterior, la Sala formula los siguientes:

* 1. ¿Se le brindó una información falsa o engañosa a la actora que genere la ineficacia del traslado del RPM al RAIS?
	2. Si la respuesta al anterior interrogante fuere afirmativa, ¿Es viable declarar la ineficacia de la afiliación de la señora María Lucelly Colorado Villa al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y permitirle optar por el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones?

**2. Solución a los problemas jurídicos**

**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: (i) multas pecuniarias y (ii) 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 indicio de la falta de información al configurar un detrimento para el posible pensionado, quien ve frustrada la posibilidad del reconocimiento de la prestación con sujeción a las normas anteriores, que le resultaban más favorables, por lo que en ese entendido se ha puntualizado que la carga de la prueba se encuentra en cabeza 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 los dos regímenes se encuentran previstos en la Ley 100 de 1993 y presentan además de características diferentes, 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.

**2.1.2. Fundamento fáctico:**

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

*i)* la señora María Lucelly Colorado Villa no es beneficiaria del régimen de transición, porque al 01/04/1994, tenía 34 años de edad, dado que nació el 10/04/1959, tal como se extrae de las copias del registro civil de nacimiento – fl. 50- y de la cédula de ciudadanía –fl. 51 cd. 1.- y; menos de quince (15) años de servicio, pues su ingreso al ICBF, conforme al certificado de información Laboral expedido por esa entidad –fl. 29 y s.s. del cd. 1- fue el 14/03/1983, lo que implica que para esa fecha llevaba 11 años, 11 meses y 16 días; *ii)* en la actualidad se encuentra afiliada 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, como se extrae del documento visible a folio 67 del cd. 1.

En ese escenario, al no ser la actora beneficiaria del régimen de transición, no emerge el indicio de mal asesoramiento o falta del mismo, como sí se daría en el caso contrario con el mero traslado, por ende, le corresponde acreditar que este no estuvo precedido de suficiente información para realizar el cambio de dicho régimen y las consecuencias, tanto positivas como negativas que ello le generaba, máxime que aparece suscrito el formulario de afiliación a la AFP, donde se hace constar que ello ocurrió de manera libre y espontánea.

Precisamente, la parte demandante afirma en la demanda que el traslado obedeció a engaños del asesor de la AFP Colpatria –hoy Porvenir S.A.- y para probar tal afirmación solicitó los testimonios de los señores Mariela Restrepo Ocampo, Héctor Fabio Valencia López, Olga Inés Botero Duque y Miriam Montoya Cuervo, compañeros de trabajo de aquella en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF- y quienes, a excepción del señor Valencia López, optaron igualmente por trasladarse al RAIS.

En síntesis manifestaron los referidos declarantes que decidieron trasladarse al régimen administrado por los fondos privados cuando tuvieron conocimiento de la liquidación de CAJANAL, época en la que el asesor del fondo privado que los visitó en las instalaciones del ICBF, les informó solo los aspectos benéficos de estar en ese nuevo régimen, como que si fallecían antes de obtener el reconocimiento de la pensión de vejez, la misma no se perdía, sino que haría parte de la masa sucesoral; así mismo, que podían decidir cuándo retirarse u obtener la pensión.

Afirmaron, que el asesor en ningún momento les efectuó la proyección de la mesada pensional que percibirían en cada uno de los regímenes –público o privado-.

Los señores **Olga Inés Botero Duque** y **Héctor** **Fabio Valencia López,** fueron los únicos que indicaron que de la información que les suministró el asesor del fondo, se resaltaba que el porcentaje de la pensión podía ser superior al 75%, que era la ofrecida por el ISS.

Por su parte, **la actora** agregó que la razón principal por la que decidió pasarse al RAIS fue por la liquidación de CAJANAL, por lo que se encontraban en una posibilidad muy alta de perder los aportes. Refirió que del Seguro Social no fueron a dar charlas en su lugar de trabajo, como sí lo hicieron de los fondos privados, pero que en todo caso, su selección fue libre.

Debe resaltarse que la señora **Miriam Montoya Cuervo**, si bien se trasladó al RAIS, desde hace unos 15 años aproximadamente, se encuentra vinculada actualmente al ISS –hoy Colpensiones-, dado que realizó varias averiguaciones y fue a las instalaciones de esta entidad y pudo percatarse que eran mejores las condiciones que ofrecía.

Así mismo, afirmó la señora **Mariela Restrepo Ocampo**, que ella se trasladó al ISS, cuando hubo una amnistía, decisión que tomó por lo que se comentaba en el medio institucional, es decir, por sus compañeros del ICBF, quienes expresaban que para poder obtener una mesada pensional de buen nivel, debían realizar aportes muy altos.

