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: Apelación sentencia

Proceso: Ordinario Laboral

Radicación No: 66001-31-05-003-2017-00296-01

Demandante: Yolanda del Pilar Agudelo Duque

Demandado: Colpensiones y Porvenir S.A.

Juzgado de origen: Tercero Laboral del Circuito de Pereira.

**TEMAS: INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL / CARGA PROBATORIA DEL DEMANDANTE / ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS SL4964 DEL 14/11/2018, SL1452 DEL 03/04/2019 Y SL1688 DEL 08/05/2019 / MANTIENE LA SALA MAYORITARIA LA POSICIÓN DE QUE INCUMBE AL DEMANDANTE PROBAR QUE LA AFP INCUMPLIÓ SU DEBER DE BRINDARLE INFORMACIÓN ADECUADA, COMPLETA Y VERAZ.**

Frente al tema de la ineficacia del traslado, sustentado en los artículos 13 literal b) y 271 inciso 1º de la Ley 100 de 1993, recientemente la SCL de la CSJ indicó que i) las AFP desde su creación tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional para que ellos pudieran adoptar una decisión consciente y libre sobre su futuro pensional…

ii) El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para acreditar que se brindó una información para que el afiliado tomara la decisión del traslado de manera libre y voluntaria…

iii) La demostración del consentimiento informado en el traslado del régimen corresponde a la AFP, por un lado, porque cuando se afirma que no se recibió “información veraz y suficiente” implica una negación indefinida que solo puede desvirtuarla el fondo de pensiones a través de la prueba que acredite que cumplió con esta obligación; y por otro lado, la AFP tenía la obligación de conservar en sus archivos la documentación que soportara dicho traslado…

iv) La acción ordinaria laboral impetrada para obtener el traslado de régimen, es la ineficacia o exclusión de todo efecto jurídico de tal acto, por lo que resulta errado abordar su estudio a través de las nulidades sustanciales y mucho más exigir la demostración de vicios en el consentimiento, aunado a que la ineficacia es insubsanable por el paso del tiempo, sin parar mientes en que el afiliado tenga o no un derecho consolidado, o sea beneficiario o no de la transición pensional. (…)

… frente al tópico iii) la carga de la prueba de ninguna manera puede recaer única y exclusivamente en la AFP, pues la interpretación que deriva la Corte Suprema del artículo 1604 del C.C. es inexacta en la medida que dicho articulado exige que “la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”; no obstante lo anterior, tal obligación probatoria aparece como respuesta inmediata a alguien que previamente ha alegado el incumplimiento de una obligación por parte de su deudor, y por ello, quien alega un incumplimiento obligacional deberá probar el supuesto de hecho de la norma que consagra el efecto jurídico perseguido (art. 167 C.G.P.)…

En conclusión, en los procesos tendientes a dejar sin efecto una afiliación hecha a cualquiera de los dos regímenes con el propósito de volver a elegir el que desee, esta vez, en forma libre y espontánea, deberá el afiliado demostrar imperiosamente que la AFP a la que se afilió incumplió en la etapa precontractual con su obligación principal, consistente en brindarle la información oportuna, adecuada, completa y veraz para tomar una decisión bajo el principio de la libertad informada…

**SALVAMENTO DE VOTO: DOCTORA ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Es claro 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 tiene la ventaja de ofrecer una pensión anticipada (es decir antes de la edad mínima de pensión), ello y el monto de la misma depende de varios factores, tales como el rendimiento del saldo de la cuenta de ahorro, esto es, la fluctuación del mercado de valores y del portafolio de inversiones del Fondo; el valor del bono pensional, si a este hubiere lugar; la edad de los potenciales beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y la edad en la que el afiliado reclame tal prestación, etc., aspectos sobre los que no hay prueba de que se haya ofrecido alguna información por parte de la AFP.

En virtud de lo anterior, considero que debió revocarse la sentencia de primera instancia para, en su lugar, declarar la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad.



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Sustanciadora

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

En Pereira, a los diecinueve (19) días del mes de julio de dos mil diecinueve (2019), siendo las dos y cuarenta y cinco de la tarde (02:45 p.m.), la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de desatar el recurso de apelación contra la sentencia proferida 5 de abril de 2018 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Yolanda del Pilar Agudelo Duque** contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** y **Porvenir S.A.,** radicado al N° 66001-31-05-003-2017-00296-01**.**

**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 Yolanda del Pilar Agudelo Duque solicita que se declare: (i) la ineficacia o en su defecto la nulidad del traslado que efectuó al RAIS; (ii) consecuente con lo anterior, válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación a Colpensiones y; (iii) que se condene a la AFP a trasladar el monto de los aportes a esta última.

