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: Sentencia de Segunda Instancia, 23 de noviembre de 2018

Radicación No: 66001-31-05-003-2017-00028-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Rosa Otilia González Peña

Demandado: Colpensiones y Protección S.A.

Juzgado de origen: Tercero Laboral del Circuito de Pereira.

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**TEMAS: TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL / INEFICACIA / DEBER DE INFORMACIÓN / REQUISITOS / CARGA PROBATORIA INCUMBE AL FONDO DE PENSIONES.**

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.

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…

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” (…)

De tal suerte, que no hay lugar a trasladarle tal carga probatoria al afiliado (a), pues en contraste, ese traslado de la prueba opera en contra de la Administradora de Pensiones, tal cual lo definió el órgano de cierre de la especialidad laboral, en tanto que se 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 tienen en cuenta las previsiones de los artículo 1603 y 1604 del C. Civil, según el cual “prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo.

**ADICIÓN DE LA SENTENCIA: AUTO DE NOVIEMBRE 28 DE 2018**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los veintitrés (23) días del mes de noviembre de dos mil dieciocho (2018), siendo las tres y quince de la tarde(3:15 p.m.), reunidos en la Sala de Audiencias las magistradas y el magistrado de la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 1º de marzo de 2018 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **Rosa Otilia González Peña** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** y la **AFP Protección S.A.**

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

1. **INTRODUCCIÓN**

Pretende la demandante que se declare: (i) la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual efectuado en el año 1997 a través de Protección S.A., y (ii) que la afiliación al régimen de prima media es válida, vigente y sin solución de continuidad. En consecuencia, pide se ordene al fondo privado trasladar a Colpensiones los aportes de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos; y a Colpensiones a reactivar la afiliación en RPM y a reconocer y pagar la pensión de vejez a partir del 27 de abril de 2016, en cuantía de $1`799.648, junto con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100/93, o en subsidio, la indexación. Igualmente, que se condene a Protección a pagar a título de indemnización de perjuicios materiales –lucro cesante, las mesadas pensionales correspondientes hasta tanto Colpensiones realice el reconocimiento de la pensión. Por último, que se condene a las demandadas en costas procesales.

En subsidio, pide la declaratoria de nulidad de la afiliación al RAIS, y como indemnización de perjuicios a cargo del fondo privado, el pago de la diferencia mensual existente entre la mesada que le sería reconocida en el RAIS y la que le reconocería Colpensiones en el RPM.

 Como fundamento fáctico de sus pretensiones, la demandante adujo que nació el 27 de abril de 1959; que se afilió al ISS el 4 de diciembre de 1978 y permaneció allí hasta el 8 de noviembre de 1983; que cotizó a la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional de Colombia entre el 16 de abril de 1986 y el 15 de abril de 1997; que el 2 de abril de 1997 suscribió formulario de afiliación a Colmena AIG hoy Protección S.A., efectiva a partir del mes de mayo siguiente; que para el momento de la afiliación, la asesora del fondo privado no le brindó información clara y oportuna que garantizara la toma de una decisión objetiva; que en ningún momento fue asesorada en forma individual, puesto que hizo en forma generalizada, manifestando la conveniencia del traslado, los múltiples beneficios, que el ISS desaparecería y que la administración de las pensiones estaría únicamente a cargo de los fondos privados. Refiere que nunca se le dio información adicional acerca de la edad mínima y el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual en aras de obtener una pensión anticipada o completar el capital para acceder a la pensión de vejez; que no existe soporte documental alguno de lo informado; que no cuenta con conocimientos matemáticos ni financieros que le permitieran dimensionar las consecuencias del traslado; que cotizó un total de 973.57 semanas en el RAIS; que el 21 de julio de 2006 y el 3 de agosto de 2015, elevó solicitud tendiente a lograr el traslado de régimen pensional, pero le fue negada por faltarle menos de diez años para arribar a la edad mínima de pensión; que la AFP Protección a través de correo electrónico fechado el 26 de noviembre de 2015, le remitió la proyección pensional en dicho fondo, indicando que tiene posible derecho a la garantía de pensión mínima; que solicitó ante Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, pero le fue negada. Por último, indica que de haber permanecido en el RPM su mesada pensional alcanzaría la suma de $1`799.648.

