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 respectiva Secretaría.

Asunto. Apelación

Proceso. Ordinario laboral

Radicación Nro.: 66001-31-05-003-2017-00127-01

Demandante: Alberto Cardona Jaramillo

Demandadas: Porvenir SA y Colpensiones

Juzgado de Origen: Tercero Laboral del Circuito de Pereira

**Temas: INEFICACIA DEL TRASLADO AL RAIS / CARGA DE LA PRUEBA DE LA AFP / BENEFICIARIOS DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN / SE CONCEDEN PRETENSIONES.**

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… situación que de desconocerse acarrea las sanciones previstas en el inciso 1º del artículo 271 ibídem, consistentes en multas pecuniarias y dejar sin efecto la afiliación…

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…

Ahora, en lo que respecta a la persona que asume la carga de probar si el traslado estuvo o no precedido de la suficiente información respecto de la totalidad de las consecuencias que ello representaba, la Sala ha diferencia dos situaciones:

De ser 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, teniendo en cuenta que 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; 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, pero que queda desdibujada con el documento de afiliación debidamente suscrito por el actor que da cuenta de su voluntad de afiliación al régimen de manera libre y espontánea.



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

En Pereira, a los dieciséis (16) días del mes de octubre de dos mil dieciocho (2018), siendo las ocho y treinta de la mañana (8:30 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 Porvenir SA, respecto de la sentencia proferida el 06 de octubre de 2017 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve el señor **Alberto Cardona Jaramillo** contra la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA** y la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones,** radicado 66001-31-05-003-2017-00127-01.

**REGISTRO DE ASISTENCIA:**

Demandante y su apoderado: Demandadas y su apoderado:

**TRASLADO A LAS PARTES**

En este estado se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos.

**ANTECEDENTES**

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

Pretende el señor Alberto Cardona Jaramillo que se declare: (i) ineficaz la afiliación a Porvenir SA que data 24-08-1999; (ii) se encuentra válidamente afiliado a Colpensiones y (iii) es beneficiario del régimen de transición. Subsidiariamente, solicita que declare la nulidad de la afiliación a Porvenir SA por existir vicio en el consentimiento.

Fundamenta sus aspiraciones en que: (i) nació el 26-04-1953, por lo que al 01-04-1994 tenía más de 40 años de edad y los 60, en 2013; (ii) se afilió al RPM el 03-06-1974 y a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, contaba con 1166 semanas; (iii) el 01-10-1999 se trasladó a Porvenir S.A., sin que previamente haya recibido el soporte informativo necesario para conocer los riesgos a los que se sometía por trasladarse al RAIS, en relación con el monto de la pensión en cada uno de los regímenes, la diferencia en el pago de aportes y las implicaciones de conveniencia o no del traslado; (iv) el 05-07-2016 solicitó a Porvenir SA copia de la validación de la asesoría brindada para ese momento, pero se le informó que aquella fue verbal; (v) el 20-02-2017 Colpensiones rechazó su solicitud de traslado por encontrarse a 10 años o menos para pensionarse.

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 el traslado efectuado al RAIS tiene plena validez, por lo tanto las razones dadas para no hacer efectivo el traslado a Colpensiones se encuentran establecidas en la Ley. Interpuso las excepciones de mérito que denominó “inexistencia de la obligación demandada” y “prescripción”.

Por su parte la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A**, se opuso a las pretensiones, y argumentó que la afiliación del demandante a Porvenir SA fue válida, su voluntad fue consiente del acto de traslado junto con sus consecuencias jurídicas y por ello ha surtido efectos por casi 20 años.

Agregó que el actor no reunía el requisito legal de haber cotizado 15 años de servicios para antes de agosto de 1994.

Además de que el demandante no ejercitó el derecho a retractarse, por lo que quedó válidamente afiliado a dicha AFP.

Finalmente, propuso las excepciones de mérito que denominó “prescripción”, “buena fe”, “compensación”, “exoneración de condena en costas”, “inexistencia de la obligación”, “falta de causa para pedir”, “falta de legitimación en la causa y/o ausencia de personería sustantiva por pasiva de Porvenir SA”, “inexistencia de la fuente de la obligación”, “inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad”, “ausencia de los perjuicios morales y materiales irrogados al actor por parte de la esta entidad llamada a juicio” y “afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado”.

**2. Síntesis de la sentencia apelada**

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, declaró la ineficacia del traslado, de tal manera que el demandante se encuentra afiliado al RPM; ordenó a Porvenir SA devolver los aportes, y a Colpensiones habilitar la afiliación del actor y corregir su historia laboral con los ciclos de cotizaciones que se generaron desde septiembre de 1999 a septiembre de 2015.

