***ORALIDAD***

**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 31 de marzo de 2016

**Radicación No**:66001-31-05-003-2014-00168-01

**Proceso**: Ordinario Laboral

**Demandante**: Luis Federico Ospina Vanegas

**Demandado:** Colpensiones y otro

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

**Magistrado Ponente:** Francisco Javier Tamayo Tabares.

**Tema a tratar:**

NULIDAD DEL TRASLADO DEL RÉGIMEN/ Administradora de pensiones debe demostrar que brindó información clara y precisa para el cambio de régimen pensional/ Reconocimiento de pensión en el régimen de ahorro individual con solidaridad no es impedimento para anular el traslado al mismo/ Requisitos para obtener la pensión en el régimen de transición

“De modo que, la AFP Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías incumplió la carga que se le impone, de acreditar haber transmitido al actor la información clara, cierta y precisa, acerca de las implicaciones del traslado de régimen pensional, ante el hecho indubitable de que al haber arribado a una edad superior a 40 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, por lo que ha debido proporcionarle toda la información relevante para tomar la decisión de afiliarse o no, pues el engaño no sólo se produce con lo que se afirma sino también con el silencio que se guarda.

Lo anterior no cambia por haber obtenido el actor la pensión de vejez en el RAIS en la modalidad de retiro programado a partir del mes de abril de 2013, toda vez que (…) dicha situación no constituye un impedimento para estudiar la viabilidad o no de la declaratoria de la nulidad del traslado (…)”

“(…) el señor Luis Federico Ospina Vanegas sufragó en toda su vida laboral un total de 1.611.07 semanas, de las cuales 1.029.09 lo fueron dentro de los 20 años que precedieron el cumplimiento de la edad mínima, esto es, entre el 3 de abril de 1990 y ese mismo día y mes del 2010, por lo que en efecto, le asiste el derecho a la pensión de vejez que reclama.”

Citas: Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencias de 9 de septiembre de 2008 -rad. 31989-, de 22 de noviembre de 2011 -rad. 33083- y de 3 septiembre de 2014 -rad .46292-.

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los treinta y un (31) días del mes de marzo de dos mil dieciséis (2016), siendo las diez y treinta minutos de la mañana (10:30 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia la magistrada y los magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida el 15 de octubre de 2014 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***Luis Federico Ospina Vanegas*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones*** y ***Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías.***

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

***INTRODUCCIÓN***

Antes de que procedan los asistentes a descorrer el traslado para alegar en esta instancia, conforme a las voces del artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, digamos que el demandante Luis Federico Ospina Vanegas**,** pretende que se declare la nulidad de su afiliación a Colfondos S.A. y en consecuencia, se condene a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a reconocer y pagar la pensión de vejez a partir del 03 de abril del 2010, junto con los intereses moratorios y las costas procesales.

Como fundamento de las preinsertas súplicas expuso, que nació el 3 de abril de 1950, motivo por el que cumplió los 60 años de edad en la misma calenda del año 2010; que luego de estar afiliado en el Régimen de Prima Media se trasladó en el año 1998 al de Ahorro Individual por error en la información; que en toda su vida laboral sufragó al sistema pensional un total de 1610.36 semanas, de las cuales 771,42 las consignó antes del 1º de abril de 1994; que el 9 de abril de 2013 la AFP Colfondos S.A. le reconoció pensión de vejez bajo la modalidad de retiro programado, con una mesada pensional equivalente al mínimo legal mensual vigente; y que el 17 de enero de 2014 elevó ante Colpensiones solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez, siéndole rechazada por no encontrarse afiliado.

Al contestar la demanda, la AFP Colfondos S.A. admitió los hechos relacionados con el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor del actor y, frente a los demás adujo no contarle o no ser susceptibles de prueba de confesión. Se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra, arguyendo que el demandante al haber solicitado y obtenido una pensión de vejez en el Régimen de Ahorro Individual había renunciado de manera libre y voluntaria a la legítima expectativa de pensionarse en el Régimen de Prima Media. Propuso las excepciones de mérito que denominó “Renuncia a la legítima expectativa de pensionarse en el Régimen de Prima Media”, “Compensación”, “Pago”, “Prescripción”, “Buena fe” y la “Innominada o genérica”.

A su turno, la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, aceptó los hechos referentes con la fecha de nacimiento del actor, el traslado al RAIS, la solicitud de reconocimiento de pensión ante esa entidad y su posterior rechazo. Respecto a los demás hechos manifestó no constarle o no ser ciertos. Formuló en defensa de sus intereses e opuso a la totalidad de las pretensiones proponiendo las excepciones de fondo que denominó “Reconocimiento de una prestación económica en el régimen de ahorro individual con solidaridad”, “Inexistencia de la obligación demandada” y “Prescripción”.

