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, julio 11 de 2019

Radicación No: 66001-31-05-004-2016-00490-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Jorge Enrique Hincapié Mora

Demandado: Colpensiones y Colfondos SA

Juzgado de origen: Cuarto 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.**

Para dar inicio a la tarea de despejar los dilemas planteados, es menester adelantar que en lo tocante con las normas que establecen la eficacia y las condiciones necesarias para que el traslado entre regímenes pensionales opere, se sitúa, en primer lugar, el precepto 13 de la ley 100 de 1993, que en su literal e) disciplina el derecho que le asiste a todas las personas de escoger, libremente, el régimen de pensiones que prefieran, so pena de que, ante la eventual vulneración de este derecho por parte de las administradoras de pensiones o de los empleadores, a voces del artículo 271 de la obra en mención: “La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador”, es decir, el traslado se tornará en ineficaz, retrotrayendo las cosas al estado anterior al mismo. (…)

… el Decreto 720 de 1994… establece la forma, condiciones y obligaciones que tienen los promotores, intermediarios y asesores de los fondos de pensiones, en el marco de lo indicado en los artículos 105 y 287 de la Ley 100 de 1993…

… su precepto 10 reza:

“RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES. Cualquier infracción, error u omisión -en especial (de) aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados- en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora...”.

De tal suerte, que existe norma expresa y explicita que establece el deber de las AFP por medio de sus promotores, de dar información suficiente, amplia y oportuna a los posibles afiliados, aspecto que se despeja de cualquier manto de duda si se repara el artículo 97 del Estatuto Orgánico Financiero, en su redacción original (vigente para el momento del traslado)…

Así las cosas, es evidente que desde la misma entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se estableció el deber de información suficiente, precisa y completa que debe dar la AFP a sus usuarios, en especial cuando se estudie un traslado en particular, con las consecuencias diáfanamente dispuestas por el propio legislador, ante una eventual ausencia de tal deber de información.

De suerte que, si se verifica que el traslado de régimen pensional de un trabajador, no estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de la Seguridad Social y a las reglas de libertad de escogencia, debe darse aplicación al presupuesto normativo que consagra la ineficacia…

… es del caso escudriñar el aspecto probatorio, esto es, si es suficiente la regla universal contenida en el precepto 167 del Estatuto General del Proceso, incluida allí la regla atinente a las afirmaciones y negaciones indefinidas, o si además, son de recibo otras disposiciones de la misma estirpe, pero contenidas en el código Civil, cuál sucede con los artículos 1603 y 1604, último de las cuales bien vale reproducir: “La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo…”.

… al tener en custodia derechos de un valor inconmensurable, como los indicados, las AFP deben obrar con especial atención a sus deberes, ser sumamente acuciosas con la asesoría que brindan y, en general, adelantar todas aquellas gestiones que sean necesarias para el bienestar de sus afiliados y la materialización de sus derechos.

Ante tal panorama, resulta prevalente, la aplicación al caso, el inciso final del canon 1604 del CC, que atrás se reprodujo.

Por consiguiente, son las AFPs las llamadas a demostrar que actuaron con arreglo a esa diligencia o cuidado, en orden a liberar su responsabilidad, mediante los medios probatorios pertinentes, que brindaron la información suficiente, clara y precisa al usuario, con el fin de que éste tomara la decisión de manera consciente, informada, libre y voluntaria.

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

… disiento de la decisión adoptada por la Sala Mayoritaria, en tanto considero debió ser revocada la sentencia objeto de apelación, al carecer la parte actora de legitimación en la causa, como pasa a explicarse: (…)

En el presente caso, conforme se manifestó en el libelo –hecho 10–, al actor le fue reconocida la pensión de vejez por Colpensiones a través de la Resolución 109740 del el 13-06-2011…

