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, 24 de enero de 2019

Radicación No: 66001-31-05-003-2017-00327-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Norma Esperanza Moreno Lizarazo

Demandado: Colpensiones y Colfondos SA

Litisconsorte necesario: Ministerio de Hacienda – Oficina de Bonos Pensionales

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 / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA DE PERSONA YA PENSIONADA.**

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. (…)

… sin que cambie lo anterior por haber obtenido la actora la pensión de vejez en el RAIS en la modalidad de retiro programado a partir del mes de noviembre de 2013, toda vez que según los lineamientos de la Sala de Casación Laboral, dicha situación no constituye un impedimento para estudiar la viabilidad o no de la declaratoria de la pretensión que aquí nos concierne (ver sentencia rad. 31.989 del 9 de septiembre de 2008).

**SALVAMENTO DE VOTO: DOCTORA OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Con el debido respeto disiento de la decisión adoptada por la Sala Mayoritaria, en tanto considero debió ser confirmada la sentencia objeto de apelación, al carecer la parte actora de legitimación en la causa, como pasa a explicarse:

La legitimación en la causa por activa, es entendida como aquella facultad que tiene una persona conforme a la ley sustancial para formular ante un juez el reconocimiento de unas pretensiones, independientemente de que ellas estén llamadas a prosperar. (…)

En el presente caso, conforme se manifestó en el libelo –hecho 32-, a la actora le fue reconocida por la AFP Colfondos el 25-07-2014 la garantía de pensión mínima, a partir de 1-11-2013, supuesto que fue admitido por esa administradora al momento de contestar la demanda…

En este orden de ideas, no queda duda de la consolidación del riesgo pensional por vejez en la actora, es decir, de su calidad de pensionada la que excluye de entrada la condición de afiliada al Sistema General de Pensiones que la faculte para obtener el traslado entre los regímenes que lo integran, conforme lo establece el artículo 13, literal b) de la Ley 100/93, según se planteó en la demanda.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los veinticuatro (24) días del mes de enero de dos mil diecinueve (2019), siendo las nueve de la mañana (9:00 a.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 8 de mayo de 2018 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **Norma Esperanza Moreno Lizarazo** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** y **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías** donde se vinculó como litisconsorte necesario al **Ministerio de Hacienda-Oficina de Bonos Pensionales.**

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

1. **INTRODUCCIÓN**

Pretende la demandante que se declare: (i) la nulidad de la afiliación que materializó el traslado al régimen de ahorro individual efectuado en el año de 1997 a través de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías por existir vicio en el consentimiento. (ii) que la afiliación al régimen de prima media es válida, vigente y sin solución de continuidad. (iii) que es beneficiaria del régimen de transición y por lo tanto debe aplicársele el Acuerdo 049 de 1990 para el reconocimiento de la pensión de vejez desde el 26 de septiembre de 2011. En consecuencia, pide se ordene al fondo privado trasladar a Colpensiones los aportes de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos; al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en la cuantía a la que hubiere tenido derecho en el régimen de prima media desde el 26 de septiembre de 2011, el retroactivo pensional hasta el momento de inclusión en nómina y los intereses moratorios, y de no prosperar estos, la indexación. A Colpensiones, de manera subsidiaria, los intereses moratorios o la indexación de ser el caso.

Como pretensión subsidiaria pidió la ineficacia de la afiliación por no estar precedida de la información suficiente y documentada junto con las demás pretensiones ya referidas; y en caso de que no prosperen, solicitó una vez más la ineficacia de la afiliación, el reconocimiento de la pensión de vejez en la cuantía a la que hubiere tenido derecho en el régimen de prima media a título de daño emergente y lucro cesante por los perjuicios causados, el reajuste de la mesada pensional, el retroactivo pensional y los intereses moratorios.