Fundamenta sus aspiraciones en que: (i) nació el 12/05/1961 y se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir el 19/05/2000, (ii) motivó el traslado que el asesor de la AFP le garantizó una mesada superior a la del fondo público y que podría pensionarse o retirar lo ahorrado.

(iii) No se le brindó una información completa, adecuada, suficiente, comprensible y clara frente a las ventajas y desventajas del cambio de régimen a efectos de tomar una decisión libre y voluntaria, no se le hizo proyección de la mesada pensional, ni se le indicó saldo o edad mínimas para acceder a la pensión anticipada.

(iv) Esas omisiones constituyen un incumplimiento al deber de información.

(v) El 14/03/2017 solicitó a Porvenir la nulidad y/o ineficacia del traslado, pero el 03/04/2017 se le dio respuesta negativa; (vi) similar petición presentó el 01/09/2016 a Colpensiones que se le negó por faltarle menos de 10 años para pensionarse.

(vi) El 05/10/2016 solicitó a la AFP le suministraran copia de la información brindada al momento de la asesoría como la proyección realizada, pero no se le entregó el respaldo documental, aunque se le indicó que el valor de la mesada pensional a los 57 años de edad sería de $1´091.900 y a los 60 de $1´361.500.

(vii) De estar en el ISS el valor de la mesada pensional sería de $2´627.905.

La **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-** manifestó atenerse a la decisión que adopte el juzgado.

Igualmente, que el traslado efectuado por la actora al RAIS es completamente válido, por lo que su retorno al RPM depende de una orden judicial.

Interpuso las excepciones de mérito las que denominó “Inexistencia de la obligación demandada” y “Prescripción”

Por su parte, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías **Protección S.A.** se opuso a los pedimentos de la demanda al considerar que la vinculación de la actora a esa entidad fue válida desde el punto de vista legal, máxime cuando lo hizo de manera libre, espontánea y sin precisiones, tal como consta en el respectivo formulario, que por demás cuenta con los requisitos que para el momento establecía el artículo 11 del Decreto 692/94 y, tampoco hizo uso del derecho de retracto

Aunado a lo anterior, no probó la existencia de algún vicio del consentimiento, carga que debía asumir.

Interpuso las excepciones de mérito que denominó “Validez de la afiliación a Porvenir e Inexistencia de vicios en el consentimiento”, “Saneamiento de la supuesta nulidad relativa”, “Prescripción”, “Buena fe” y la “Innominada o genérica”

**2. Síntesis de la sentencia apelada**

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira declaró válido y eficaz el traslado de la actora al RAIS de fecha 17/05/2000 y, consecuente con ello, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la demandante.

Para arribar a la anterior conclusión indicó que la actora no es beneficiaria del régimen de transición por edad, ni por tiempo de servicios, por lo que su situación particular debía regirse en su integridad por la Ley 100/93.

Para lograr tal finalidad debe probar lo aducido en la demanda, es decir, que no se le puso de presente las consecuencias de dejar el RPM, pero al tratarse de negaciones indefinidas debía la AFP acreditar que sí suministró la información que se echa de menos.

Al respecto, se arrimó el formulario de afiliación en el que se indica no solo su voluntad de afiliación sino también de haber sido asesorada sobre todos los aspectos del régimen y en especial del régimen de transición, bonos pensionales, las implicaciones de esa decisión, que los datos suministrados eran reales y que tenía conocimiento del derecho de retracto; con lo cual se considera cumplida la carga probatoria que le asistía a la AFP.

Aunado a lo anterior, en el interrogatorio de parte la actora reconoció tal documento y además señaló que fue asesorada e informada por una persona que representaba a Porvenir; también de las rentabilidades del mercado en relación con el valor de la mesada pensional y la posibilidad de adjudicación de sus aportes a la masa sucesoral, de efectuar aportes voluntarios. Información que reiteraron los testigos.

Por último, refirió que la diferencia de la mesada pensional no es un argumento suficiente para acceder a las pretensiones, por cuanto ello depende es de la economía del país, de los cambios legislativos y no propiamente de la AFP.

**3. Síntesis del recurso de apelación**

Inconforme con la anterior decisión, la parte actora recriminó que sí había cumplido con la carga de acreditar que el fondo se limitó a ofrecer una mesada pensional mayor a la del RPM y omitió informarle todas las variables que debían confluir para la determinación de la misma como lo eran la economía nacional, las políticas internacionales de Estados Unidos y la conformación de su núcleo familiar.