En este orden de ideas, no queda duda de la consolidación del riesgo pensional por vejez en el actor, es decir, de su calidad de pensionado, que excluye de entrada la condición de afiliado al Sistema General de Pensiones que lo faculte obtener la ineficacia del traslado del RPM al RAIS a la luz del artículo 13, literal b) de la Ley 100/93; máxime que se pensionó en el RPM.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los once (11) días del mes de julio de dos mil diecinueve (2019), siendo las nueve y cuarenta y cinco de la mañana (9.45 a.m.), las magistradas y el magistrado de la Sala de Decisión N. 4 de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, declaran abierto el acto, que tiene por objeto resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes contra de la sentencia proferida el 25 de octubre de 2018 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **Jorge Enrique Hincapié Mora** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** y la **AFP Colfondos S.A.**

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

**ANTECEDENTES**

Pretende el demandante se declare la nulidad o la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado a través de la AFP Colfondos S.A. y, en consecuencia, se declare que es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y en tal calidad tiene derecho a que Colpensiones le reliquide la pensión de vejez en aplicación al Acuerdo 049/90, con una tasa de remplazo del 90 % y a partir del 1º de junio de 2011, junto con la indexación y, las costas procesales a su favor.

Como fundamento a esos pedimentos, expone que nació el 26 de abril de 1950, que se afilió al régimen de prima media con prestación definida en el mes de diciembre de 1967; que el 28 de enero de 2004 se trasladó al RAIS a través de la afiliación a la AFP Colfondos S.A., sin embargo, dicha entidad no le advirtió sobre las consecuencias que ello acarrearía, esto es, la pérdida del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; que el 29 de enero de 2010 retornó al RPM afiliándose nuevamente al extinto ISS hoy Colpensiones, siéndole reconocida la pensión de vejez en ese régimen mediante la resolución N° 109740 de 13 de junio de 2011, con base en las disposiciones previstas en la Ley 797 de 2003; que la decisión adoptada por el otrora ISS fue confirmada en la resolución N° GNR 191438 de 24 de julio de 2013; que el 9 de mayo de 2014 solicitó a Colpensiones el reajuste de la pensión de vejez, sin embargo, en la resolución N° GNR 378365 se incluyó más tiempo de servicio, pero no se accedió a la reliquidación con base en el Acuerdo 049 de 1990; que el 27 de enero de 2015 solicitó nuevamente reajuste de la pensión, siendo resuelta negativamente en la resolución N° GNR 62122 de 2015 y confirmada en las resoluciones GNR 227792 y VPB 63787 de 2015.

Admitida la demanda, Colpensiones se pronunció a través de su vocero judicial indicando que se opone a todas y cada una de las pretensiones, al considerar que carecen de fundamento fáctico y legal, y en su defensa propone como medios exceptivos de fondo los de “Saneamiento de una presunta nulidad”, “Validez de la afiliación al RAIS” y “Prescripción”, ver folios 92 a 100.

Por su parte, la AFP Colfondos S.A. a través de su mandatario judicial se opuso igualmente a las pretensiones, arguyendo que el traslado efectuado por el señor Hincapié Mora se hizo bajo los postulados establecidos en la Ley, habiéndosele brindado una información completa, veraz y oportuna respecto de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales y en particular sobre las consecuencias que ello traería. Como excepciones de fondo propuso las de y formuló como excepciones de mérito: “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”, ver folios 152 a 168.

***SENTENCIA DEL JUZGADO***

El Juez del conocimiento profirió sentencia el 25 de octubre de 2018, en la que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, al considerar que al ser el actor beneficiario del régimen de transición, por contar con más de 40 años al 1º de abril de 1994, la carga de la prueba se invierte, correspondiéndole a la AFP acreditar que le brindó al afiliado la información necesaria para tomar una decisión libre y voluntaria, circunstancia que a su juicio, no se desprende del material probatorio recaudado en la actuación, por lo que declaró ineficaz el traslado al RAIS efectuado por el actor el 28 de enero de 2004.

De otra parte, estimó que la norma aplicable a la situación pensional del actor es la Ley 71 de 1988, por tener tiempos de servicios en el sector público y el privado, por lo que dispuso reliquidar la pensión de vejez conforme a los postulados del artículo 21 de la Ley 100/93, tomando en consideración el IBL reconocido por Colpensiones en cuantía de $5`354.279, y una tasa de remplazo del 75%, obteniendo como primera mesada para el 2011, la suma de $ 4`015.709. Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas con antelación al 9 de mayo de 2011, aludiendo que la reclamación fue presentada ese mismo día y mes del año 2014, al paso que la acción judicial fue interpuesta dentro de los tres años siguientes.