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

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira con base en las pruebas allegadas determinó que el traslado del señor Luis Federico Ospina Vanegas del RPM al RAIS no se encuentra viciado por error, por cuanto se dio de manera libre y voluntaria, sin que se produjera vicio alguno en el consentimiento, al punto que aquel solicitó ante Colfondos S.A. el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, misma que fue resuelta de manera positiva a su favor en el mes de abril de 2013. Adicionalmente sostuvo, que el traslado de régimen no opera para personas que ya accedieron al beneficio de la pensión de vejez, tal y como acontece en este caso. Por tales motivos negó las pretensiones de la demanda y posteriormente declaró probadas las excepciones de mérito de Renuncia a la legítima expectativa de pensionarse en el RPM, propuesta por Colfondos S.A. y reconocimiento de una prestación económica en el fondo de ahorro individual con solidaridad propuesta por Colpensiones.

Contra la anterior determinación se alzó el demandante, argumentando que él se dio cuenta del error en la información tan solo en el año 2013, cuando Colfondos S.A. le reconoció una pensión de vejez en cuantía equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente a pesar de tener cotizaciones muy superiores, situación ésta que de haberla conocido, le habría permitido no tomar la decisión de trasladarse al RAIS, pues le resultaba más favorable continuar en el RPM. Expone que fue engañado en su buena fe, pues con sus pocos conocimientos no pudo dimensionar las consecuencias que le acarrearía su traslado, como era la de pensionarse a los 62 años de edad, sin derecho a retroactivo y con un salario mínimo legal mensual vigente.

***Del problema jurídico.***

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

*¿Quedó acreditada la existencia de un vicio del consentimiento que permita anular el traslado del actor a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías?*

*¿El demandante es beneficiario del régimen de transición estatuido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993?*

*¿Tiene derecho a la pensión de vejez peticionada?*

***Alegatos en esta instancia***:

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, de respuesta al problema jurídico planteado, se corre traslado por el término de 8 minutos, a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes a la audiencia, empezando por la parte recurrente (art. 66 A CPLSS.).

Escuchadas las anteriores intervenciones que en síntesis reflejan los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir de fondo, previa las siguientes:

**III. CONSIDERACIONES:**

***3.1. Desenvolvimiento de la problemática planteada***

Reza el artículo 1740 del C.C., que “*es nulo el acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa*”.

Se incurre, igualmente, en nulidad absoluta, *“en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces*”. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa.

Así mismo, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1502 y 1508 del Código Civil, el error, la fuerza y el dolo constituyen un vicio en el consentimiento, y por tanto, ante la concurrencia de uno ellos, el contrato será nulo.

Por otra parte, para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario, acorde con el artículo 1502 de la misma codificación: “*1º) que sea legalmente capaz; 2º) que* ***consienta en dicho acto o declaración*** *y su consentimiento no adolezca de vicio; 3º) que recaiga sobre un objeto lícito; y 4º) que tenga una causa lícita”.*

En torno al consentimiento que debe anteceder un acto o declaración, ha de decirse que este necesariamente debe ser claro, es decir, no debe dar lugar a duda alguna de que la persona se está obligando, bien sea porque manifiesta expresamente su intención de hacerlo o porque realiza actos inequívocamente dirigidos a asumir ese rol.

Entratándose de la afiliación al sistema pensional, lo primero que debe decirse es que los afiliados al mismo cuentan con el derecho de escoger libremente a que régimen se afilian, tal como lo indica el literal e) del canon 13 de la Ley 100 de 1993. En esa libertad de escogencia, es fundamental el consentimiento libre e informado que debe asistir al usuario de la seguridad social y, en caso de que se vea truncado, bien sea por la inexistencia del mismo, por la existencia de un vicio en su producción o por la indebida información o su ausencia, será pasible de nulidad tal escogencia.

A su vez, el artículo 1604 ibídem consagra que la prueba de la diligencia o cuidado en la celebración de contratos, incumbe al que ha debido emplearlo.

El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, emanan de una responsabilidad de carácter profesional, que como ha recalcado esta Sala, ciñéndose a los parámetros del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria *“les impone el deber de suministrar al afiliado la información suficiente, completa y clara sobre las implicaciones de dicho traslado”.*

Dicha carga de la prueba recae directamente sobre quien gravita el deber de suministrar la información, en la medida en que con ello la *“prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”* tal como lo pregona el artículo 1604 del Código Civil. Así lo predicó el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, al concretar que:

*"Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.(…)*

*"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 solo 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”* (Sentencia del 9 de septiembre de 2008, Radicación 31989 y 31314 y sentencia del 22 de noviembre de 2011, Radicación 33083).