En tales circunstancias la actora tiene derecho a que se le permita escoger nuevamente el régimen según el artículo 13 literal b) y el 271 de la Ley 100/93.

**CONSIDERACIONES**

**1. Del problema jurídico**

Atendiendo el recuento anterior la Sala se pregunta:

¿Se desconoció el derecho de la demandante a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional deseado?

**2. Solución al problema jurídico**

**2.1. Fundamento jurídico**

**Del valor normativo de las decisiones emitidas por la Corte Suprema de Justicia**

Las decisiones adoptadas por el superior jerárquico, en nuestro caso por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral encargada de unificar la jurisprudencia, resulta ser como regla general de obligatorio acatamiento, lo que se traduce en una limitación de la autonomía judicial; sin embargo y a modo de excepción, el funcionario judicial puede apartarse de ellas esgrimiendo las razones suficientemente fundadas que lo llevan a tomar esa determinación.

Frente al tema de la ineficacia del traslado, sustentado en los artículos 13 literal b) y 271 inciso 1º de la Ley 100 de 1993, recientemente la SCL de la CSJ[[1]](#footnote-1) indicó que: ***i)***las AFP desde su creación tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional para que ellos pudieran adoptar una decisión consciente y libre sobre su futuro pensional; así, se inició con un deber de información necesaria, para pasar a la asesoría y buen consejo y finalizar en la doble asesoría.

***ii)***El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para acreditar que se brindó una información para que el afiliado tomara la decisión del traslado de manera libre y voluntaria, pues previo a este, aquel debía tener una ilustración de las “*características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado”.*

***iii)***La demostración del consentimiento informado en el traslado del régimen corresponde a la AFP, por un lado, porque cuando se afirma que no se recibió “*información veraz y suficiente”* implica una negación indefinida que solo puede desvirtuarla el fondo de pensiones a través de la prueba que acredite que cumplió con esta obligación; y por otro lado, la AFP tenía la obligación de conservar en sus archivos la documentación que soportara dicho traslado; por último, porque la AFP tiene como obligación principal brindar información. En ese sentido, según la interpretación de la Corte sobre el artículo 1604 del Código Civil, la AFP debe acreditar que realizó las actuaciones necesarias para que el afiliado conociera las implicaciones de su traslado.

***iv)***La acción ordinaria laboral impetrada para obtener el traslado de régimen, es la ineficacia o exclusión de todo efecto jurídico de tal acto, por lo que resulta errado abordar su estudio a través de las nulidades sustanciales y mucho más exigir la demostración de vicios en el consentimiento aunado a que la ineficacia es insubsanable por el paso del tiempo, sin parar mientes en que el afiliado tenga o no un derecho consolidado, o sea beneficiario o no de la transición pensional.

Los anteriores tópicos, que estructuran la jurisprudencia actual de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en torno a la ineficacia de traslados entre regímenes pensionales, es compartida parcialmente por esta Sala Mayoritaria, en tanto nos apartamos en su totalidad de los argumentos contenidos en los puntos ***ii)*** y ***iii),*** mencionados anteriormente.

En efecto, la intelección que se tiene, radica en que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100/93 establece que la escogencia de cualquiera de los regímenes pensionales contemplados en dicha ley es libre y voluntaria por parte del afiliado; escogencia que se verifica 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 de un lado en multas y de otro de vital importancia, dejar sin efecto la afiliación; en cuyo caso el trabajador podrá nuevamente elegir su régimen pensional en forma libre y voluntaria, sin que por esto recobre vigencia la afiliación anterior, pues ello no es el efecto jurídico de la ineficacia que trae el canon citado.

En ese sentido, frente al tópico *iii)* la carga de la prueba de ninguna manera puede recaer única y exclusivamente en la AFP, pues la interpretación que deriva la Corte Suprema del artículo 1604 del C.C. es inexacta en la medida que dicho articulado exige que “*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”;* no obstante lo anterior, tal obligación probatoria aparece como respuesta inmediata a alguien que previamente ha alegado el incumplimiento de una obligación por parte de su deudor, y por ello, quien alega un incumplimiento obligacional deberá probar el supuesto de hecho de la norma que consagra el efecto jurídico perseguido (art. 167 C.G.P.), o en otras palabras, demostrar la obligación incumplida para que se presuma que se dio por culpa de la contraparte, quien en réplica de tal cuestionamiento tendrá la carga de acreditar la diligencia o cuidado en la obligación pactada. Solo así, podrá distribuirse la obligación probatoria.