En su oportuna contestación, Colpensiones indicó que se acoge a lo que resulte probado en el proceso y se ordene en la sentencia. En su defensa formuló como medios exceptivos los de: Inexistencia de la obligación demandada y prescripción.

Por su parte, la AFP Protección, a través de su vocero judicial se opuso a las pretensiones, al considerar que no existe razón para declarar la nulidad de la afiliación, toda vez que la afiliación al fondo privado es válida por haberse realizado en forma libre, voluntaria y sin presiones. Propuso como excepciones: Inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica, carencia de soporte probatorio para que se declare la nulidad, Plena voluntad del traslado y conocimiento sobre las consecuencias que acarreaba el traslado, conocimiento de la forma en que opera el RAIS y el consentimiento para permanecer en él, Prescripción, Saneamiento del vicio del consentimiento por efecto de la prescripción ordinaria, entre otras.

***II. SENTENCIA DEL JUZGADO***

La jueza de primer grado, en sentencia del 1º de marzo de 2018 negó las pretensiones de la demanda y declaró probadas las excepciones de plena voluntad del traslado y conocimiento sobre la consecuencia que le acarreaba dicho traslado y, conocimiento en la forma en que opera el RAIS y consentimiento para permanecer en el mismo.

Para arribar a tal determinación, estimó en primer lugar que al no ser la demandante beneficiaria del régimen de transición que prevé el artículo 36 de la Ley 100/93, su solicitud de ineficacia o nulidad del traslado de régimen pensional no podía ser atendida en forma automática, sino que debían analizarse las particularidades que rodearon la suscripción del formulario de afiliación.

En ese orden, consideró que a la demandante tenía la carga de probar que el fondo privado accionado no cumplió con el deber de brindarle una asesoría clara, completa y suficiente que le permitiera tomar una decisión libre y consciente, carga probatoria que encontró insatisfecha, puesto que por el contrario, con los propios dichos de la propia demandante se demostró que la AFP accionada cumplió con el deber de información, en tanto que, fue informada acerca de las características propias del Régimen de Ahorro Individual, que podía adquirir la pensión de vejez en forma anticipada; que la rentabilidad que tendrían sus aportes al sistema de seguridad social serían mayores a los que poseería en el régimen en el que se encontraba en ese momento, de acuerdo a los movimientos del mercado, sin que la inconformidad manifestada por la parte actora en su interrogatorio, en cuanto al monto que eventualmente recibiría como mesada pensional sea suficiente para deducir un engaño u omisión por parte de la entidad demandada. Por consiguiente, concluyó que la afiliación de la actora al RAIS en completamente válido en los términos del artículo 13 literal b) y 271 de la Ley 100/93.

***III. RECURSO DE APELACIÓN***

Inconforme con la anterior determinación, la vocera judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación. En la sustentación, indicó que la entidad administradora de fondo de pensiones transgredió todos los principios mínimos al inducir en error a la afiliada, para que se trasladara de régimen pensional, sin brindarle una información completa y comprensible respecto de las consecuencias que esto le acarreaba, como es, el no acceder a una mesada pensional proporcional a los aportes realizados durante toda la vida laboral a diferencia de la mesada que pudiera recibir en el régimen de prima media. Aduce que la entidad demandada tenía el deber de brindar una información que no esté dirigida únicamente a alcanzar las propias metas de crecimiento, sino también a satisfacer los intereses de sus afiliados. Por último, trajo a colación sentencias del órgano de cierre de la especialidad laboral respecto al tema, en aras de que sean aplicadas al caso concreto.

***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 2 de abril de 1997de la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional a Colmena AIG 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:

**IV. CONSIDERACIONES:**

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

 Para resolver la instancia, a propósito del recurso interpuesto, 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.