 Como fundamento fáctico de sus pretensiones, la demandante adujo que nació el 26 de septiembre de 1956; que tenía más de 35 años al 01 de abril de 1994; que se afilió al ISS el 10 de octubre de 1984 con quien dejó cotizadas 650 semanas; que se trasladó al régimen de ahorro individual a través de afiliación efectuada en la AFP Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías el día 30 de abril de 1997; que para el momento de la afiliación, el asesor del fondo privado Omar Valencia le dijo que en caso de sucederle algo a su vida, su hija no podía recibir la pensión en el ISS, en cambio en el fondo privado, tanto su hija como nieta, quedarían cubiertas por el beneficio pensional, pues el mismo cubre hasta el cuarto grado de consanguinidad. Asimismo que como duraría 3 años el traslado del tiempo cotizado al ISS, podría acceder a una pensión anticipada a la edad de 50 años por cuanto recibiría más ganancias, mientras que en el ISS es a los 55 años; que no le suministró la información consistente en la edad mínima, ventajas y desventajas del traslado, la posibilidad de pensionarse bajo las normas del régimen de transición, las modalidades de pensión, entre otros aspectos. Refiere que el fondo privado impidió que pudiera acceder a una pensión de vejez a sus 55 años, pese a que para el momento en que arribó a esa edad el 26 de septiembre de 2011, acreditaba más de las semanas necesarias para ello, tampoco le reconocieron la misma cuando cumplió los 57 años de edad, sólo hasta el 25 de mayo de 2014 Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías le reconoció la garantía de pensión mínima a partir del 1 de noviembre de 2013, día siguiente a la fecha en la que realizó el último aporte y por 13 mesadas, a pesar que devengó siempre una suma superior al salario mínimo legal mensual vigente; por último, adujo que en el mes de enero de 2017 solicitó ante las entidades demandadas el traslado de régimen pensional, pero se le negó con el argumento de que ya se encuentra pensionado o en trámite de pensión en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

En su oportuna contestación, Colpensiones indicó que se opone a las pretensiones por cuanto el traslado efectuado al RAIS tiene plena validez. En su defensa formuló como medios exceptivos los de: Inexistencia de la obligación demandada y Prescripción.

También lo hizo la AFP Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, a través de su vocero judicial, 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. De otro lado señaló que la actora desde noviembre de 2013 es pensionada en la modalidad de retiro programado en virtud de la garantía de pensión mínima de vejez temporal, por ello el 26 de septiembre de 2016 la Oficina de Bonos Pensionales redimió el bono pensional a favor de la demandante por un valor de $87.184.000. Propuso como excepción previa la de Falta de Integración del Litis Necesario y de mérito las de Validez de la afiliación a Colfondos e inexistencia de vicios en el consentimiento, Saneamiento de la supuesta nulidad relativa, Pago, Compensación, Prescripción, y Buena fe.

Igualmente, Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías presentó demanda de reconvención para que la actora reembolse las sumas de dinero pagadas desde el 1 de noviembre de 2013 a título de mesada pensional y aportes de salud debidamente indexadas. Como fundamentos de hecho adujo que el 21 de enero de 2014 la señora Moreno Lizarazo solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez; el 25 de julio de 2014 se le comunicó acerca del reconocimiento de la garantía de pensión mínima de vejez temporal a partir del 1 de noviembre de 2013; el 11 de agosto de 2014 la demandante suscribió contrato de retiro programado, por lo tanto, la AFP asumió el pago de la pensión de vejez con cargo a los recursos depositados en su cuenta de ahorro individual; el 26 de septiembre de 2016 la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda redimió el bono pensional a favor de la actora por un valor de $87.184.000; agrega que desde agosto de 2014 ha pagado las mesadas pensionales generadas desde el 1 de noviembre de 2013 hasta que se agoten los saldos depositados en la cuenta de ahorro individual.

Frente a la cual la señora Norma Esperanza Moreno Lizarazo aceptó que radicó ante Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías solicitud de pensión de vejez y que éste a su vez le informó sobre el reconocimiento de la garantía de pensión mínima a partir del 1 de noviembre de 2013. Se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de mérito de Inexistencia de la obligación demandada en reconvención por carencia de efectos jurídicos de un negocio jurídico e inexistencia de veracidad de la información por parte de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías.

Como litisconsorte necesario el Ministerio de Hacienda y Crédito público manifestó no constarle los hechos por no fungir como entidad administradora de pensiones. Como razones de defensa arguyó que la nulidad deprecada es imposible de declarar dada su condición de pensionada por vejez-garantía de pensión mínima de Colfondos S.A y dado el caso que se dé la ineficacia de traslado debe la actora reintegrar a la nación los valores reconocidos por concepto de bono pensional tipo A, emitido y pagado en su favor en el mes de octubre de 2016. Frente a las pretensiones se opuso y como excepciones de mérito propuso las de Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva, El Ministerio de Hacienda y Crédito Público no es una entidad de Previsión Social y Buena fe.

***II. SENTENCIA DEL JUZGADO***

La jueza de primer grado, en sentencia del 8 de mayo de 2018 negó las pretensiones de la demanda y declaró probada la excepción de mérito propuesta por el fondo privado de inexistencia de vicios en el consentimiento.