Más recientemente esa misma Corporación sostuvo frente al derecho a la información que les asiste a las personas beneficiarias de transición, cuando van a optar migrar al régimen de ahorro individual:

*Bajo el entendido de que “el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan” (L. 100/93, art. 1º) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, 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.*

*“Solo a través de la demostración de la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen, es que el juzgador podría avalar su transición; no se trata de demostrar razones para verificar sobre la anulación por distintas causas fácticas, sino de determinar si hubo eficacia en el traslado, lo que es relevante para entrar a fijar la pérdida o no de la transición normativa. Al juzgador no le debe bastar con advertir que existió un traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, sino que es menester, para la solución, advertir que la misma es válida, lo cual resulta un presupuesto obvio, máxime cuando esta Sala ha sostenido que el régimen de transición no es una mera expectativa” (*Sentencia SL12136-2014 de septiembre 3 de 2014. Radicación 46292)*.*

***3.2 Caso concreto.***

No es objeto de discusión en esta contienda que el natalicio del demandante se produjo el 3 de abril de 1950 (fl.21), razón por la cual era beneficiario del régimen de transición, por cuanto a la entrada en vigencia del Sistema de Seguridad Social frisaba en los 43 años de edad. Se tiene igualmente que el 13 de enero de 1998 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual, puntualmente al Fondo de Pensiones y Cesantías

Colfondos S.A. (fl.79).

Pretende el recurrente que se declare la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, para de esa forma acceder a la pensión de vejez a cargo de Colpensiones; se basa en la existencia de un vicio del consentimiento, dada la omisión de información clara y precisa, que ha debido brindarle la A.F.P. al actor, en orden a conocer las condiciones y consecuencias de la migración de régimen, máxime, cuando por el sólo hecho de haber arribado a la edad de 40 años o más, al 1º de abril de 1994, estaba amparado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

De conformidad con lo anterior, según las voces del artículo 1604 del C.C., se tiene que la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, y en este tipo de asuntos, corresponde a la administradora de pensiones, a cuyo cargo estaba el deber de suministrar la información suficiente y completa al afiliado, acerca del impacto del cambio de régimen pensional.

En pos de lo anterior, la administradora de fondo de pensiones Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, quien suscitó el traslado del ISS al Régimen de Ahorro Individual, ningún elemento probatorio enlistó con el propósito de acreditar que en este caso en particular, suministrara al actor, la información necesaria y relevante que llevara consigo la migración de régimen pensional, como quiera que se limitó a aportar pruebas documentales que dan cuenta de la afiliación a esa entidad y de los aportes efectuados por el actor (fls.79 a 123).

De modo que, la AFP Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías incumplió la carga que se le impone, de acreditar haber transmitido al actor la información clara, cierta y precisa, acerca de las implicaciones del traslado de régimen pensional, ante el hecho indubitable de que al haber arribado a una edad superior a 40 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, por lo que ha debido proporcionarle toda la información relevante para tomar la decisión de afiliarse o no, pues el engaño no sólo se produce con lo que se afirma sino también con el silencio que se guarda.

En torno a la información que debe brindar el fondo de pensiones al afiliado, precisó el órgano de cierre de esta especialidad en sentencia del 9 de septiembre de 2008 lo siguiente:

*“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de 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 de tomar una opción que claramente le perjudica.*

*(…)*

*"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”.*

Lo anterior no cambia por haber obtenido el actor la pensión de vejez en el RAIS en la modalidad de retiro programado a partir del mes de abril 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 nulidad del traslado (ver sentencia rad. 31.989 del 9 de septiembre de 2008).

Refuerza la tesis de la Sala el hecho de que el actor colma más de 15 años de servicios al 1º de abril de 1994 (784.42 semanas), lo que le otorga, consecuencialmente, el derecho a retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, y por ende, recuperar el régimen de transición, en los términos de las sentencias C - 789 de 2002 y C-1024 de 2004.

Bajo esos parámetros, la Sala concluye que al señor Luis Federico Ospina Vanegas, no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado por parte de la AFP Colfondos Pensiones y Cesantías, siento esa la causa de su migración al régimen de ahorro individual con solidaridad, con las consecuencias adversas de ver frustrada con el tiempo, la posibilidad de obtener el derecho a la pensión que le brindaba el régimen de transición, con un valor vitalicio constante, a diferencia de la prestación otorgada por el fondo privado bajo la modalidad de retiro programado, que por estar sujeto a los rendimiento del capital ofrece un posible valor que en ningún caso es definitivo.

En consecuencia, ante la falta al deber de información en que incurrió la administradora de pensiones Colfondos S.A., habrá que anular la afiliación del actor al régimen de ahorro individual, lo que por ende, acarrea también la del reconocimiento de la prestación pensional que venía disfrutando el actor. Así mismo, se ordenará a dicha AFP que en el término improrrogable de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta sentencia, proceda a efectuar el traslado de los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales y sus respectivos frutos e intereses, a la Administradora del Régimen de Prima Media, Colpensiones, quien deberá proceder a aceptar dicho traslado sin dilación alguna.