Ahora bien, situación diferente ocurre cuando las pretensiones del proceso de ineficacia de la afiliación se fundan en una negación indefinida, esto es, cuando *“(…) no implique por el contrario la afirmación indirecta de un hecho concreto, pues de no ser así ya no revestirá el carácter de negación indefinida (…)”[[2]](#footnote-2).* Así, esta únicamente se concreta en la ausencia total de información, sin que la configure el que la parte actora exprese que “*la AFP no suministró información veraz y suficiente*” como se aduce en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia; expresión que lleva implícita que sí se le dio alguna información, solo que resultó engañosa e insuficiente, por lo que tiene la obligación de exponer qué fue lo que la AFP le informó, o cuál fue la información falsa, para que quede en evidencia qué faltó o dónde radicó el engaño; todo ello para trasladar la carga de probar a la AFP.

Entonces, para los procesos fundados en negaciones indefinidas reales corresponde de manera imperiosa a la AFP desvirtuar la misma, esto es, acreditar que el traslado estuvo precedido de información y por ende, el afiliado decidió libre y voluntariamente.

En conclusión, en los procesos tendientes a dejar sin efecto una afiliación hecha a cualquiera de los dos regímenes con el propósito de volver a elegir el que desee, esta vez, en forma libre y espontánea, deberá el afiliado demostrar imperiosamente que la AFP a la que se afilió incumplió en la etapa precontractual con su obligación principal, consistente en brindarle la información oportuna, adecuada y veraz para tomar una decisión bajo el principio de la libertad informada, y en esa medida, poder dar rienda suelta al art. 1604 del C.C., pues la presunción allí establecida no es el incumplimiento de la obligación, sino la culpa en tal incumplimiento, iterase, una vez probado este.

En ese sentido, probado que la AFP incumplió tal obligación corresponderá a esta, para efecto de exonerarse de la consecuencia negativa impuesta en el art. 271 de la Ley 100/93, acreditar su diligencia y cuidado en tal suministro de información. Demostración que se circunscribe a un mayor grado de diligencia y sobretodo de profesionalismo tal como lo exige la jurisprudencia en punto compartido por esta Sala Mayoritaria, pues la actividad realizada por las AFP se caracteriza por ser habitual, masiva y lucrativa, elementos que en conjunto implican que la AFP ostente un conocimiento experto y singular en la actividad ofertada, y por ello, el *onus probandi* que recae en ella exige mayor rudeza en tal diligencia, que la que se reclama de cualquier comerciante[[3]](#footnote-3).

La reciente jurisprudencia también compendió en tres etapas evolutivas el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones[[4]](#footnote-4), de la que únicamente resaltaremos la primera, por ser atinente a los hechos escrutados.

Así, una primera etapa que refiere únicamente “*deber de información”* que inicia con la creación de la Ley 100/1993 en la que la obligación de información se circunscribe a la “*ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”.*

Sin embargo, tal obligación de información no despoja al trabajador del deber de un mediano empeño en participar en la elección del régimen, máxime cuando escoge el RAIS; comportamiento que debe también ser valorado, dada la necesidad de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema de prima media, para evitar la descapitalización del fondo común que lo compone, pues permitirle a una persona adoptar el RPM, en razón a la supuesta ineficacia, sin hacerse responsable de sus decisiones, contando con menos de 10 años para alcanzar la edad para pensionarse, por lo mismo que no contribuyó con dicho fondo y por ende, no fue tenida en cuenta para efectos de establecer las sumas de dinero que representarían el pago de su pensión en el futuro, pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable de los demás cotizantes; además de trasgredir la cláusula constitucional contenida en el art. 95 y el principio de eficiencia pensional. En este sentido se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C-1024/2004, a propósito de la constitucionalidad del artículo 2º de la Ley 797/2003 que limita el traslado entre regímenes.

Lo dicho adquiere más significado, si en cuenta se tiene que al sancionarse con la ineficacia el negocio jurídico de afiliación celebrado entre el actor y la AFP, quien realmente sufre los efectos es Colpensiones, tercero que no participó tan siquiera en la etapa precontractual indispensable para que el afiliado fuera debidamente informado, y quien además, deberá asumir la carga impositiva que deviene de un nuevo afiliado, para lo cual deberá echar mano de los recursos habidos en el fondo común en el que participan todos los afiliados al RPM y que puede llegar a poner en riesgo la garantía del derecho pensional de los actuales y futuros afiliados que sí han contribuido a formar el fondo común, al permitir que sus aportes por más de 10 años hayan conformado las pensiones de otros afiliados. Todo lo anterior en tanto a nadie le está permitido abusar de sus derechos.