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 afiliado (a), pues en contraste, ese traslado de la prueba opera en contra de la Administradora de Pensiones, tal cual lo definió el órgano de cierre de la especialidad laboral, en tanto que se 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 tienen en cuenta las previsiones de los artículo 1603 y 1604 del C. Civil, según el cual *“prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”.*

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 (a). 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:

 “Es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

A juicio de esta Sala no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las administradoras de fondos de pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.

…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 implica 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 pudieran 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 suma, el deber de asesoría, implica que la información sea **cierta, suficiente y oportuna** respecto a cada uno de los regímenes pensionales, con una adecuada explicación de las ventajas y desventajas en cada uno de ellos, sin que ello pueda limitarse a la suscripción del formulario de afiliación. Sólo el cumplimiento de estos tres requisitos, garantizará –entonces- que el afiliado pueda decidir de manera clara y transparente cuál régimen pensional se ajusta a sus condiciones propias y a sus expectativas, eligiendo razonadamente el que le otorgue mejores o mayores beneficios.

La información es cierta cuando refleja que no existen dudas sobre aspectos legales de obligatorio conocimiento, es decir, es verdadera y sustentada en la realidad objetiva, sin que sea sesgada pretenciosa o arbitraria. Es suficiente, cuando logra concretar en el afiliado el conocimiento más amplio sobre las características del sistema, los productos y condiciones de cada sistema pensional, ubicándolo en su realidad y en sus expectativas, conociendo las ventajas y desventajas de uno y otro régimen, y es oportuna, cuando es transmitida en los momentos que deben ser, a fin de buscar una libertad contractual transparente, con decisiones a tiempo y con la mayor garantía en cuanto a los beneficios que pueda recibir.

En el sub-lite, se tiene que si bien la demandante no era beneficiaria del régimen de transición que prevé el artículo 36 de la Ley 100/93, como quiera que a la entrada en vigencia del nuevo sistema general de pensiones contaba con 34 años de edad y acreditaba 594.44 semanas de servicios, lo cierto es que indistintamente de ello, a la AFP Colmena hoy Protección S.A., le correspondía acreditar que cumplió el deber de suministrar la información suficiente y completa a la afiliada, acerca de la implicaciones del cambio de régimen pensional, demostrar la prueba de la diligencia y cuidado, so pena de calificarse de ineficaz dicho tránsito, sin embargo, ningún elemento de prueba enlistó con tal propósito, puesto que se limitó a aportar pruebas documentales que únicamente dan cuenta de la afiliación de la actora a esa entidad y de las cotizaciones que efectuó, según se constata con los documentos obrantes a folios 125 a 137, sin que ello 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”.*

Ahora bien, revisado tanto el interrogatorio de parte rendido por la actora, como lo dicho por los declarantes Ana Gloria Gómez Villa, Eduardo José Peláez y Pedro Luis Posada Arbeláez, se tiene que dieron cuenta de la información que les fue brindada por los distintos fondos privados que visitaron las instalaciones de la Universidad Nacional de Colombia –Sede Manizales, para hacer jornadas de exposición, donde de manera generalizada, fueron informados de las características propias del régimen de ahorro individual.

Esa fragmentaria información, lo que demuestra es el reforzamiento de la falta del deber que se le enrostra a la demandada privada, en la medida en que, no documentó su 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 de manera clara y suficiente, la información acerca de los efectos que le acarreaba al afiliado (a) el cambio de régimen, y suficientemente, al afiliado, acerca de los efectos que acarreaba el cambio de régimen, so pena de que pueda declararse ineficaz ese tránsito.

