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 Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia, 16 de agosto de 2016

Radicación No: 66001-31-05-005-2016-00616-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: María Doris Duque Rosero

Demandado: Colpensiones y Porvenir S.A.

Juzgado de origen: Quinto Laboral del Circuito de Pereira.

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**Temas: INEFICACIA DEL TRASLADO / MOTIVOS PARA SU PROCEDENCIA / ACREDITACIÓN DE INFORMACIÓN ADECUADA Y SUFICIENTE AL MOMENTO DEL TRASLADO A RAIS / CARGA DE LA PRUEBA DE LA ENTIDAD / CONFIRMA**

De tal suerte, que no hay lugar a trasladarle tal carga probatoria al demandante, en contraste, ese traslado de la prueba opera en contra de la Administradora de Pensiones, cual lo definió el órgano de cierre de la especialidad laboral, puesto que itera, ese deber “*se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares*”, toda vez que no cualquiera puede apuntar a ese fin, en la medida en que ésta debe ser relevante, o sea que abarque todos los perfiles y elementos indicativos de una buena elección, máxime si se tiene en cuentas las previsiones de los artículo 1603 y 1604 del C. Civil.

(…)

En el sub-lite, el fondo privado no aportó ningún elemento de prueba con el propósito de acreditar el cumplimiento del deber informado, debidamente, al afiliado acerca de las consecuencias del traslado de régimen, pues únicamente se limitó a aportar pruebas documentales visibles – fls 128 a 196- que dan cuenta de la afiliación de la actora a esa entidad y de las cotizaciones que efectuó, sin que sea prueba suficiente, “*que su traslado al régimen de ahorro individual …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”.* Por tal motivo, esa es una expresión genérica vaciada de carga demostrativa en torno al cumplimiento del deber de información adecuada y suficiente a cargo de la entidad.

(…)

Esa fragmentaria información, no posee la capacidad de enervar la obligación a cargo de la demandada, en la medida en que, por otro lado, no allegó documento que acreditara si cumplió con ese deber, individualizando los medios que utilizó para ello, puesto que se itera, no basta la simple expresión genérica, dado que la administradora debe poner de manifiesto que documentó clara y suficientemente, al afiliado, acerca de los efectos que acarreaba el cambio de régimen, so pena de que se pueda declarar ineficaz ese tránsito.

(…)

Y no puede ser de otra manera, por cuanto, el precepto de marras riñe en esta materia, con el ordenamiento superior, en concreto, el artículo 48, que ampara a la seguridad social como un derecho irrenunciable, siendo uno de sus báculos el principio de progresividad (sentencia SL 5470, de 30 de abril de 2014, radicación 43892).

Por ende, no prosperan los recursos de apelación propuestos, siendo forzosa la confirmación de la sentencia materia de apelación que declaró ineficaz el tránsito del actor del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro individual con Solidaridad.

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los dieciséis (16) días del mes de agosto de dos mil dieciocho (2018), siendo las diez y treinta de la mañana (10:30 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia las magistradas y el suscrito magistrado de la Sala Laboral No.4 del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación presentado por las Codemandada frente a la sentencia proferida el 14 de noviembre de 2017 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***María Doris Duque Rosero*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones*** y ***Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías - Porvenir.***

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

1. **INTRODUCCIÓN**

Pretende el actor que se declare la nulidad de su traslado de fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, realizado el 09 de octubre de 1997, y en consecuencia, se ordene a Colpensiones que de manera inmediata proceda a aceptar y a realizar los trámites necesarios, para hacer efectiva la migración del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida, con los aportes, sus rendimientos y, se les condene a ambos fondos al pago de las costas procesales a su favor.

 Como fundamento a esos pedimentos expone que inició cotización en el seguro social desde el año de 1979 hasta el 09 de octubre de 1997, fecha en la cual se trasladó al fondo privado de pensiones Porvenir, debido a que los asesores le manifestaron que el ISS se iba acabar, que sus aportes se iban a perder, y en el nuevo fondo se podía pensionar en cualquier momento, pero que en ningún instante le suministraron la información adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta sobre la consecuencias del traslado del RAIS.