Por último, y si en gracia de discusión se aceptara tal inversión de la carga de la prueba bajo las presuntas *reglas de justicia* que alude la Sala Laboral de la Corte Suprema “*en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en un aposición probatoria complica* (…) *el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar”*, es preciso resaltar que la misma no podría sorprender a la AFP demandada al momento de dictar la sentencia, pues resulta propicio de conformidad con el inciso 2º del art. 167 del C.G.P. que el juez distribuya tal carga probatoria al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento, pero previo al fallo, de tal manera que se comunique a la AFP la exigencia de probar determinado hecho (información suministrada); que a juicio de la Sala Mayoritaria resulta desacertado pues tales administradoras no necesariamente tienen en su poder material probatorio adicional al formulario de afiliación, pues rememórese que para la primera etapa evolutiva del deber de información, ninguna normativa exigía a dichas entidades dejar registro del proceso de asesoría mas que el formulario en mención, y por ello, mal podría la jurisdicción exigir única y estrictamente a la AFP que allegue tal documental en una clara trasgresión a la cláusula constitucional 6º, que solo reprende a los particulares por infringir la constitución o las leyes.

En cuanto al tópico ***ii),*** es preciso insistir que de no desconocerse o tacharse el formulario de afiliación, este se presume auténtico, por lo que permite inferir en principio que la información se brindó de manera suficiente y veraz (art. 244 y 269 del C.G.P.); formularios que cuentan con los datos que para esa época (primera etapa evolutiva) eran los exigidos por la Ley dejar en él, conforme a las directrices previstas en el Decreto 692 de 1994 a través del cual se reglamentó en lo pertinente la Ley 100/93 (ignorarlo atentaría con el principio de confianza legítima del fondo de pensiones), es más, el artículo 114 de la Ley 100/93 requiere apenas como requisito para que ocurra el traslado que el afiliado presente a la administradora la comunicación escrita de que al seleccionar dicho régimen lo hizo de manera libre, espontánea y sin presiones.

Lo anterior se afirma dado que la suscripción de dicho documento implica la selección del RAIS, que lleva consigo la aceptación de las condiciones propias del régimen conforme a lo señalado en el artículo 11 Decreto 692/94 al decir “*la selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste (…)”*; lo que necesariamente supone que se le brindó la información para llegar a adoptar tal decisión, pues la regla de la experiencia enseña que se acepta lo que se conoce; de tal manera que esa firma constituye un indicio de que la AFP, a través de sus asesores, dio cumplimiento a su obligación de información; por lo tanto, el formulario firmado es la prueba indiciaria del cumplimiento de las AFP, y no como lo afirma la SCL de la CSJ que solo da cuenta de que fue libre y voluntaria, pues con ello se desconoce el artículo antes referido y las reglas que se fijaron para cumplir tal acto jurídico.

Ahora bien, la posición que la Sala Mayoritaria pregona de ninguna manera implica la búsqueda exhaustiva de una única persona a quién se le atribuya la obligación de probar, como quien busca un culpable; por el contrario, la actividad probatoria debe estar permeada del principio de la comunidad de la prueba, de manera tal que una vez las probanzas son allegadas al plenario, entonces tienen el único propósito de acreditar o no el hecho escrutado en el proceso, sin importar el sujeto procesal que la introduce.

**2.2. Fundamento fáctico**

**2.2.1.** Rememórese que Yolanda del Pilar Agudelo Duque pretende invalidar el traslado ocurrido el 19/05/2000 del RPM al RAIS (fl. 2 c. 1), del que da cuenta el formulario suscrito ante Porvenir S.A. (fl. 15 c. 1), por lo que se procede a verificar si la demandante fue informada de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos del régimen pensional, que le permitiera tomar una decisión consiente y libre sobre su futuro pensional.

En efecto, lo que se demostró es que el traslado y selección del RAIS estuvo precedido de la oportuna, transparente y debida asesoría, pues ello se desprende de la firma que estampó en el formulario de traslado entre regímenes. Así, para el 19/05/2000 se realizó la “*solicitud de vinculación”* a Porvenir S.A. (fl. 15 c. 1), formulario que cuenta con la información exigida, como se explicó precedentemente, máxime que en el aludido documento se consignó que la demandante fue asesorada “*sobre todos los aspectos de este [RAIS], particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de mi decisión”* (*ibídem*).