No se trata de rendirle culto a las formas, o escritos, como si la única prueba admisible fuera la escrita, erigiendo una solemnidad que la ley no prevé, sin embargo, la manera de desenvolverse tales entidades en el tráfico normal de sus actividades, es dejando huella de cada uno de los deberes a su cargo, detallando y documentando cada paso que realiza, de tal suerte, que no se zafa de esa carga, trayendo al proceso la manera como cada cliente financiero percibió la función o rol que cumplió la entidad financiera, sino por el contrario, entregando al juez la probanza que revele fehacientemente, el contenido del deber informado que le incumbe, y si se trataron de reuniones, el levantamiento de actas en las que se refleje, el nombre de los instructores y asistentes, los temas tratados o desarrollados, las consultas absueltas, los niveles de satisfacción de tales respuestas a las consultas, etc.; pasos que se erigen como un hilo conductor, que le lleve al juez el convencimiento de que al usuario se le dispensó la información adecuada y precisa, en aras de hacer la mejor elección.

De lo anterior, se concluye, entonces, que a la actora no se le brindó la información suficiente respecto a lo que más le convenía, a fin de que tomara una decisión razonada; ni se le proporcionó una adecuada orientación de lo más benéfico a su situación pensional, ilustrándola en forma suficiente y dando a conocer las diferentes alternativas y documentándola sobre los efectos que acarreaba el cambio de régimen, todo lo anterior en ejercicio del deber de información y, de buen consejo que le asiste a las entidades administradoras.

Cabe agregar, que de lo que se trata en este tipo de asuntos es de verificar si existió una manifestación libre y voluntaria, precedida de una oportuna, veraz, suficiente y completa información y asesoría sobre los efectos del traslado de régimen pensional, en los términos establecidos por la ley y la jurisprudencia, so pena que de que se declare la ineficacia de ese tránsito, cuyo efecto trae como consecuencia que el acto jurídico del traslado no produzca ningún efecto jurídico y propenda por el retorno al estado original de las cosas.

En ese orden de ideas, como quiera que la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional de Colombia, mientras subsistió, administraba el régimen de prima media con prestación definida – o de reparto simple- para los funcionarios de la Universidad, y dado su desaparecimiento, es obvio, que el retorno al sistema de prima media con prestación definida, se haga a Colpensiones, puesto que, actualmente, es quien administra dicho régimen, tanto para afiliados públicos o privados, dado el principio universal del actual sistema general de pensiones.

Por consiguiente, erró la sentenciadora de primer grado al endosarle a la demandante la carga de la prueba de que no realizó el traslado en forma libre, consciente e informada, puesto que era al fondo privado al que le correspondía probar que brindó la información completa, adecuada y suficiente.

Por ende, prospera el recurso de apelación propuesto en ese sentido, por lo que se revocará la decisión de primer grado, para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la actora en el año 1997, con la consecuencia ineludible de mantener válida y sin solución de continuidad la afiliación en el régimen de prima media, administrado actualmente por Colpensiones.

En consecuencia, se ordenará a la AFP Protección S.A. que en el término de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta sentencia, proceda a trasladarla totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la actora, con sus respectivos rendimientos, frutos e intereses, a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones. Y a esta última entidad, a aceptar traslado de la señora González Peña, del régimen de ahorro individual, al de prima media con prestación definida, una vez cumplido lo anterior.

De otra parte, en torno a los demás pedimentos de la parte actora, pasará la Sala a determinar si tiene derecho a la pensión de vejez que reclama.

Así pues, dado que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, los requisitos para acceder a la pensión de vejez se han de definir conforme a los postulados del artículo 33 de la Ley 100/93, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que dispone:

“Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afilado deberá reunir las siguientes condiciones: 1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad sí es mujer o sesenta (60) años sí es hombre. A partir del 10 de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. A partir del 1 enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015”

De la citada norma, se colige que para acceder a la pensión de vejez, la actora debió: (i) tener 57 años de edad y, (ii) haber cotizado 1.300 semanas para el año 2015.

En cuanto al requisito de la edad, se reunió el 27 de abril de 2016, cuando la demandante arribó a 57 años, según documento visible a folio 25. Frente a las cotizaciones, conforme a las historias laborales allegadas por Colpensiones y Protección, la actora sufragó más de 1.700 semanas de aportes al sistema, siendo suficientes para causar el derecho a la pensión de vejez solicitada. Por lo que se ordenará a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones el reconocimiento y pago de esa prestación pensional.