***La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones*** allegó contestación –fls 70 a 83- oponiéndose a las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que la actora suscribió la solicitud de traslado de manera voluntaria y no acreditó prueba suficiente que permitiera inferir que no contaba con información plena, cierta, seria y oportuna, situación por la cual no se debe declarar la nulidad del acto jurídico de traslado. En su defensa, propuso como excepciones de fondo “Saneamiento de una presunta nulidad”, “Validez de la afiliación al RAIS”, “buena fe”, “deber del demandante de demostrar los supuestos de hecho” y “Prescripción”.

***Porvenir S.A.*** *–fls 85 a 127-* se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda, arguyendo que la actora al momento del traslado fue informada sobre todas las condiciones y características del régimen de ahorro individual en atención a las normas legales que rigen el tema. En su defensa, formuló como medios exceptivos “Genérica o innominada”, “Prescripción”, “buena fe”, “Compensación”, “falta de legitimación en causa por pasiva”, “inexistencia de perjuicios por ausencia de daño previsional”, “Ausencia de responsabilidad”, “culpa exclusiva de la afiliada”.

 ***II.******SENTENCIA DEL JUZGADO***

 El Juzgado de conocimiento mediante fallo del 14 de noviembre de 2017, accedió a las pretensiones de la demanda, para lo cual declaró ineficaz el traslado que realizó la actora el 09 de octubre de 1997 del régimen de prima media al de ahorro individual. En consecuencia, condenó a Porvenir S.A. a trasladar con destino a Colpensiones todos los aportes y rendimientos que la señora Duque Rosero poseía en su cuenta de ahorro individual, debiendo esa última entidad proceder a aceptar sin dilaciones. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las codemandadas y condenó en costas al fondo privado y en favor de la actora.

Para arribar a tal determinación, estimó con base en las pruebas arrimadas al plenario, que Porvenir S.A. no acreditó el cumplimiento del deber de información sobre las consecuencias propias del traslado de régimen, conforme lo tiene sentado la jurisprudencia, pues del contenido del formulación de afiliación del actor no se desprende que hubiese realizado alguna proyección del monto de la eventual pensión de la actora o le hubiere presentado la edad aproximada en que podía adquirir la pensión en caso de mantener constante las cotizaciones. De otra parte, consideró que el plazo prescriptivo de 4 años que plantea la parte pasiva, no aplica frente al acto de vinculación y traslado de régimen pensional, al tenor de lo preceptuado en el artículo 48 de la Carta Política.

1. ***RECURSO DE APELACIÓN***

El vocero judicial del fondo privado se alzó contra la decisión en orden a que se revocaran y se declaran prosperas las excepciones propuestas. Con tal propósito, indica que la jurisprudencia traída a colación por el Despacho no es aplicable a este asunto, en el sentido que la carga de la prueba debe ser asumida la parte actora por cuanto debe demostrar que fue inducida a error. De otra parte, sostiene que al momento de que la actora firmó los formulario de solicitud de vinculación o traslado hacía constar que lo realizaba de libre, espontánea y sin presiones de la escogencia al régimen de ahorro individual y que al tiempo en que la actora realizó el traslado se encontraba informada y asesorada de las ventajas y desventajas del cambio de régimen pensional.

Por su parte Colpensiones en su recurso de apelación estimó que la demandante al momento de realizar el cambio de régimen fue informada por la opción de retracto, la cual fue descartada por desconocimiento o desinterés de su situación, la cual es reflejada al realizar las reclamaciones en el último año antes de concederle la pensión; manifiesta que la relación es un negocio jurídico el actual al presentarse vicios pueden sanearse con el paso del tiempo tal como lo dicta la norma ya que sería improcedente el cambio del régimen toda vez que el paso del tiempo lo saneó, además que la actora cuenta con 58 años de edad al momento de solicitar el traslado y no cumple con los requisitos exigidos por la ley para ello.

La Juez de conocimiento concedió el recurso de apelación interpuesto por las partes demandadas.