Para sustentar su decisión señaló que las AFP tenían la obligación de transmitir al interesado de obtener un traslado, información clara y precisa en cuanto a las implicaciones tanto favorables como desfavorables, pero de ello, en el caso en particular, no hay documentos que reflejen su suministro; sin embargo, los testigos manifestaron al unísono que la política que se impartió a todos los establecimientos educativos era la necesidad de afiliarse al RAIS porque el sistema permitía pensionarse, convirtiendo de esta forma el acto de traslado en acto ineficaz al desconocer el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 al no ser libre, voluntario y expreso.

**3. Síntesis del recurso de apelación**

La apoderada de Porvenir SA presentó su inconformidad al considerar que de acuerdo con el material probatorio la afiliación del actor fue lícita, válida, eficaz, ajustada a derecho, en la medida en que su voluntad fue consiente del acto de traslado en cuanto a sus consecuencias jurídicas, asimismo no reunía el requisito de haber cotizado 15 años para antes de abril de 1994, ni era beneficiario del régimen de transición.

Arguye que el actor no se retractó dentro del término establecido en el artículo 3 del Decreto 1661 de 1994, lo que demuestra que no existía inconformidad alguna en cuanto a su permanencia en el fondo privado, aunque los testigos manifiesten que sí, pues tardó 18 años para manifestarla.

**CONSIDERACIONES**

**1. Del problema jurídico**

Visto el recuento anterior, la Sala formula el siguiente:

¿Resultó ineficaz el traslado del RPM al RAIS que efectúo el demandante al omitirse información al momento de efectuarse, en tanto era beneficiario del régimen de transición?

**2. Solución al problema jurídico**

* 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, en lo que respecta a la persona que asume la carga de probar si el traslado estuvo o no precedido de la suficiente información respecto de la totalidad de las consecuencias que ello representaba, la Sala ha diferencia dos situaciones:

De ser 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, teniendo en cuenta que 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; 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, pero que queda desdibujada con el documento de afiliación debidamente suscrito por el actor que da cuenta de su voluntad de afiliación al régimen de manera libre y espontánea.

**2.1.2. Fundamento fáctico**

De manera liminar, huelga anotar que en este asunto se pretendió la ineficacia del traslado por no brindar Porvenir SA asesoría adicional y re-asesoría al actor al momento de la afiliación al RAIS, como lo indicó en los hechos décimo quinto y décimo séptimo, por lo que era carga del demandante probar su afirmación; pero, dada su condición especial de beneficiario del régimen de transición por edad, al tener 40 años a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (fls.29 y 30), 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 SA de informarle tanto las ventajas como desventajas del cambio de régimen pensional.

Siendo así las cosas, le correspondía a la AFP Porvenir SA acreditar que la afiliación del señor Cardona Jaramillo estuvo precedida de una información completa y detallada de los efectos y consecuencias, tanto positivas como adversas que ello le representaba, consistentes en la pérdida de los beneficios del régimen de transición; sin que para esos efectos le baste con acercar el formulario de afiliación que el actor suscribió y que contiene la constancia de que el traslado se dio de manera libre y espontánea, por cuanto, tal como se viene repitiendo en esta clase de asuntos, en que está 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.

Como ello no ocurrió en este asunto, hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen, como lo dijo la *a quo;* lo que le permite escoger nuevamente el régimen que quiere, que no es otro que el de prima media con prestación definida, según se incoó en la demanda.

La anterior conclusión no cambia por el hecho de que el actor haya estado 18 años afiliado al RAIS, pues ello no acredita por sí solo que se haya brindado información suficiente sobre la pérdida del régimen de transición, pues como se dijo, se probó en este caso, que con su traslado sí perdió tal beneficio, lo que le exigía a la demandada Porvenir SA dejar constando que la información en concreto la realizó y a pesar de ello el actor decidió trasladarse al RAIS.

Con el análisis que precede, quedan debidamente resuelta la alzada presentada por Porvenir SA.

**CONCLUSIÓN**

Conforme lo expuesto, la decisión revisada será confirmada en su integridad.

Costas en esta instancia a cargo de la recurrente Porvenir SA y a favor de la parte actora, dada la improsperidad del recurso interpuesto por aquella.

**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: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 06 de octubre de 2017 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por el señor **Alberto Cardona Jaramillo** contra la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA** y la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones,** según lo dicho en precedencia.

**SEGUNDO:** Condenar en costas a Porvenir SA y a favor de la parte actora, conforme lo mencionado en la parte motiva.

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