Para arribar a tal determinación, estimó que el asesor Omar Valencia Restrepo llevó a cabo una reunión con los trabajadores de la empresa para que se trasladaran de régimen, puesto que en caso de fallecimiento los beneficiarios del régimen individual a título de herencia, serían hasta el cuarto grado de consanguinidad; que podían pensionarse mucho antes de la edad que exigía el ISS; información veraz para la a-quo, en los términos de la Ley 100 de 1993. Además, se les explicó que voluntariamente podía retornar al régimen de prima media con prestación definida, como se lo dijo el asesor y lo percibió la actora, según su interrogatorio de parte, sin que lo hubiere intentado, puesto que al 2003, le faltaban más de 10 años para pensionarse. En ese orden, consideró que hubo una manifestación libre y voluntaria de afiliación al RAIS por la demandante.

Por último adujo que si bien la demandante, por la edad, era beneficiaria del régimen de transición, al mediar una solicitud de traslado bien sea por su nulidad o ineficacia, debía contar al 1 de abril de 1994 con las 750 semanas, para que tal pedimento le fuere automático, ahora como estas no se acreditaron, estaba obligada en acreditar los hechos que alegó en la demanda, más aún cuando la cuantía a recibir por pensión en el régimen de prima media, sería igual a la que está recibiendo con la pensión de garantía mínima.

***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 de acuerdo a la prueba testimonial y documental es evidente que existe ineficacia de la afiliación de la demandante en el régimen de ahorro individual, teniendo en cuenta que Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, no probó que haya cumplido con el deber de información completa sobre las ventajas y desventajas del traslado, máxime cuando estaba en juego la pérdida de la transición. Aduce que la manifestación no fue libre y voluntaria, porque se desconoció las incidencias que el traslado podía tener en sus derechos pensionales. Señala que conforme al testimonio del señor Omar Valencia, resulta claro que la motivación de este se centraba en las comisiones que recibía por afiliado que se trasladara puesto que de lo contrario, perdería el empleo. Además no era idóneo para brindar la información necesaria por cuanto era ingeniero mecánico.

***Del problema jurídico.***

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

*¿Acertó la a-quo al negar la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional que la actora efectuó a la AFP Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, en mayo de 1997, efectivo a partir del mes siguiente?*

***Alegatos en esta instancia***:

En este estado de la diligencia, alegan los voceros judiciales, 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 colombiana 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 sobre 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: “*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”.*

*(…)*

*“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”.*

*(…)*

*“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.**

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 la demandante 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 38 años de edad, al ser su natalicio el 26 de septiembre de 1956 (fl.33), por lo tanto, a la AFP Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, le correspondía acreditar que cumplió el deber de suministrar la información suficiente y completa a la afiliada, acerca de las implicaciones del traslado de régimen pensional, ante el hecho indubitable de que al haber arribado a una edad superior a 35 años a la entrada en vigencia del actual sistema de pensiones, pertenecía al contingente de personas cobijadas con el régimen de transición.

Consideración ésta que no fue tenida en cuenta por el fondo privado, en orden a ponderar con el afiliado la conveniencia o no de su traslado, en la medida en que ningún elemento de prueba enlistó con tal propósito, puesto que aportó 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 145 a 150, 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”.*

Igual situación ocurre con la prueba testimonial, donde se escuchó la declaración de Omar Valencia Restrepo quien asesoró a la señora Moreno Lizarazo sobre el traslado de régimen, sostuvo que brindó información sobre la posibilidad de pensionarse en el Régimen de Ahorro Individual antes de la edad, siempre y cuando se contara con el capital y los rendimientos suficientes, asimismo, que sus beneficiarios podían obtener el capital total para la pensión, en caso de muerte, y la posibilidad de devolverse al antiguo régimen, sin que recordara si realizó verificación acerca del régimen de transición.

También el interrogatorio de parte del representante legal de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, quien en términos generales manifestó las características generales del Régimen de Ahorro Individual, sin hacer referencia a la información concreta suministrada a la actora.

Por su lado, la demandante informó en su declaración de parte, que al momento de efectuar el traslado de régimen pensional, el asesor de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, le indicó que la pensión era heredable hasta el cuarto grado de consanguinidad, que podían pensionarse en forma anticipada, y que a mayor capital, el monto de la pensión sería más alta.

Información que es fragmentaria, pues 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, so pena de que pueda declararse ineficaz ese tránsito, máxime cuando tal cambio, entrañaba la pérdida del régimen de transición a voces del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

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, 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.