En consecuencia, condenó a Colpensiones a reconocer y pagar la suma de $66`903.861, debidamente indexada al momento del pago. Por último, condenó en costas procesales a la AFP accionada en un 100% de las causadas a favor de la parte actora.

Inconforme con lo decidido, las partes interpusieron recurso de apelación.

El vocero judicial de la parte actora, en orden a que se aplique el Acuerdo 049/90, y se aplique el 90% como tasa de remplazo, en razón a que si bien es cierto que el actor tiene tiempos de servicios prestados en el sector público, también lo es que la Corte Constitucional estableció entre otras, en sentencia SU 769 de 2014, la procedencia de acumulación de tiempos del sector público y privado para reconocer pensiones de vejez con fundamento en dicha normativa, máxime que al tenor del artículo 53 de la Carta Política debe darse aplicación a la norma más favorable al administrado.

Colfondos S.A., por su parte, se mostró inconforme con la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, para lo cual replicó que el juzgado no tuvo en cuenta las manifestaciones que realizó el demandante en el interrogatorio que absolvió, y que a su juicio, acreditan que fue debidamente informado por la entidad al momento del traslado. Adujo además que aunque el traslado del año 97 no surtió efectos, si da cuenta de la voluntad expresa del afiliado de querer pertenecer al RAIS. Por último, aduce que Colfondos no es la única entidad que debe soportar la condena en costas procesales, en razón a que las pretensiones estaban también encaminadas a la reliquidación pensional.

Colpensiones se alzó arguyendo que el demandante perdió los beneficios del régimen de transición al haberse trasladado al RAIS, por lo que no es procedente la aplicación de la Ley 71 de 1988; que la entidad actuó conforme a derecho y de buena fe al reliquidarle la pensión de vejez al demandante y cancelar el retroactivo causado conforme lo establece la Ley 797/03.

**CONSIDERACIONES:**

  **Competencia.**

Es esta Sala de Decisión competente para desatar la alzada, en virtud del factor funcional, establecido en el artículo 15, literal b numera 1º del CPLSS.

**Problema jurídico.**

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

*¿Qué deberes tienen las AFP respecto de sus usuarios a la hora de indagar estos por su traslado y quién debe acreditar su cumplimiento o falta del mismo?*

*¿Acertó el a-quo al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó el actor el 28 de enero de 2004 del ISS a la AFP Colfondos?*

*¿Es el demandante beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93?*

*¿Hay lugar a reliquidar la pensión de vejez reconocida al actor, tomando en consideración el Acuerdo 049 de 1990, como lo solicita la parte actora?*

**Alegatos en esta instancia:**

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

***Solución a los problemas jurídicos planteados.***

Para dar inicio a la tarea de despejar los dilemas planteados,  es menester adelantar que en lo tocante con las normas que establecen la eficacia y las condiciones necesarias para que el traslado entre regímenes pensionales opere, se sitúa, en primer lugar, el precepto 13 de la ley 100 de 1993, que en su literal e) disciplina el derecho que le asiste a todas las personas de escoger, libremente, el régimen de pensiones que prefieran, so pena de que ante, la eventual, vulneración de este derecho por parte de las administradoras de pensiones o de los empleadores, a voces del artículo 271 de la obra en mención: “La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador”, es decir, el traslado se tornará en ineficaz, retrotrayendo las cosas al estado anterior al mismo.

A su turno, el artículo 272 ibídem previó la inaplicación de disposiciones lesivas a los asociados, cuando quiera que con ellas se menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores, pues en esos casos los principios mínimos fundamentales que consagra el artículo 53 de la Carta Política imperan con plena validez y eficacia.

Tal cuerpo normativo se desarrolló, entre otras disposiciones, en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, al prescribir los elementos que deben contener el formulario y, las consecuencias de la falta de alguno de dichos supuestos.