Conocimiento que ostentaba la demandante de las características, condiciones, ventajas y desventajas que se confirma al rendir el interrogatorio de parte, pues allí afirmó que entre los años 1998 a 2000, último año en el que ella se trasladó, varios fondos asistieron al SENA y en el auditorio daban charlas informativas de manera general, pero que después lo hacían de manera detallada o individual en el puesto de trabajo de cada interesado.

En ese sentido, señaló que el asesor le informó que en el RAIS tendría una cuenta individual en la que obtendría mejores rendimientos porque sus aportes serían invertidos en bolsa, que podía acceder a una pensión anticipada, retirar sus aportes y que los mismos serían heredables en caso de fallecimiento.

Información que se confirma con la prueba testimonial practicada, pues los testigos Beatriz Elena Estrada Ocampo, José Gabriel Ospina, María Ruby Arias Brito y Gloria Inés Grisales Calvo, compañeros de trabajo de la demandante en el SENA, coincidieron en afirmar que para el año 2000 los asesores de todos los fondos de pensiones, entre ellos, los de Porvenir S.A. asistieron allí, y de manera individual pasaron por cada puesto de trabajo dando la asesoría, después de haberla efectuado de manera general en el auditorio.

Concretamente Beatriz Elena Estrada Ocampo relató que la dirección general de la empresa autorizó que los fondos los visitaran, que fueron reuniones colectivas en el auditorio y después visitas individuales donde les informaban que los ahorros podían ser parte de la sucesión, tendrían mayor porcentaje de la pensión por el valor de los salarios que tenían, que se podrían pensionar anticipadamente y que podían hacer aportes voluntarios o en su defecto obtener la devolución de los ahorros. Y fue enfática en señalar que sí les indicaron que el monto de la pensión dependía de las cotizaciones y del mercado. Preciso que recibió asesoría junto a su esposo y a él le recomendaron no trasladarse y a ella sí.

Por su parte, el señor José Gabriel Ospina confirmó que sí les informaron acerca del ahorro voluntario para acceder a la pensión anticipada y, la señora Gloria Inés Gutiérrez Calvo, hizo alusión a aspectos similares y que en su caso particular sí le realizaron proyección de la mesada pensional.

Por último, María Ruby Arias Brito y Gloria Inés Gutiérrez Calvo coincidieron en afirmar que los fondos pensionales privados sí los habían visitado, y para ello realizaban asesorías en el auditorio del SENA. Entre las características informadas indicaron la rentabilidad de los aportes, la posibilidad de que los descendientes heredaran los aportes ahorrados y que se podían pensionar anticipadamente.

Derrotero probatorio que permite concluir en primer lugar, que Yolanda del Pilar Agudelo Duque contaba con la información de las características y efectos del RAIS, presupuestos indispensables para tomar una decisión basada en las condiciones y beneficios que le reportaría desde su traslado a este en el año 2000, pues allí aceptó que conocía los pormenores de este, en tanto sabía de la posibilidad de acceder a la pensión de forma anticipada, así como su financiación, de la devolución de saldos y de la distribución de sus aportes en su masa herencial, información que le permitió entender las características explicadas por los asesores y por ello, no se interesó en anteriores oportunidades por regresar al ISS administradora del RPM, que conocía desde 1983 – cuando se afilió a través del SENA-, pues sin importar la ley aplicable, en este régimen el valor de su mesada sería fijo producto de la aplicación de un porcentaje sobre el resumen de los salarios devengados.

En segundo lugar, la demandante al absolver el interrogatorio, así como algunos de los testigos adujeron que se trasladaron a un fondo privado y no al ISS, porque los asesores les indicaron que el ISS se extinguiría, información que no puede considerarse engañosa, 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, tanto así que se dio paso a una nueva entidad – Colpensiones - y pese a ello permanecieron en el RAIS.

Ahora, estándose frente a una persona que no fue beneficiaria del régimen de transición (fl. 36 c. 1), mal podía exigírsele a la AFP privada desanimar en un primer momento a la demandante de su traslado al RAIS, máxime que tanto este como el RPM están concebidos en la misma Ley 100/93, sin que uno sea mejor que el otro, sino diferentes, como pudo la misma demandante percibir al poder comparar las características, condiciones y ventajas que venía recibiendo en el RPM, con la recibida en el RAIS; pues la certeza del monto pensional que otorga el primero se recompensa en el RAIS con la garantía de pensión mínima, la devolución de saldos, los excedentes de libre disponibilidad y que las sumas acumuladas en la cuenta individual hagan parte de la masa sucesoral.