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, sin que cambie lo anterior por haber obtenido la actora la pensión de vejez en el RAIS en la modalidad de retiro programado a partir del mes de noviembre de 2013, toda vez que según los lineamientos de la Sala de Casación Laboral, dicha situación no constituye un impedimento para estudiar la viabilidad o no de la declaratoria de la pretensión que aquí nos concierne (ver sentencia rad. 31.989 del 9 de septiembre de 2008).

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, lo que por ende, acarrea también la del reconocimiento del derecho pensional que venía disfrutando la actora, quedando por tanto el fondo privado relevado del pago futuro de mesadas pensionales. Tal declaración trae además como consecuencia, el regreso automático de la afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrada por Colpensiones.

En relación con la demanda de reconvención que propone el fondo privado accionado, es menester advertir que en el caso de autos resulta improcedente el reembolso de las sumas de dinero pagadas desde el 1 de noviembre de 2013 a título de mesada pensional y aportes de salud por parte de la actora, como se deprecó en la demanda de reconvención, como quiera que el afiliado, al actuar de buena fe, no tiene el deber de restituir las mesadas pensionales a su administradora, de tal manera que es ésta quien debe asumir lo erogado por ella como un deterioro de la cosa entregada en administración, como lo ha esgrimido la Sala de Casación Laboral en sentencia radicada No. 31.989 del 9 de septiembre de 2008, en un proceso de similares contornos a este, en el que sostuvo:

*“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.*

*En el sub lite, la anulación de la vinculación ha de obrar sin perjuicio de dejar incólume la situación consolidada por el otorgamiento de las mesadas pensionales; el afiliado, que lo fue de buena fe, no está en el deber de restituir las mesadas pensionales a su administradora y ésta debe asumir lo erogado por ella como un deterioro de la cosa entregada en administración; el afiliado a la seguridad social tendrá derecho a reclamar por cobertura de vejez por el tiempo en el que las mesadas fueron pagadas, sólo la diferencia que se presentare entre las mesadas que ya le fueron pagadas, y las que resultaren del reconocimiento que hiciere la administradora de régimen de prima media al que retorna.*

*La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”*

 Acorde con la citada jurisprudencia, se ordenará a la AFP Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías que en el término de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta sentencia, traslade a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, frutos, rendimientos e intereses, sin descontar el pago de las mesadas pensionales que se hayan efectuado. A Colpensiones, que una vez cumplido lo anterior, proceda a aceptar sin dilaciones el traslado de la señora Moreno Lizarazo, del régimen de ahorro individual, al de prima media con prestación definida.

Vencido el escollo anterior, pasará a determinar la Sala si la actora cumple con los requisitos legales para acceder al derecho pensional que reclama. En forma previa es necesario advertir que la demandante satisface la densidad de semanas exigidas en el Acto Legislativo 01 de 2005, a fin de extender los beneficios del régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014, por cuanto tiene 896 semanas al 29 de julio de 2005.

De tal manera que el régimen anterior aplicable es el Acuerdo 049 de 1990 en su artículo 12, aprobado por el Decreto 758 de 1990 para hacerse merecedor de la pensión de vejez, cuyos requisitos son: ***i)*** arribar a 55 años de edad, en el caso de las mujeres y; ***ii)*** haber cotizado un mínimo de 500 semanas en los 20 años que anteceden al cumplimiento de la edad mínima o 1000 semanas en cualquier tiempo.

Así las cosas, según el reporte de semanas cotizadas en pensión allegado por Colpensiones y el reporte del estado de cuenta de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, (fls.96 y 37 y ss.) la señora Norma Esperanza Moreno Lizarazo sufragó en toda su vida laboral un total de 1307,28 semanas, de las cuales 726.52 lo fueron dentro de los 20 años que precedieron el cumplimiento de la edad mínima, esto es, entre el 26 de septiembre de 1991 y ese mismo día y mes del 2011, por lo que en efecto, le asiste el derecho a la pensión de vejez que reclama.

En relación con la fecha del disfrute de la prestación, de conformidad con la información consignada en el reporte del estado de cuenta de la afiliada que allegó Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías obrante a folios 37 y siguientes, se acredita como calenda de la última cotización el 1 de noviembre de 2013, por lo tanto, es permisible establecer como fecha de causación de la prestación económica el 2 del mismo mes y año.