En torno a la fecha de disfrute, esta se dejará en suspenso hasta tanto la demandante, en calidad de servidora pública, acredite el retiro definitivo del servicio oficial, como quiera que según la historia laboral aportada por el fondo privado, a la fecha de presentación de la demanda -19 enero de 2017- y hasta mayo de ese mismo año, la actora está reportada como activa en el servicio público, por cuanto, sabido es que para efectos la inclusión en nómina de pensionados, es menester el retiro del servicio, ante la evidente incompatibilidad para percibir simultáneamente los ingresos a título de salario que reciben los servidores públicos, con la pensión de vejez, por constituir una doble asignación proveniente del erario público. Lo anterior, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 344 de 1996.

Se advierte a la entidad de seguridad social, Colpensiones, que la mesada pensional deberá ser calculada teniendo en cuenta para ello el ingreso base de liquidación más favorable, entre el promedio de lo devengado en toda la vida laboral o el de los últimos 10 años efectivamente cotizados, por haber sufragado la demandante más de 1.250 semanas de aportes al sistema pensional.

En cuanto a la solicitud de pago los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100/93, la Sala considera que siendo la razón que impide comenzar a disfrutar la pensión de vejez, el que la demandante al parecer se encuentre aun laborando, no existe suma algún sobre la cual imponer los aludidos intereses, como quiera que estos se reconocen por la mora en el pago de las mesadas y sobre su valor.

 Por consiguiente, se negará el pago de dichos réditos, al igual que la indexación peticionada en forma subsidiaria.

Por las mismas razones, se negará el pago de la indemnización de perjuicios –lucro cesante, cargo de la AFP Protección, o en subsidio, de Colpensiones, consistente en el pago de las mesadas pensionales desde el 26 de abril de 2016, y, hasta que Colpensiones efectué el reconocimiento de la prestación, al igual que el pago de las diferencias existentes entre la mesada pensional que le sería reconocida a la actora en el régimen de ahorro individual y la que le reconozca Colpensiones, ya que el disfrute de la prestación, está sujeta a la fecha en que acredite el retiro efectivo del servicio público.

Con lo expuesto, quedan resueltas en su integridad las pretensiones de la demanda.

Por último, en cuanto a las excepciones propuestas, solicita la AFP demandada la aplicación del artículo 1750 del Código Civil, cuyo contenido establece que el plazo para interponer la acción rescisoria del acto o contrato es de máximo cuatro años contados a partir de la celebración del mismo. Al respecto, resulta imperativo recordar que, esta Sala ha venido sosteniendo que tal disposición es improcedente en materia de seguridad social, como quiera que el término preclusivo resulta regresivo y, contrario al ordenamiento superior, concretamente, a los principios consagrados en el artículo 48 de la Carta Política, que ampara a la seguridad social como un derecho irrenunciable y tiene como uno de sus báculos el principio de progresividad (SL 5470, sentencia de 30 de abril de 2014, radicación 43892).

Lo anterior, 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, sino con el régimen de nulidades, que acorde con la jurisprudencia actual no se edifica en el vicio atinente a la falta de información veraz y oportuna a causa de las administradoras de pensiones.

En cuanto a la cláusula de retracto que invoca esa entidad, la Sala considera que la misma es aplicable únicamente en aquellas circunstancias en que el afiliado ha sido debidamente informado acerca de las consecuencias de su migración, pero no en eventos como el presente, en que la entidad administradora incumple su deber de información, puesto que en aquellos cabría la declaratoria de ineficacia del traslado.

Con lo dicho, quedan implícitamente resueltos los demás medios exceptivos.

Las costas en ambas instancias correrán a cargo de la AFP demandada y en favor de la actora.

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

**FALLA**

 **Revocar** la sentencia proferida el 1º de marzo de 2018 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, para en su lugar:

 **1. Declara**r la ineficacia del traslado que la señora Rosa Otilia González Peña efectuó al RAIS a través de la AFP Colmena AIG hoy Protección S.A.el 2 de abril de 1997, dadas las consideraciones precedentes.