  Complementario a dicho panorama legislativo está el Decreto 720 de 1994 (que entró en vigencia el 07 de abril de ese año), que establece la forma, condiciones y obligaciones que tienen los promotores, intermediarios y asesores de los fondos de pensiones, en el marco de lo indicado en los artículos 105 y 287 de la Ley 100 de 1993. Tal Decreto, en su canon 12 disciplina que:

*“OBLIGACION DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones****deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación****, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado”-negrillas para destacar-.*

Al paso que su precepto 10 reza:

*“RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES. Cualquier infracción, error u omisión -en especial (de) aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados- en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad****compromete la responsabilidad de la sociedad administradora****... sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones”.*

De tal suerte, que existe norma expresa y explicita que establece el deber de las AFP por medio de sus promotores, de dar información suficiente, amplia y oportuna a los posibles afiliados, aspecto que se despeja de cualquier manto de duda si se repara el artículo 97 del Estatuto Orgánico Financiero, en su redacción original (vigente para el momento del traslado), el cual es del siguiente tenor literal:

*“1. Información a los usuarios. Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado."*

Tal compendio normativo fue reiterado y mejorado mediante el Decreto 2241 de 2010, la Ley 1748 de 2014, y el Decreto 2071 de 2015, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

Aunada a esta copiosa legislación, el deber de información a cargo de las administradoras de pensiones, posee su apoyo jurisprudencial, entre otros en los fallos de 9 de septiembre de 2008, Radicación 31989 y 31314, 22 de noviembre de 2011, Radicación 33083, SL12136-2014 de septiembre 3 de 2014, radicación 46292, y más recientemente en sentencias SL1421 y 1688 del 10 de abril y 8 de mayo del año en curso, radicaciones 56174 y 68838.

  Así las cosas, es evidente que desde la misma entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se estableció el deber de información suficiente, precisa y completa que debe dar la AFP a sus usuarios, en especial cuando se estudie un traslado en particular, con las consecuencias diáfanamente dispuestas por el propio legislador, ante una eventual ausencia de tal deber de información.

De suerte que, si se verifica que el traslado de régimen pensional de un trabajador, no estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de la Seguridad Social y a las reglas de libertad de escogencia, debe darse aplicación al presupuesto normativo que consagra la ineficacia, aspecto que ha diferenciarse, en lo relativo al mandato legal, en virtud del cual el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad mínima de pensión.

En efecto, tales términos perentorios de la fidelidad al régimen pensional escogido, impera siempre y cuando, tal elección estuviere exenta o libre de todo apremio, vicio o defecto que comprometiera la validez y eficacia del traslado, puesto que mientras ronde la sospecha de no haberse efectuado al afiliado (a) la información pertinente y eficaz, al momento de la afiliación o traslado entre regímenes, seguirá campeando la ineficacia, predicable a tales instituciones, habida consideración de que, sería un contrasentido legal, que se le obligara al afiliado (a) a permanecer a un fondo pensional, cuando para su ingreso, aquel no dio el consentimiento libre de apremios o vicios, o como en el caso presente, en que la parte actora, se duele de no haber recibido la información pertinente, oportuna y relevante al instante en que emigró del RPMPD, al RAIS.

A propósito de la pérdida del régimen de transición, y su incidencia en esta especie de litigios, pendiendo de que aquello se hubiera consumado o no, esta Sala mayoritaria, en varios de sus fallos con contornos similares, se ha mostrado indiferente para las resultas del litigio, que tal pérdida del régimen de transición se haya presentado, como prerrequisito de la prosperidad de la súplica de ineficacia, o que el régimen probatorio reciba un tratamiento diferente, dependiendo de esa misma circunstancia.

Ello, en obedecimiento a la sentencia del órgano de cierre de la especialidad laboral, SL4964/18, 14 noviembre de 2018, radicación 54814.