Así, dependiendo de las circunstancias particulares del afiliado al final de la vida laboral o de presentarse un siniestro, es que se podrá precisar cuál de los dos es más conveniente; antes de ello solo es partir de meras conjeturas y, vaticinar la vida de la afiliada 20 años.

Dicho de otra forma, la asesoría brindada por la AFP en el momento de la escogencia del RAIS en el año 2000 se circunscribía a informar al afiliado de las características, condiciones y ventajas del RAIS, además de su solidez financiera (art. 97 del Decreto 663/1993 con modificaciones), sin que dicha información pueda analizarse desde la óptica de un buen o mal consejo; en primer lugar, porque según la jurisprudencia ya citada, dicha obligación solo apareció con la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, y en segundo lugar, ello implicaría usurpar la voluntad del afiliado, única persona que después de conocer las características del régimen podrá sopesar si la escogencia del RAIS resulta adecuada o atractiva para el florecimiento de su vida; pues al gozar de capacidad de ejercicio, quien celebra el contrato de afiliación está en condiciones de entender las incidencias de la escogencia a partir de la información que ha recibido.

De otro lado, llama la atención a la sala que la demandante indicó en los hechos de la demanda que le informaron que su pensión en el RAIS sería mejor (fl. 4 c. 1); sin embargo, no acreditó que en efecto hubiese recibido tal proyección, que de haberse hecho y no corresponder a lo que en el momento actual tiene, tampoco podría configurar una ausencia de información, pues se trataría de una proyección recreada con meras conjeturas, máxime que los cálculos del valor de la pensión solo aparecieron con la Ley 1748 de 2014[[5]](#footnote-5) y el Decreto 2071 de 2015[[6]](#footnote-6). Situación que incluso se reconoce en la normativa en cita, pues tal proyección no es un derecho consolidado, al basarse en hechos futuros probables, que pueden no darse. Puestas de ese modo las cosas, se desprende que la información suministrada a la demandante fue oportuna, transparente, clara, completa y veraz.

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 e incuria con el propósito de retornar al RPM, pues se le brindó la información completa para que tomara su decisión, por lo que mal puede decirse que se le desconoció su derecho a la libre escogencia.

**CONCLUSIÓN**

Siendo así las cosas, se confirmará en su integridad la decisión recurrida. Costas en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de las accionadas en partes iguales al no prosperar la alzada, conforme lo dispuesto por los numerales 1 y 3 del artículo 365 del C.G.P.

**DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Primera de Decisión Laboral,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 5 de abril de por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Yolanda del Pilar Agudelo Duque** contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES y Porvenir S.A.**

**SEGUNDO:** Costas en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de las accionadas en partes iguales por lo mencionado.

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**  **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Magistrado Magistrada

Aclara voto Salva voto

Providencia: Sentencia del 19 de julio de 2019

Radicación No.: 66001-31-05-003-2017-00274-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: Yolanda del Pilar Agudelo Duque

Demandado: Porvenir S.A. y Colpensiones

Magistrada ponente: Olga Lucía Hoyos Sepúlveda

Magistrada que salva voto: Ana Lucia Caicedo Calderón

**SALVAMENTO DE VOTO**

Como quiera que mi proyecto fue derrotado por la mayoría de la Sala, mi salvamento de voto se edifica sobre lo que en su oportunidad propuse respecto al caso en cuestión, cuyos argumentos fueron los siguientes:

1. **Las reglas sobre la ineficacia del cambio de régimen no distinguen entre beneficiarios del régimen de transición y los que no lo son**

 Dado que las Administradoras de Fondos de Pensiones son organismos profesionales, como pasa a explicarse, considero aplicable en 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, dadas las siguientes razones:

 **1.1** Las Administradoras de Fondos de Pensiones tienen deberes de carácter profesional con sus afiliados y con los consumidores del mercado potencial en general.

 **1.2** Las actividades de las entidades financieras en general, de las aseguradoras y de los Fondos de Pensiones y Cesantías, en particular, se encuentran reguladas por el Decreto 663 de 1993[[7]](#footnote-7), norma en la que se destaca la importancia de los principios de debida diligencia, transparencia e información cierta, suficiente y oportuna.

 **1.3** 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.

 **1.4** 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”*.

 Es por todo lo anterior que no encuentro justificación alguna para que solo se exija a la AFP prueba de la documentación clara y suficiente de la información trasmitida a los afiliados trasladados por primera vez del RPM al RAIS, en los eventos en estos hayan sido beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal como lo ha sostenido esta Sala Mayoritaria.

 Considero que en todos los casos en 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.