 **2. Ordenar** a la AFP Protección S.A. que en el término improrrogable de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta providencia, proceda a trasladarlos saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses, a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones.

**3. Ordenar** a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones que una vez la AFP Protección S.A. dé cumplimiento a lo dispuesto en el numeral anterior, proceda aceptar traslado de Rosa Otilia González Peña del régimen de ahorro individual, al de prima media con prestación definida.

**4.** **Ordenar** a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones que reconozca y pague la pensión de vejez a la señora Rosa Otilia González Peña, con fundamento en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, una vez acredite el retiro definitivo del servicio oficial, debiendo tener en cuenta para el cálculo de la mesada pensional, el ingreso base de liquidación más favorable, por haber cotizado la actora más de 1.250 semanas al sistema pensional.

**5. Negar** los demás pedimentos de la demanda.

**6. Declarar** no probadas las excepciones de fondo propuestas por las demandadas.

7. Costas en ambas instancias correrán a cargo de la AFP demandada y en favor de la actora.

*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

 Salva voto

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

**Providencia**: Auto adición, aclaración y corrección de sentencia

**Radicación No**:66001-31-05-003-2017-00028-01

**Proceso**:  Ordinario Laboral

**Demandante**: Rosa Otilia González Peña

**Demandado:** Colpensiones y Protección SA

**Juzgado de origen**: Tercero Laboral del Circuito de Pereira

**Magistrado Ponente**: Francisco Javier Tamayo Tabares

Magistrado Ponente: **FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Pereira, veintiocho (28) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

*I.* ***OBJETO DE DECISIÓN:***

Se procede de oficio a corregir y adicionar la providencia dictada por esta Sala el día 23 de noviembre de los corrientes dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia adelantado por Rosa Otilia González Peña contra Colpensiones y la AFP Protección S.A.

*II.* ***AUTO:***

Prevé el artículo 286 del Código General del Proceso, aplicable en materia laboral por remisión que hace el artículo 145 del Código Procesal Laboral, que la sentencia puede ser corregida por el juez que la dictó en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto, **por errores de omisión** o cambio de palabras o alteración de éstas, siempre que estén contenidas en la parte resolutiva o incluyan en ella.

Mediante sentencia dictada el 23 de noviembre de los corrientes esta Colegiatura al desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 1º de marzo último por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, estimó entre otras aspectos, que el fondo privado accionado no demostró haber cumplido con el deber de informar a la demandante sobre las consecuencias del traslado del régimen pensional, motivo por el cual revocó la decisión de primer grado, para declarar la ineficacia del traslado de régimen efectuado por la actora el 2 de abril de 1997 del de prima media al de ahorro individual con solidaridad.

En consecuencia, declaró la continuidad y validez de la afiliación en el régimen de prima media administrado actualmente por Colpensiones, y ordenó a esta entidad que una vez reciba los saldos, frutos, intereses rendimientos, y demás con cargo al fondo privado, proceda a reconocer y pagar la pensión de vejez a la actora con fundamento en el artículo 9º de la Ley 100/93, siempre que acredite el retiro definitivo del servicio público.

Ante la revocatoria total de la sentencia, la Sala anunció la parte motiva la condena en costas en ambas instancias a cargo de la AFP Protección S.A. y en favor de la actora, según lo dispuesto en el artículo 365 del CGP. No obstante, en la parte resolutiva se omitió hacer la respectiva condena.

Por ende, se corregirá dicha omisión en la parte resolutiva de la sentencia.

En mérito de lo expuesto, la ***Sala Laboral No. 4 del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pereira – Risaralda***

 **RESUELVE**

**Corregir** la sentencia proferida el 23 de noviembre de 2018 por esta Sala de Decisión, dentro del proceso de la referencia, en el sentido de **Condenar** a pagar las costas en ambas instancias a la AFP Protección S.A. en favor de la demandante.

Decisión notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado

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

 Magistrada Magistrada

**DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ**

Secretario