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, 9 de agosto de 2018

Radicación No: 66001-31-05-005-2016-00698-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: María del Carmen Martínez Usma

Demandado: Colpensiones y Protección 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**

En el sub-lite, el fondo privado ningún elemento de prueba enlistó con el propósito de acreditar el cumplimiento a su deber de informar debidamente al afiliado sobre las consecuencias del traslado de régimen, pues únicamente se limitó a aportar pruebas documentales que dan cuenta de la afiliación de la actora a esa entidad y de las cotizaciones que efectuó, sin que sea prueba suficiente, la mera suscripción del formulario de afiliación, pues como se dijo, esto sólo es prueba de una expresión genérica vaciada de carga demostrativa en torno al cumplimiento al deber de información adecuada y suficiente de la entidad para la manifestación libre y consciente del traslado de régimen del afiliado.

(…)

Obviamente, que las expresiones contenidas en el interrogatorio de parte rendido por la actora, no pueden enervar esa obligación a cargo de la demandada, en la medida en que ésta no allegó documento que acreditara si cumplió con ese deber y que medios utilizó para ello, pues se itera, no basta la simple expresión genérica, sino que el deber de información, en términos de la propia Corte, debe patentizarse en forma documentada, clara y suficientemente, situación que acá no se satisfizo.

(…)

Aunado a que 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 100/93, por lo que equivocada resulta la invocación de la disposición que no toca con la ineficacia, relevante en este asunto, sino con el régimen de nulidades, que acorde con la jurisprudencia actual no se edifica el vicio atinente a la falta de información veraz y oportuna a causa de las administradoras de pensiones.

Por ende, no prospera el recurso de apelación propuesto, siendo forzosa la confirmación de la sentencia materia de apelación que declaró ineficaz el tránsito de la actora del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro individual con Solidaridad.

***ORALIDAD***

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los nueve (09) 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 la Codemandada Protección S.A. frente a la sentencia proferida el 7 de noviembre de 2017 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***María del Carmen Martínez Usma*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones*** y ***Protección S.A.***

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

1. **INTRODUCCIÓN**

Pretende la actora que se declare la nulidad de su afiliación al RAIS, en el fondo privado demandado, y en consecuencia, se ordene a esa entidad remitirle a Colpensiones los aportes con sus respectivos rendimientos, y a esta última a reactivar su afiliación al régimen de prima media con prestación definida, y se les condene a ambas al pago de las costas procesales a su favor.

 Como fundamento a esos pedimentos expone que nació el 19 de julio de 1959 en Salamina, Caldas; que el 3 de noviembre de 1999 se trasladó del RPM al RAIS mediante afiliación al fondo de pensiones y cesantías Colmena AIG actualmente Protección S.A. Indica que dicha entidad omitió brindarle información acerca de las consecuencias del traslado, de las ventajas y desventajas y de la diferencia del monto de las pensión en cada uno de los regímenes; que el 16 de agosto de 2016 presentó ante el fondo privado derecho de petición solicitando copia de los documentos en los que consta su afiliación, y de la información que le fue brindada al momento de la migración, por lo que a través de oficio del 18 de agosto de esa anualidad la entidad allegó copia de la afiliación y le manifestó que la asesoría se realizó en forma personalizada por ende no tiene soportes documentales de la misma. Refiere que el 5 de octubre de 2016 solicitó ante Colpensiones el traslado de régimen, sin embargo, le fue rechazada por improcedente.

***Protección S.A.*** se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda, arguyendo que el traslado de la actora al régimen de ahorro individual se efectuó con el lleno de los requisitos legales, y además, no se encuentra demostrado ningún tipo de vicio en el consentimiento. En su defensa, formuló como medios exceptivos “Validez y eficacia de la afiliación al RAIS”, “Prescripción”, “Ausencia de causa para demandar”, “Buena fe y confianza legítima”.

***Colpensiones*** por intermedio de su vocera judicial allegó escrito de contestación, indicando que se opone igualmente a las pretensiones, pues la actora se trasladó de régimen en forma voluntaria y no existe prueba que acredite en forma suficiente que no contaba con la información plena para el cambio. Excepcionó “Saneamiento de una presunta nulidad”, “Validez de la afiliación al RAIS”, “Deber del demandante de demostrar los supuestos de hecho”, “Buena fe” y “Prescripción”.

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

 El Juzgado de conocimiento mediante fallo del 7 de noviembre de 2017, accedió a las pretensiones de la demanda, para lo cual declaró ineficaz el traslado que realizó la actora el 3 de noviembre de 1999 al régimen de prima media al de ahorro individual. En consecuencia, condenó a Protección S.A. a trasladar con destino a Colpensiones todos los aportes y rendimientos que la señora Martínez Usma posee 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 Protección S.A. no acreditó el cumplimiento al deber de información sobre las consecuencias propias del traslado de régimen, conforme lo tiene sentado la jurisprudencia y el Decreto 720 de 1994, pues del contenido del formulación de afiliación de la actora no se desprende que hubiese realizado alguna proyección del monto de la eventual pensión o que le hubiere suministrado información acerca de las ventajas o desventajas que le acarreaba la migración. De otra parte, consideró que el plazo prescriptivo de 4 años que alega la parte pasiva para la declaratoria de nulidad o ineficacia, no aplica frente al acto de vinculación y traslado de régimen pensional, por tratarse de un derecho imprescriptible como es el de la seguridad social.