***Del problema jurídico.***

Visto el recuento anterior, la Sala formula el problema jurídico en los siguientes términos:

*¿Hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la actora el 09 de octubre 1997 del ISS a Porvenir S.A.?*

*¿Procede en este caso la inversión de la carga de la prueba que impone a las entidades administradoras de pensiones acreditar el cumplimiento al deber de información a sus afiliados en consideración al traslado de régimen pensional?*

*¿Es improcedente el régimen de nulidades en materia de seguridad social?*

***Alegatos en esta instancia***:

En este estado de la diligencia, alegan los voceros judicial, si asistieron y si es la voluntad de ellos hacerlo. Escuchadas las anteriores intervenciones que en síntesis se refirieron a los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir de fondo, previa las siguientes:

**III. CONSIDERACIONES:**

* 1. ***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

A propósito de los recursos interpuestos por las accionadas, de entrada es menester analizar las normas que posibilitan la efectividad de lo pretendido por la parte actora, que no es otra cosa que su retorno al régimen de prima media, administrado actualmente por la administradora Colombia de pensiones – Colpensiones, régimen del cual había emigrado en el año 1997, para ingresar al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Sobre este tópico, la jurisprudencia patria había enfocado en un comienzo el asunto dentro del régimen de nulidades previsto en el código civil, esto es, en su título segundo del libro cuarto, referente a los actos y declaraciones de la voluntad, amén de su título XX, relativo a la nulidad y la recisión. Sin embargo, la posición jurisprudencial varió dicha perspectiva, tomando en cuenta las previsiones del artículo 13 lit.b de la Ley 100 de 1993, que a la letra reza:

“*b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la presente ley*.”.

A su turno, la disposición a la que se remite la norma anterior, reza:

“*ARTICULO. 271.-Sanciones para el empleador. El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. (…) La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador*.”

De tal suerte, que en los términos del artículo 897 del código de comercio, cuando la disposición expresa que un acto no produce efectos se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial, y bajo esta nueva perspectiva es que el deber a cargo de las administradoras de pensiones de informar a sus eventuales afiliados, acerca de las implicaciones del traslado entre regímenes pensionales, se enmarca dentro de las precisas disposiciones legales y las pautas que la jurisprudencia ha trazado, por lo que la transgresión a este especifico deber no se enlaza con las precisas conductas reguladas en el régimen de nulidades, por lo que entonces, los recursos enfilados sobre esa base, no están llamados a prosperar, en la medida en que por ejemplo, el posible saneamiento del vicio no es de recibo, puesto que, se trata de un vicio que hace ineficaz el traslado, de pleno derecho.

Lo acabado de referir toca, también, con la definición de a quién pesa la carga de demostrar tal deber de información, que como se verá corresponde en todos los casos a la administradora de pensiones.

En efecto, el órgano de cierre de la especialidad laboral ha sido enfático desde su pronunciamiento del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, en sostener que las administradoras de pensiones están obligadas, entre otras cosas:

“obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares”. (sublíneas fuera del texto)

Y concretamente en relación con el deber de información a sus posibles afiliados acerca del contenido e impacto de tal afiliación, decantó lo siguiente:

“*La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

*“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad*”.

 Además, expuso que:

*“En estas condiciones el engaño, no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada”*.

Agrega la ameritada providencia:

“*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”.*

De tal suerte, que no hay lugar a trasladarle tal carga probatoria al demandante, en contraste, ese traslado de la prueba opera en contra de la Administradora de Pensiones, cual lo definió el órgano de cierre de la especialidad laboral, puesto que itera, ese deber “*se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares*”, toda vez que no cualquiera puede apuntar a ese fin, en la medida en que ésta debe ser relevante, o sea que abarque todos los perfiles y elementos indicativos de una buena elección, máxime si se tiene en cuentas las previsiones de los artículo 1603 y 1604 del C. Civil.

Es más en providencia más reciente, SL17595, del 18 de octubre de 2017, recaba el órgano de cierre de la especialidad laboral, que tal deber informado debe abarcar una 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. Rechaza por lo tanto, la simple expresión genérica alusiva a la obligación de informar, por cuanto, la administradora debe poner de manifiesto que documentó clara y suficientemente acerca de los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.

Idéntica perspectiva se ofrece en la sentencia SL12136 de 2014, radicación 46.292, la que en su parte pertinente reza: “…*será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales*”.