Sea de advertir que las excepciones propuestas por los demandados, no se abren paso por las mismas razones que se han expuesto para determinar la ineficacia del traslado y el derecho a la pensión de vejez, excepto la de prescripción, debido a que la presentación de la demanda, fue realizada el 21 de julio de 2017 (fl.32), por lo que se encuentran prescritas la diferencia de las mesadas pensionales anteriores al 21 de julio de 2014, en aplicación al artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, en concordancia con el artículo 488 del C.S.T.

Ahora bien, a fin de determinar el ingreso base de liquidación (IBL), es dable precisar que en razón a que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la actora requería una temporalidad superior a 10 años, para consolidar el derecho, le es aplicable el artículo 21 de la norma en cita, y en ese orden se procede a efectuar la liquidación de la prestación pensional, advirtiendo que al contar con más de 1250 semanas en toda su vida laboral, le es más favorable para liquidar el ingreso base de su pensión, el promedio de los salarios cotizados durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, con una tasa de remplazo del 90%, lo que arroja un total de $865.980 como primera mesada, y que alcanza al 2018 la suma de $1.075.480, según acta anexa que hace parte integral de esta providencia.

Asimismo tiene derecho a 13 mesadas anuales, según el parágrafo 6 del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, por lo tanto, teniendo en cuenta que el valor de la mesada reconocida por el fondo privado ascendía a un salario mínimo mensual vigente, efectuados los cálculos del retroactivo por la diferencia generada entre la pensión reconocida por el fondo privado, y la que la que le corresponde en el régimen de prima media, se obtiene la suma de $16.613.625, según acta anexa. Valga aclarar que dicho retroactivo corresponde a las diferencias causadas entre el 21 de julio de 2014 a la fecha del 31 de diciembre de 2018, a salvo de la prescripción.

En lo referente al pago de los intereses moratorios peticionados por la actora, se negarán, pues si bien la pensión de vejez deprecada, se impartirá a cargo de Colpensiones, este es un tercero a quien no se le puede extender sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las cuales solo responde a partir de cuando sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional (sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989).

Por iguales razones se negará la indexación.

Ahora en lo que tiene que ver con las pretensiones subsidiarias no hay lugar a hacer pronunciamiento alguno por salir avante las pretensiones principales.

En ese orden de ideas, se condenará a Colpensiones, que una vez efectuado el traslado de la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora por parte del fondo privado, proceda a reconocerle la pensión de vejez prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

Finalmente, conforme a lo consagrado en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el artículo 42 inc. 3° del Decreto 692 de 1994, se autoriza a Colpensiones a efectuar descuentos de la suma reconocida como retroactivo pensional, por el valor constitutivo de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud a cargo de la demandante, a partir de la fecha del disfrute de la prestación económica, con el fin de que sea trasferido a la E.P.S. a la que se encuentre afiliada.

Corolario de lo anterior, se revocará la decisión de primer grado, en los términos señalados precedentemente.

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 Cuarta de Decisión Laboral,* administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA**

 **Revocar** la sentencia proferida el 8 de mayo 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 Norma Esperanza Moreno Lizarazo efectuó al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A. Pensiones y Cesantíasen mayo de 1997, dadas las consideraciones precedentes.

 **2. Ordenar** a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías que en el término improrrogable de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta providencia, proceda a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, tales como los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses, sin descontar el pago de las mesadas pensionales que se hayan efectuado.

**3. Ordenar** a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones que una vez la AFP Colfondos dé cumplimiento a lo dispuesto en el numeral anterior, proceda a aceptar el traslado de Norma Esperanza Moreno Lizarazo del régimen de ahorro individual, al de prima media con prestación definida y reconozca y pague la pensión de vejez prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, por ser beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en cuantía inicial de $865.980, con 13 mesadas anuales, condena que al 30 de diciembre de 2018, por concepto de retroactivo, asciende a $16.613.625, teniendo en cuenta que la mesada para el año 2018 es de $1.075.480, misma que deberá ser reajustada anualmente de conformidad con la ley.

**4. Declarar** probada la excepción de prescripción de la diferencia de las mesadas pensionales anteriores al 21 de julio de 2014, y no probadas, las demás propuestas por las demandadas.