Y eso es así en la medida en que, en todos los casos, la opción de migración entre sistemas pensionales, debe estar precedida de una voluntad del afiliado, expresada de manera libre, consciente y voluntaria y, además, con una información suficiente y clara, que le permita arribar a la acertada, conclusión, de que el traslado es la mejor opción con miras a su plan de vida, por lo que la ausencia de tales connotaciones, constituiría por sí sola, una lesión injustificada del ejercicio del derecho a la seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la AFP, lo que le impediría adoptar una decisión suficientemente informada, que solo si conllevare la pérdida del régimen de transición, resultaría más ostensible, como un agregado a la ausencia del deber de información, esta vez, en el sentido que tal traslado le generaría la comentada pérdida, y por ende, de poder pensionarse con arreglo a las pautas del régimen de prima media reguladas con antelación a la ley 100 de 1993; mas no es el único tema determinante y diferenciador sobre el contenido y alcance respecto a la decisión de ineficacia.

Así las cosas, la eficacia del traslado es un aspecto que se analiza de manera independiente, así se perdiera o no el régimen de transición; si no que se hace desde la óptica del cumplimiento o no de las obligaciones propias de las AFP, respecto a la posibilidad de los usuarios de adoptar una decisión debida y suficientemente informada.

Para cerrar este capítulo, resulta oportuno sostener que las obligadas, no podrían liberarse del deber de información, con la mera lectura a sus usuarios y afiliados, de la ley 100 y sus leyes y decretos reglamentarios, puesto que si en eso consistiera tal deber de información, les quedaría relevada por la presunción consagrada en el artículo 9º del Código Civil, de que todas las personas conocen las leyes vigentes en el país.

La asesoría o información que se debe brindar al posible afiliado ostenta una entidad mayor, hasta cubrir con su alcance, lo que no expresa el texto de la ley, pero que por corresponder a otras áreas del conocimiento (económico, financiero, actuarial etc.), pudieran repercutir o influir en pro o en contra de los intereses del afiliado.

Por otro lado, los múltiples traslados que en el interior del RAIS, se llegaren a producir, luego de que se hubiere emigrado del RPMPD, no posee ninguna connotación desfavorable a la súplica del demandante, toda vez que la institución de la ineficacia, por su efecto de darse de pleno derecho, ni es susceptible de su convalidación posterior, ni de ser atacado por el fenómeno de la prescripción.

Esclarecidos lo anterior, que tienen que ver con la existencia del deber legal de las AFP y sus promotores en dar información a sus usuarios y, las consecuencias de la falta de dicha información, es del caso escudriñar el aspecto probatorio, esto es, si es suficiente la regla universal contenida en el precepto 167 del Estatuto General del Proceso, incluida allí la regla atinente a las afirmaciones y negaciones indefinidas, o si además, son de recibo otras disposiciones de la misma estirpe, pero contenidas en el código Civil, cuál sucede con los artículos 1603 y 1604, último de las cuales bien vale reproducir: “*La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo…”*.

Pasa, por acotarse, que las obligaciones de que se tratan, se dan en el marco de un contrato de aseguramiento de riesgos, como lo es el de la vejez, la invalidez o la muerte, ejecutado en desarrollo de un derecho fundamental como es el de la seguridad social y enmarcado en una serie de principios, siendo uno de ellos el de la dignidad humana –art.1º L. 100/93-, por lo que se precisa afirmar, que las obligaciones que adquiere allí el deudor, tiene un carácter especialísimo, que implica dotar de una especial diligencia y cuidado a su gestión, pues de no exigirse así, se sacrificarían caros principios y derechos fundamentales de los asociados, como el ya mencionado o el acceso a un mínimo vital y móvil o similares.

Por eso, al tener en custodia derechos de un valor inconmensurable, como los indicados, las AFP deben obrar con especial atención a sus deberes, ser sumamente acuciosas con la asesoría que brindan y, en general, adelantar todas aquellas gestiones que sean necesarias para el bienestar de sus afiliados y la materialización de sus derechos.

Ante tal panorama, resulta prevalente, la aplicación al caso, el inciso final del canon 1604 del CC, que atrás se reprodujo.