1. ***RECURSO DE APELACIÓN***

La vocera judicial del fondo privado se alzó contra la decisión en orden a que se revoque y se declaren prosperas las excepciones propuestas.

Con tal propósito, sostuvo que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia traída a colación por el despacho no es aplicable a este asunto, en razón a que el traslado de régimen no implicó la pérdida de prerrogativas tales como el régimen de transición, pues la actora nunca estuvo cobijada por este. Refirió que la entidad a la fecha del traslado no estaba en la obligación de realizar la proyección del eventual derecho pensional que resultase en favor de la actora, pues tal deber sólo se creó a partir de la expedición de los decretos 1748 de 2014, y 2071 de 2015, amén de que la afiliada era consciente que para el momento en que efectuó el traslado, no tenía requisitos ni estaba próxima a adquirir la pensión en el RPM, de modo que, ninguna desventaja le representaba, máxime cuando sólo se preocupó por pedir una asesoría cuando estaba próxima a cumplir los requisitos. Por último solicita se tenga en cuenta que el término para solicitar la nulidad de un acto jurídico es de cuatro años, conforme a la ley civil.

La jueza del conocimiento concedió el recurso de apelación propuesto, y se abstuvo de conceder el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por no haberse proferido en la sentencia condena pecuniaria en su contra.

***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 3 de noviembre de 1999 del ISS a AIG Colmena Pensiones Y cesantías hoy Protección S.A.?*

***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***

La entidad recurrente alude entre sus descontentos, que la a-quo se equivocó al aplicar la jurisprudencia que el órgano de cierre de esta especialidad laboral ha desarrollado frente al tema de la nulidad o ineficacia del traslado de régimen, pues la misma sólo es aplicable para aquellos eventos en que, por virtud de la migración entre regímenes, el afiliado pierde los beneficios de la transición contenida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Para resolver tal cuestionamiento, es menester advertir que la pérdida del régimen de transición no es el único motivo que impulsa a la jurisdicción ordinaria a acceder a la ineficacia del traslado de régimen pensional, como equivocadamente lo alega la recurrente, pues la validez o no del traslado de régimen también puede suscitarse cuando quiera que se discuta la veracidad de la información que se le brindó al afiliado, lo cual involucra necesariamente el análisis previo de si el acto jurídico que generó el traslado resulta o no eficaz, en punto al respeto a la libre y voluntaria escogencia de los afiliados.

Es así que, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STL 11385 de 2017, en sede de tutela, puntualizó que: “*no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición”,* motivo por el cual concluyó que el Tribunal accionado vulneró el derecho fundamental al debido proceso de la accionante, al revocar la decisión del inferior que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, fundado en que este no implicaba la pérdida del régimen de transición.

En ese orden, la Sala considera que aun cuando el traslado de régimen implicase o no la perdida del régimen de transición, siempre seguirá gravitando en contra del ente privado de pensiones, la obligación de acreditar que ofreció la información adecuada y eficaz, 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.

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.

De tal suerte, que no hay lugar a trasladarle tal carga probatoria a la 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, mediante sentencia de nueve (9) de septiembre de dos mil ocho (2008), expediente No. 31989:

*“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”.*

Allí también decantó que los fondos de pensiones, por comprometer el campo de la responsabilidad profesional están:

“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)

E igualmente refirió que:

“*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*”.

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*”

En el sub-lite, el fondo privado ningún elemento de prueba enlistó con el propósito de acreditar el cumplimiento a su deber de informar debidamente al afiliado sobre las consecuencias del traslado de régimen, pues únicamente se limitó a aportar pruebas documentales que dan cuenta de la afiliación de la actora a esa entidad y de las cotizaciones que efectuó, sin que sea prueba suficiente, la mera suscripción del formulario de afiliación, pues como se dijo, esto sólo es prueba de una expresión genérica vaciada de carga demostrativa en torno al cumplimiento al deber de información adecuada y suficiente de la entidad para la manifestación libre y consciente del traslado de régimen del afiliado.

Obviamente, que las expresiones contenidas en el interrogatorio de parte rendido por la actora, no pueden enervar esa obligación a cargo de la demandada, en la medida en que ésta no allegó documento que acreditara si cumplió con ese deber y que medios utilizó para ello, pues se itera, no basta la simple expresión genérica, sino que el deber de información, en términos de la propia Corte, debe patentizarse en forma documentada, clara y suficientemente, situación que acá no se satisfizo.

(…)

Aunado a que 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 100/93, por lo que equivocada resulta la invocación de la disposición que no toca con la ineficacia, relevante en este asunto, sino con el régimen de nulidades, que acorde con la jurisprudencia actual no se edifica el vicio atinente a la falta de información veraz y oportuna a causa de las administradoras de pensiones.

Por ende, no prospera el recurso de apelación propuesto, siendo forzosa la confirmación de la sentencia materia de apelación que declaró ineficaz el tránsito de la actora del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro individual con Solidaridad.

Las costas en esta instancia correrán a cargo de la entidad recurrente y en favor de la demandante.

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

*FALLA*

1. *Confirma* la sentencia proferida el 7 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 la entidad recurrente y en favor de la 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