**5.** **Autorizar** a Colpensiones descontar los aportes correspondientes al sistema general de seguridad social en salud

**6. Negar** las demás pretensiones y lo solicitado en la demanda de reconvención.

**7.** **Costas** en ambas instancias a cargo de la AFP Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías 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

**ANEXO**





Providencia: Sentencia del 24-01-2019

Radicación No.: 66001-31-05-003-2017-00327-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: Norma Esperanza Moreno Lizarazo

Demandado: Colpensiones y Colfondos SA

Magistrado ponente: Dr. Francisco Javier Tamayo Tabares

Tema: Ineficacia del traslado – falta de legitimación en la causa por activa

# SALVAMENTO DE VOTO

Con el debido respeto disiento de la decisión adoptada por la Sala Mayoritaria, en tanto considero debió ser confirmada la sentencia objeto de apelación, al carecer la parte actora de legitimación en la causa, como pasa a explicarse:

La legitimación en la causa por activa, es entendida como aquella facultad que tiene una persona conforme a la ley sustancial para formular ante un juez el reconocimiento de unas pretensiones, independientemente de que ellas estén llamadas a prosperar.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia – Sala Civil, ha indicado[[1]](#footnote-1):

*“…la legitimación en la causa es cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, en cuanto concierne con una de las condiciones de prosperidad de la pretensión debatida en el litigio y no a los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido de éste, motivo por el cual su ausencia desemboca irremediablemente en sentencia desestimatoria debido a que quien reclama el derecho no es su titular o porque lo exige ante quien no es el llamado a contradecirlo”*.

Y en otra oportunidad, expresó[[2]](#footnote-2):

*“la legitimación en la causa, bien por activa o por pasiva, no es una excepción sino que es uno de los requisitos necesarios e imprescindibles para que se pueda dictar providencia de mérito, ora favorable al actor o bien desechando sus pedimentos, porque entendida ésta ‘como la designación legal de los sujetos del proceso para disputar el derecho debatido ante la jurisdicción, constituye uno de los presupuestos requeridos para dictar sentencia de fondo, sea estimatoria o desestimatoria. Y en caso de no advertirla el juez en la parte activa, en la pasiva o en ambas, deviene ineluctablemente, sin necesidad de mediar ningún otro análisis, la expedición de un fallo absolutorio; de allí que se imponga examinar de entrada la legitimación que le asiste a la parte demandante para formular la pretensión’.*

En el presente caso, conforme se manifestó en el libelo *–hecho 32-*, a la actora le fue reconocida por la AFP Colfondos el 25-07-2014 la garantía de pensión mínima, a partir de 1-11-2013, supuesto que fue admitido por esa administradora al momento de contestar la demanda –fl. 122 y 125-, amén de que así se logró acreditar documentalmente con el oficio BP-R-I-L-7528-07-14 dirigido a la actora y suscrito por el Coordinadora de pensiones de Colfondos S.A. –fl. 46 y 47, adicional a la respuesta ofrecida el 6-03-2017 – fl. 48 y 49- .

En este orden de ideas, no queda duda de la consolidación del riesgo pensional por vejez en la actora, es decir, de su calidad de pensionada la que excluye de entrada la condición de afiliada al Sistema General de Pensiones que la faculte para obtener el traslado entre los regímenes que lo integran, conforme lo establece el artículo 13, literal b) de la Ley 100/93, según se planteó en la demanda.

Por lo tanto, se evidencia la ausencia de legitimación en la causa de la demandante, de tal manera que la decisión de la funcionaria de primer grado no podía ser otra a la de denegar las pretensiones que le fueran solicitadas, como en efecto lo hizo.

Conforme lo anterior, se torna estéril cualquier análisis del cumplimiento o no de los requisitos legales y/o jurisprudenciales relacionados con el traslado entre regímenes pensionales, puesto que se está en presencia de la falta de legitimación en la causa por activa, lo que de suyo impone la denegatoria de lo pretendido.

No sobra decir, que la sentencia citada por el Magistrado Ponente como apoyo de su decisión, radicado 31.989 de 2008, trata de un caso excepcionalísimo, al ser el actor una persona que para el momento de la suscripción del formulario vinculación al RAIS había cumplido con los requisitos para adquirir su pensión de vejez, bajo el régimen de transición, situación aberrante que no podía mantenerse a pesar de ostentar la condición de pensionado, cosa que aquí no sucede; por lo mismo no se hace extensiva esta sentencia al presente asunto.

En estos términos dejo sentado mi salvamento de voto.

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada

1. CSJ SC de 14 de marzo de 2002, Rad. 6139, reiterada en la SC2642-2015, Radicación n° 11001-31-03-030-1993-05281-01 del 10/03/2015. [↑](#footnote-ref-1)
2. CSJ SC de 23 de abril de 2007, Rad. 1999-00125-01. [↑](#footnote-ref-2)