Por consiguiente, son las AFPs las llamadas a demostrar que actuaron con arreglo a esa diligencia o cuidado, en orden a liberar su responsabilidad, mediante los medios probatorios pertinentes, que brindaron la información suficiente, clara y precisa al usuario, con el fin de que éste tomara la decisión de manera consciente, informada, libre y voluntaria.

Analizando este aspecto en el caso puntual, es necesario indicar que el fondo privado pasivo de esta acción, buscó demostrar su diligencia y cuidado con pruebas de naturaleza documental y con la declaración de parte del actor. Respecto de las primeras ha de decirse que constan los folios 169 a 177, consistentes en el formulario de afiliación a Colfondos S.A. y la historia laboral.

Tales documentos no evidencian ningún tipo de características o elementos que permitieran al señor Jorge Enrique Hincapié Mora obtener una información clara, veraz, suficiente y objetiva, para tomar una decisión libre, consciente y voluntaria, con el debido conocimiento de los pros y los contras, las consecuencias del traslado, como era la pérdida del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93 del cual era beneficiario, pues era el fondo privado quien estaba asignado el actuar con el deber de cuidado y diligencia y por tanto demostrarlo, máxime por lo técnico del mismo, los factores y variables que le conforman, que no son aspectos de dominio público y, por lo mismo, deben explicarse claramente. Sin embargo, no se advierte de tales probanzas que se hubiere sido tenida en cuenta la consideración especial que amparaba al demandante, en orden a ponderar la conveniencia o no de su traslado de régimen efectuado en el 2004, pues el que se intentó en tiempo anterior, no surtió ningún efecto jurídico.

Tampoco la declaración de parte da fe de que se hubiere cumplido con la información debida por parte del fondo, puesto que al analizar sus manifestaciones, no se observa que el actor hubiere admitido haber recibido información suficiente, clara y completa, pues él manifestó que únicamente le informaron que el ISS se iba acabar y que en el régimen de ahorro individual podría obtener una mejor pensión. Indicó que optó por cambiarse de régimen debido a las grandes campañas promocionales que hacían los fondos privados, que recibió una charla general en la empresa donde laboraba, junto con 10 o 15 personas más donde les entregaron la información antes referida. Negó en todo caso haber recibido información sobre aspectos tales como la forma en que podía pensionarse en forma anticipada, los rendimientos que le generarían los aportes y, la posibilidad de que los recursos pudieran acrecentar la masa sucesoral en caso de no existir beneficiarios.

De lo anterior, se concluye, entonces, que la AFP demandada incumplió la carga que le correspondía de acreditar la existencia de una decisión informada al actor, acerca de las implicaciones del traslado de régimen pensional, ante el hecho indubitable de pertenecer al contingente de personas cobijadas con el régimen de transición, razón por la cual el traslado ocurrido materialmente el 26 de octubre de 1998, es ineficaz, como lo dedujo el a-quo, puesto que la suscripción del formulario de afiliación no es prueba suficiente de que recibió la información idónea y suficiente para el traslado.

Tal declaración trae además como consecuencia ineludible, la recuperación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, del que era acreedor el demandante, por tener al 1º de abril de 1994 más de 40 años de edad, y por contar conforme las exigencias del Acto Legislativo 01/05, con más de 750 semanas al 29 de julio de 2005, concretamente, 1128, ver folio 40 y ss.

Estando el demandante en el contingente de personas cobijadas por la transición, su situación pensional debió ser analizada conforme al régimen anterior al cual se encontraba afiliado antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones.

El juez de conocimiento aplicó el régimen pensional contenido en la Ley 71 de 1988, en razón a la existencia de tiempos laborados tanto en el sector público como en el privado; sin embargo, la parte actora se mostró inconforme con dicha determinación, arguyendo que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, entre otras, en sentencia SU 769 de 2014, ha establecido la posibilidad de acumular tiempos del sector público y privado para el reconocimiento de pensiones de vejez con fundamento en el Acuerdo 049/90, por lo que solicita se dé aplicación a esta normativa.