Deber de asesoría y de debida información que ha existido desde la creación de tales administradoras del Sistema General de Pensiones, acorde con los artículos 13 y 271 de la Ley 100/93, amén de los artículos 97 y 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y que se refuerza con la regla establecida en el artículo 1604 C.C.

Solo que si el susodicho cambio implique la pérdida del régimen de transición, resulta más evidente la falencia en cuanto a la información brindada al afiliado. Y en cuanto a otros motivos, que pudiera argüirse, en orden a reversar el cambio entre régimen pensionales, es oportuno destacar que si bien con antelación a este traslado, aún no habían entrado en vigencia las leyes: 795 de 2003, 1328 de 2009 y 1748 de 2014, y sus desarrollos legislativos a través de los decretos: 2241 y 2555 de 2010, amén del 2071 de 2015, suficiente resultaba el compendio normativo existente al momento de aquel.

Esto por cuanto, también, el deber de información no se agota exclusivamente al momento de la afiliación, sino que este permea *“todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional*”.

En el sub-lite, el fondo privado no aportó ningún elemento de prueba con el propósito de acreditar el cumplimiento del deber informado, debidamente, al afiliado acerca de las consecuencias del traslado de régimen, pues únicamente se limitó a aportar pruebas documentales visibles – fls 128 a 196- que dan cuenta de la afiliación de la actora a esa entidad y de las cotizaciones que efectuó, sin que sea prueba suficiente, “*que su traslado al régimen de ahorro individual …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”.* Por tal motivo, esa es una expresión genérica vaciada de carga demostrativa en torno al cumplimiento del deber de información adecuada y suficiente a cargo de la entidad.

Repasado, tanto el interrogatorio de parte rendida por la actora, como la declaración del señor José Olimpo García, se tiene que estos dieron cuenta, que los distintos fondos de pensiones privadas realizaron jornadas de exposición, mediante las cuales les manifestaron que tanto el ISS como Cajanal serían liquidados, por ende, que perderían los aportes, que sí se afiliaban, con ellos, podrían pensionarse de forma anticipada, siendo los dineros consignados de naturaleza heredable.

 Esa fragmentaria información, no posee la capacidad de enervar la obligación a cargo de la demandada, en la medida en que, por otro lado, no allegó documento que acreditara si cumplió con ese deber, individualizando los medios que utilizó para ello, puesto que se itera, no basta la simple expresión genérica, dado que la administradora debe poner de manifiesto que documentó clara y suficientemente, al afiliado, acerca de los efectos que acarreaba el cambio de régimen, so pena de que se pueda declarar ineficaz ese tránsito.

Se itera entonces, que en cuanto a la cláusula de retracto de que trató Colpensiones, ninguna incidencia tiene en este asunto, dado que la ineficacia se produce de pleno derecho, aunado a que, de otra parte, el artículo 1750 del C.C. se ubica en el régimen de nulidades reglado por el ordenamiento jurídico ordinario, al paso que el fenómeno presentado en el sub-lite, se inscribe en la ineficacia como de manera uniforme y reiterada lo ha decantado el órgano de cierre de la especialidad laboral a propósito de lo disciplinado en el artículo 13 lit.b) y el precepto 271 de la Ley 100 de 1993, por lo que equivocado resulta el enfoque de los recurrentes.

Y no puede ser de otra manera, por cuanto, el precepto de marras riñe en esta materia, con el ordenamiento superior, en concreto, el artículo 48, que ampara a la seguridad social como un derecho irrenunciable, siendo uno de sus báculos el principio de progresividad (sentencia SL 5470, de 30 de abril de 2014, radicación 43892).

Por ende, no prosperan los recursos de apelación propuestos, siendo forzosa la confirmación de la sentencia materia de apelación que declaró ineficaz el tránsito del actor del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro individual con Solidaridad.

Las costas en esta instancia correrán a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir en favor de la demandante.

En mérito de lo expuesto, el *H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Laboral,* Sala de Decisión No. 4 administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

*FALLA*

1. *Confirma* la sentencia proferida el 14 de noviembre de 2017 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.
2. Costas en esta instancia a cargo de las entidades recurrentes y en favor del demandante.

*NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.*

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

**Magistrado Ponente**

**ANA LUCIA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

 **Magistrada Magistrada**