Según lo expuesto en el hecho quinto del libelo, la parte actora tilda como engañosa la información que le fue suministrada en su momento por la AFP Colpatria, bajo el entendido que se le indicó que la pensión podía ser obtenida en forma anticipada y por un valor superior a la del RPM y con derecho a excedentes de libre disposición; pero debe dejarse totalmente claro que en ningún momento se refirió que la motivación de traslado fue el obtener una prestación superior al 75% del IBL.

Sin embargo, lo que logró acreditarse con la prueba testimonial practicada fue que la información brindada fue veraz, dado que es totalmente acorde con la ley la posibilidad de pensionarse anticipadamente de resultar suficiente el capital ahorrado con sus rendimientos (art. 64 de la Ley 100 de 1993), y devolvérsele los saldos en el evento de no ser posible otorgarse una pensión mínima (artículos 66,72 y 78 de la Ley citada) o hacer parte de la masa sucesoral los aportes ante la no existencia de beneficiarios (art. 76 ibídem).

Ahora, referente a la liquidación de CAJANAL, si bien dicho hecho es cierto, pues así dispuso por el Gobierno Nacional en el año 2009 mediante Decreto 2196 de ese año, en lo que se refiere a pensiones, debe tenerse en cuenta que desde el año 1998, la Corte Constitucional mediante sentencia T-068, había declarado el estado de cosas inconstitucional de esa entidad, dados las deficiencias presentadas en relación con la resolución de las peticiones pensionales; de tal manera que se entenderá que a esta situación es que se referían los testigos, más no a la liquidación o extinción de la misma.

Pero, en todo caso, de haberse dado la referida liquidación efectivamente para el año 1998, surge para la Sala el siguiente interrogante ¿por qué la actora no optó por afiliarse al ISS, pese a conocer de su existencia?, de lo que se infiere que las prerrogativas o beneficios que se le ofrecieron y se mencionaron, resultaron suficientes para que se convenciera y se trasladara a la AFP demandada, que no le interesara conocer los pormenores del régimen administrado por el ISS.

Dicha forma de proceder demuestra que no fue proactiva, pues lo mínimo que debió hacer fue comparar cuál de las dos opciones con las que contaba era la que más le beneficiaba y si los funcionarios del ISS no fueron al ICBF como si lo hicieron los fondos privados, pues ella debió acudir a obtener la correspondiente información en ese momento y no intentar corregir su pasividad 20 años después, como pretende hacerlo y lo hizo otro de sus compañeros.

Es que, surge un interrogante adicional, ¿Por qué no intentó o buscó trasladarse al RPM como sí lo hicieron la mayoría de sus compañeros?, lo cual denota la incuria u omisión con la que continuó actuando, para de cierta manera enmendar los efectos del que ahora considera traslado engañoso, pues no se demostró en este proceso que haya existido algún evento que se lo impidiera.

En lo que respecta a la inconformidad que plantea la señora María Lucelly Colorado Villa, en el sentido que la mesada pensional a percibir en el RAIS es muy inferior al salario que devenga en la actualidad, de lo que se enteró por el “camino pensional” que le realizó Porvenir S.A. en el 2016, y que era esa la razón para solicitar el traslado a Colpensiones, este es un claro indicador de que su inconformidad realmente no proviene de que se le haya dado una información que no concuerde con la realidad y que hubiere producido en ella un convencimiento erróneo sobre las particularidades del régimen de ahorro individual con solidaridad, como lo expuso en la demanda, sino del perjuicio económico que pueda derivar de una eventual mesada pensional de muy bajo monto, lo que tiene directa relación con el manejo de su portafolio, por lo que constituye un riesgo que decidió asumir.

Aunado a lo anterior, en el presente asunto, cobra relevancia que para el año 1998 cuando la actora optó por el RAIS, conforme con la historia laboral emitida por Porvenir S.A. –fl. 46 y s.s. del cd. 1-, su salario era en promedio de $535.000, es decir, aproximadamente, dos SMLMV de esa época, monto que difiere del devengado para el año 2016, según se refiere en el hecho 9 de la demanda y que corresponde a $2´513.001, es decir, el equivalente a 3,64, aspecto que obviamente modifica las expectativas que le fueron planteadas al momento de trasladarse y en las que efectivamente pueda encontrarse en la actualidad, pues el promedio de los salarios es el que determina el monto de la mesada pensional, que de devengarse en el RPM debe liquidarse con base en los últimos 10 años, periodo en el cual es que se advierten los mayores salarios percibidos por la demandante, situación que se itera, no era la que se presentaba cuando de manera libre decidió por vincularse al Colpatria S.A. – hoy Porvenir S.A.-