Para resolver tal cuestionamiento, basta precisar que en efecto es alta magistratura en la providencia en mención unificó su postura en torno a la posibilidad de acumular tiempos de servicios tanto del sector público cotizados a cajas o fondos de previsión social, como del sector privado cotizados al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, a fin de reconocer pensiones de vejez con fundamento en el Acuerdo 049/90, con el argumento de que el régimen de transición se limitó únicamente a tres ítems: edad, número de semanas y monto de la pensión, sin contemplar la regla referente al cómputo de las semanas, razón por la que consideró que tal requisito es determinado según lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, norma que sí permite la referida acumulación de tiempos de servicios.

Idéntica tesis fue asumida por una integrante de la Sala de Casación Laboral, mediante salvamento de voto a las sentencias SL 21061 de 2017 y SL536 de 2018.

No obstante, dicha postura, ha sido acogida de tiempo atrás por la mayoría de los integrantes de esta Sala de Decisión, empero, desde el proferimiento de la sentencia del 22 de febrero de 2018, condicionada al cumplimiento de dos aspectos: (i) que no exista otro régimen pensional anterior que le permita al afiliado concretar su derecho a la pensión de vejez, y (ii) que con dicha acumulación no se pretenda el reajuste o la reliquidación de la pensión de vejez.

Así las cosas, como quiera que lo pretendido por el actor es obtener la reliquidación de la gracia pensional que le fue otorgada con fundamento en la Ley 797 de 2003, no queda otro camino más que descartar la aplicación de la tesis de interpretación favorable fijada por la Corte Constitucional, respecto al régimen contenido en el Acuerdo 049/90.

Ahora bien, en aras de desatar de manera conjunta el grado jurisdiccional de consulta y la alzada propuesta por Colpensiones, se hace necesario verificar si era procedente reliquidar la prestación pensional. Para ello, basta afirmar que no se equivocó el juez de instancia al afirmar que tal pretensión era procedente conforme a los postulados de la Ley 71 de 1985, reglamentada por el art.1º del Dcto.2709 de 1994, debido a que el actor laboró en el sector público y privado.

Tal disposición normativa en su artículo 7º exige 60 años de edad para los hombres y un mínimo de 20 años de servicios al sector público o privado, en cualquier tiempo. Dichos requisitos, los satisfizo a cabalidad el demandante, en tanto que, arribó a la edad mínima el 26 de abril de 2010 –fl.18, amén de que reporta un total de 1.408 semanas en tiempos de servicios privados y públicos, que equivalen a 27.38 años de servicios – fl.45-, estos últimos, concretamente con el Ministerio de Transporte, entre el 1 de julio de 1992 y el 20 de agosto de 1994.

Respecto a la reliquidación de la mesada, se parte de la base de que el IBL reconocido por Colpensiones mediante Resolución No. GNR 378365 del 26 de octubre de 2014, en cuantía de $5`354.279 no ha sido objeto de discusión por ninguna de las partes, por lo que debe ser tomado en cuenta para tales efectos. Así las cosas, al aplicarle el 75 % de tasa de remplazo, arroja una primera mesada por valor de $4`015.709, por lo que acertada resulta la decisión del juez de primer grado.

Revisado el valor del reajuste pensional al que accedió el a-quo, causado desde el 9 de mayo de 2011, se observa ajustado al derecho, empero, se hace necesario actualizarlo al 30 de junio de 2019, para incluir las diferencias causadas hasta la emisión de esta providencia, por lo que este asciende a $70`152.134, tal cual se ilustra en el cuadro que se pone en consideración de las partes y que se anexará al acta final que se suscriba con ocasión de esta diligencia.

Se advierte que el valor de la mesada pensional para el año 2018 alcanza la suma de $5`467. 971.

Se modificará, por ende, el ordinal 4º y 5º de la sentencia en virtud del grado de consulta.

En lo que tiene que ver con la indexación de las diferencias pensionales ordenada en primera instancia, basta precisar que su imposición resulta procedente en la medida en que se torna como una medida correctora para compensar la devaluación de la moneda. Por tanto, acertada resulta la decisión del a-quo.