 Dicho deber es exigible desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de la afiliación a la administradora, pues el sistema pensional, del que obviamente hacen parte las Administradoras de Fondos de Pensiones, se supone que actúa 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.

 Por último, en mis salvamentos de voto he expresado la tesis según la cual, en términos generales, en los procesos en los que se busca la ineficacia del traslado al RAIS, es comprensible 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.

 En conclusión, he sostenido y sigo sosteniendo que 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. Considero con todo respeto, que la tesis mayoritaria de la Sala se muestra contraria al significado de un deber profesional, con lo cual se desconoce 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.)”,* como lo expresé en precedencia.

**2. Caso concreto**

Se pretende por esta vía ordinaria que se declare la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, dada la omisión de información clara y precisa, que ha debido brindarle la A.F.P. a la actora, en orden a conocer las condiciones y consecuencias de migración de régimen.

De conformidad con lo anterior, tal como se dijo en líneas anteriores, según las voces del artículo 1604 del C.C., la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo y, en este tipo de asuntos, corresponde a la administradora de pensiones, a cuyo cargo estaba el deber de suministrar la información suficiente y completa al afiliado, acerca del impacto del cambio de régimen pensional.

Así pues, el vicio en que eventualmente incurren tales administradoras de pensiones, al no suministrar la información adecuada y precisa al afiliado, recaerá en la eficacia del acto, dado que con la omisión o la defectuosa información se ha inducido en error al afectado. Contrario a lo manifestado por la Jueza de instancia, en curso del proceso la AFP Porvenir S.A. no cumplió con la carga que se le impone, esto es**, acreditar haber transmitido a la actora la información concreta y cierta, acerca de la implicación del traslado de régimen pensional.**

De acuerdo a lo visto precedentemente, la jueza de instancia erró al afirmar que al no ser beneficiaria del régimen de transición, le correspondía a la demandante acreditar que la AFP Porvenir S.A. no le brindó la información suficiente que le permitiera tomar una decisión consiente, en los términos establecidos en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, pues para ello basta traer a colación uno de los apartes de la sentencia transcrita de la Corte Suprema de Justicia en la que se refiere al formulario de afiliación, así:

*“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.*

Aunado a lo anterior, en sentencia del pasado 14 de noviembre de 2018, radicado 54814, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, la Sala de Casación Laboral no hizo diferenciación entre quienes se beneficiaron del régimen de transición y los que no a efectos de declarar la ineficacia del traslado con ocasión de la falta de información. En estos términos se pronunció el Alto Tribunal:

“Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que “*en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante”,* es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **encontrándose o no la persona en transición**.” (Negrilla para resaltar)

A tono con lo antes discurrido, es dable afirmar que la omisión o defectuosa información brindada a la señora Yolanda Agudelo por la AFP Porvenir S.A., fue la causa de su migración al régimen de ahorro individual con solidaridad, con las consecuencias adversas de ver frustrada con el tiempo la posibilidad de obtener una mesada con la que pudiera conservar una vida en condiciones dignas, en virtud del mal asesoramiento que se le impartió.

 Es claro 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 tiene la ventaja de ofrecer una pensión anticipada (es decir antes de la edad mínima de pensión), ello y el monto de la misma depende de varios factores, tales como el rendimiento del saldo de la cuenta de ahorro, esto es, la fluctuación del mercado de valores y del portafolio de inversiones del Fondo; el valor del bono pensional, si a este hubiere lugar; la edad de los potenciales beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y la edad en la que el afiliado reclame tal prestación, etc., aspectos sobre los que no hay prueba de que se haya ofrecido alguna información por parte de la AFP.

En virtud de lo anterior, considero que debió revocarse la sentencia de primera instancia para, en su lugar, declarar la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad.

 En estos términos sustento mi salvamento de voto.

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Magistrada

1. SL4964 del 14/11/2018, radicado 54814, SL1452 del 03/04/2019, radicado 68852 y SL1688 del 08/05/2019. [↑](#footnote-ref-1)
2. Parra, Quijano, J. “*Manual de Derecho Probatorio”,* Ediciones del Profesional Ltda., Sexta Edición, 2007, pp. 148. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sent. Cas. Civ. de 15/11/2017, SC18476-2017. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sent. Cas. Lab. de 03/04/2019, SL1452-2019. [↑](#footnote-ref-4)
5. Artículo 2, parágrafo 2º [↑](#footnote-ref-5)
6. Artículos 2.6.10.2.3. y 2.6.10.4.3 [↑](#footnote-ref-6)
7. Estatuto Orgánico del Sistema Financiero [↑](#footnote-ref-7)