Ahora bien, resulta necesario traer a colación que antes de verificarse el traslado de la señora Colorado Villa al régimen privado, ella se encontraba vinculada a CAJANAL dada su condición de empleada pública, por lo tanto, a su IBL debía aplicarse una tasa de reemplazo equivalente al 75%; que en caso de haber seleccionado el RPM, gobernaría en su plenitud la Ley 100 de 1993, al no ser beneficiaria del régimen de transición como se explicó previamente, de ahí que su mesada pensional podía llegar a ser mínimo del 55% y máximo del 80% de su IBL, conforme lo prevé el artículo 34 *ibídem*, esto es, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos de cotización, a mayor ingresos menor tasa y consecuentemente, menor pensión y, este porcentaje depende también de las cotizaciones que exceden las semanas mínimas exigidas para adquirir el derecho pensional; tasa de reemplazo que incluso podría estar por encima de aquella a que tenía derecho con la Ley 33 de 1985, igual a lo que según los testigos le ofrecieron en el RAIS, opción que hubiese podido conocer de haber actuado de manera diligente, al haber indagado directamente ante el otrora ISS.

Finalmente, aunque la demandante allegó la liquidación de la AFP –fls. 54 y s.s.- concerniente al valor de lo que percibiría como mesada pensional cuando cumpla los 62 años -, por valor de $689.455 y el valor que se indica en la demanda percibe por salario para el 2015 de $2´513.001, de todos modos no habría lugar a declarar la ineficacia del traslado, porque ello no significa que al momento del traslado se le dio una información equivocada o mentirosa por parte de la AFP Colpatria S.A., pues la cuantificación de la pensión depende de conocer con certeza cuáles son los ahorros que en realidad acumularía en su cuenta de ahorro individual y sus rendimientos, así como el valor del correspondiente bono pensional, tal y como se indica en el oficio del 24 de junio de 2015, librado por Colfondos S.A.

Proyección que de haberse realizado para el año 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.

También debe ser considerado por esta Sala que para determinar si la actora en efecto recibió de parte de la AFP una información falaz o engañosa para lograr su traslado al RAIS como consecuencia del eventual silencio en relación con las consecuencias adversas que ello le generaba, debe tenerse en cuenta las circunstancias en que se encuentra un afiliado, esto es, que esté empezando a cotizar y a reunir los requisitos necesarios para condensar su derecho pensional, pues no son las mismas que pueden presentarse con el transcurrir de los años, donde pueden tener gran incidencia variables como el salario, la continuidad de la relación laboral, el comportamiento del mercado y los rendimientos que pueda generar el dinero depositado en su cuenta de ahorro individual, las que se desconocen, se insiste, cuando apenas se está a medio camino de reunir las exigencias legales para causar el derecho a la pensión de vejez; en consecuencia, 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 lo tanto, de las consecuencias que se podían generar en uno y otro régimen, fueran favorables o desfavorables.

Escenario diferente podría presentarse, cuando se trate de un afiliado que tiene una situación pensional consolidadao que por lo menos es beneficiario del régimen de transición, toda vez que resulta evidente que se existen derechos que pueden verse afectados por el traslado de régimen pensional, lo cual constituye un caso excepcionalísimo, para establecer que la falta de información sobre la afectación de los mismos, puede ser considerada como una información engañosa que dé lugar a la declaratoria de ineficacia del mismo, por lo que no tiene cabida en este asunto, la aplicación de la sentencia con radicado 31989 del 09/09/2008 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Entonces, habrá que decirse que no se demostraron las afirmaciones de la demanda, en el sentido que se le haya generado a la actora una falsa ilusión como producto de una actuación engañosa, como para declarar falta de eficacia del acto del traslado de régimen, de tal manera que resulta forzoso concluir que el traslado de la señora María Lucelly Colorado Villa fue eficaz, al ser su decisión libre e informada.

Adoptar una decisión en otro sentido, sería cohonestar que un afiliado al sistema general de pensiones, que escoge uno de los dos regímenes que lo integra y permanece en él por más de 20 años, beneficiándose de las prerrogativas que él ofrece como sería en el RAIS, a modo de ejemplo, que sus aportes hagan parte de la masa sucesoral en caso de no tener beneficiarios de la pensión, cuando ya esté próximo a pensionarse, no realizarse ningún riesgo y al considerar que el de Prima Media es mejor, intente su traslado bajo esta modalidad, al no serle posible intentarlo de otra manera, por la limitante que impone el literal e) del artículo 13 de la Ley 100/93, modificado por el artículo 2 de la Ley 797/03.

**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 30 de mayo de 2017 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por el señor **María Lucelly Colorado Villa** 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. Puede consultarse las sentencias proferidas en el 2018, dentro de los procesos radicados 2016-00025, 2016-00087 y 2016-00394. [↑](#footnote-ref-1)