Finalmente, en lo que tiene que ver la disminución de costas que solicita el fondo privado, quien considera que éstas deben ser compartidas proporcionalmente con Colpensiones, dado que las pretensiones de la demanda estaban también dirigidas a obtener la reliquidación de la pensión de vejez; es del caso precisar que dicha reliquidación peticionada por el actor con base en el Acuerdo 049/90, fue negada por Colpensiones, en vía administrativa, en razón a que el demandante, como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, había perdido el régimen de transición, siendo su negativa en ese momento ajustada a derecho.

No obstante, se considera que el pedimento de la sociedad recurrente debe salir avante en forma parcial, no para condenar a Colpensiones en costas de primer grado, sino para reducir el porcentaje de las que le fueron impuestas a aquella -Colfondos S.A., a un 70% de las causadas, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, dado que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional no fue la única pretensión enlistada en la demanda.

Por tal motivo, se modificará el ordinal 8º de la sentencia.

Con lo anterior, quedan resueltos los puntos de inconformidad propuestos y el grado jurisdiccional de consulta.

Sin costas en esta instancia, dada la prosperidad parcial del recurso interpuesto por Colfondos y la compensación entre los otros dos recurrentes.

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**

**1. Modificar** el ordinal 4º de la sentencia proferida el 25 de octubre de 2018 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia, en el sentido de indicar que el valor de la mesada pensional para el año 2019 asciende a $5`467. 971.

**2. Modificar** el ordinal 5º de la providencia, en el sentido de condenar a Colpensiones a reconocer y pagar a título de diferencias pensionales causadas entre el 9 de mayo de 2011 y el 30 de junio de 2019, la suma de $$70`152.134, sin perjuicio de que se siga generando hasta su solución.

**3. Modificar** el ordinal 8º de la sentencia en cuanto a que el valor de la condena por concepto de costas procesales de primer grado a cargo de Colfondos S.A., corresponde al 70 % de las causadas.

**4. Confirma** todo lo demás

**5.** Sin costas en esta instancia.

La anterior decisión queda notificada en estrados.

***FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES***

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

 *Magistrada Magistrada*

 *Salva voto*

**ANEXO**

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **AÑO**  | **IPC año anterior** | **No. MESADAS**  | **MESADA RECONOCIDA** | **MESADA RELIQUIDADA** | **DIREFENCIA** |
| 2011 | 3,17 | 8,73 | $3.399.967 | $4.015.709 | $5.375.428 |
| 2012 | 3,73 | 13 | $3.526.786 | $4.165.495 | $8.303.219 |
| 2013 | 2,44 | 13 | $3.612.840 | $4.267.133 | $8.505.805 |
| 2014 | 1,94 | 13 | $3.682.929 | $4.349.915 | $8.670.817 |
| 2015 | 3,66 | 13 | $3.817.725 | $4.509.122 | $8.988.169 |
| 2016 | 6,77 | 13 | $4.076.185 | $4.814.390 | $9.596.668 |
| 2017 | 5,75 | 13 | $4.310.565 | $5.091.217 | $10.148.477 |
| 2018 | 4,09 | 13 | $4.486.867 | $5.299.448 | $10.563.550 |
| 2019 | 3,18 | 6 | $4.629.550 | $5.467.971 | **$70.152.134** |

Providencia: Sentencia del 25-07-2019

Radicación No.: 66001-31-05-005-2016-00490-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: Jorge Enrique Hincapié Mora

Demandado: Colpensiones y otro

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 revocada 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 10–, al actor le fue reconocida la pensión de vejez por Colpensiones a través de la Resolución 109740 del el 13-06-2011 fl. 20- .

En este orden de ideas, no queda duda de la consolidación del riesgo pensional por vejez en el actor, es decir, de su calidad de pensionado, que excluye de entrada la condición de afiliado al Sistema General de Pensiones que lo faculte obtener la ineficacia del traslado del RPM al RAIS a la luz del artículo 13, literal b) de la Ley 100/93; máxime que se pensionó en el RPM.

Por lo tanto, se evidencia la ausencia de un requisito sustancial – legitimación en la causa- que impide la prosperidad de las pretensiones.

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.

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)