Vencido el escollo anterior, pasará a determinar la Sala determinar si el actor cumple con los requisitos legales exigidos en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990 para hacerse merecedor de la pensión de vejez, cuyos requisitos son: ***i)*** arribar a 60 años de edad, en el caso de los hombres 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, (ver fl.138 y 123 y ss.) el señor Luis Federico Ospina Vanegas sufragó en toda su vida laboral un total de 1.611.07 semanas, de las cuales 1.029.09 lo fueron dentro de los 20 años que precedieron el cumplimiento de la edad mínima, esto es, entre el 3 de abril de 1990 y ese mismo día y mes del 2010, 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, es menester advertir que si bien la declaratoria de nulidad de un acto produce efectos ex -tunc, es decir, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto, no es menos cierto que la jurisprudencia nacional tiene por sentado que en materia laboral y de seguridad social, deben preservarse las situaciones consolidadas, por lo que la declaratoria de nulidad del acto en modo alguno afecta situaciones concretas e individuales que se hayan producido en vigencia del mismo acto, como lo es el pago de las mesadas pensionales por parte de la AFP.

En términos similares se pronunció el órgano de cierre de la especialidad 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.*

*(…)*

*Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuando le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada. Los derechos pensionales en adelante debe reclamarlos el actor ante quien acredite tenerlos.”*

Al margen de lo anterior, se tiene que en el caso de autos no hay lugar a la cancelación de retroactivo alguno a favor del actor por parte de la administradora del régimen de prima media, como quiera que, en primer lugar, esa entidad sólo está obligada a responder por el pago de las mesadas pensionales a partir del momento en que la AFP le traslade los recursos para su financiamiento, y en segundo, porque no existe diferencia entre el valor de la mesada pensional que recibía de la administradora del régimen de ahorro individual y la que resulta del reconocimiento de Colpensiones, pues en ambos casos el monto asciende a un salario mínimo legal mensual vigente.

Del mismo modo, se negará el pago de los intereses moratorios peticionados por el actor, por lo expuesto precedentemente.

En lo que concierne a las excepciones propuestas por los demandados, estas no se abren paso por las mismas razones que se han expuesto para determinar la nulidad del traslado y el derecho a la pensión de vejez.

En ese orden de ideas, se condenará a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, que una vez efectuado el traslado de los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales y sus respectivos frutos e intereses por parte de la administradora del Régimen de Prima Media, proceda a reconocer al actor la pensión de vejez prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

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

Costas en ambas instancias a cargo de la AFP Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y a favor del actor.

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

***FALLA***

***Revoca*** la sentencia proferida el 15 de octubre de 2014 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de ***Luis Federico Ospina Vanegas*** contra ***la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones*** y ***Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías,*** como consecuencia de ello:

1. ***Declara*** la nulidad del traslado que ***Luis Federico Ospina Vanegas*** efectuó el 13 de enero de 1998 a la AFP Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías dadas las consideraciones que preceden.

***2.* Ordena**a AFP 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 trasladarlos saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses, a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones,

**3. Ordena** a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones que una vez la AFP Colfondos S.A. Pensiones y Cesantíasde cumplimiento a lo aquí ordenado, proceda aceptar el traslado de ***Luis Federico Ospina Vanegas*** al régimen 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 beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente.

1. **Niega** las demás pretensiones.
2. Declara no probadas las excepciones propuestas por los demandados.
3. Costas en ambas instancias a cargo de la AFP Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y a favor del actor.

***NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.***

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ANA LUCIA CAICEDO CALDERÓN JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrada Magistrado

-Salva voto-

**Leonardo Cortés Pérez**

Secretario

***SALVAMENTO DE VOTO***

*Pereira, treinta y uno (31) de marzo de dos mil dieciséis*

Toda vez que como sustanciador del presente caso, una vez presenté la correspondiente ponencia, los demás magistrados no la aprobaron y por el contrario coincidieron en proferir la sentencia del día de hoy, de la cual me aparto, es del caso presentar mi salvamento de voto, para lo cual basta resumir los argumentos que en su momento expuse a la Sala como sustento de aquella ponencia inicial.

En efecto, sobre la apreciación del asunto a resolver considero que se debió tener en cuenta lo siguiente:

**NULIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS Y OPORTUNIDAD PARA ALEGARLA.**

De conformidad con el artículo 1741 del Código Civil, la nulidad de los actos jurídicos o de los contratos es absoluta cuando se produce por un objeto o causa ilícita o por falta de las formalidades; mientras que cuando tiene un origen diverso como por ejemplo un vicio del consentimiento, sólo se genera nulidad relativa, que da lugar a la rescisión del acto o contrato.

A su vez, el artículo 1750 del Código Civil prevé que para alegar la rescisión en los eventos en que se alegue la ocurrencia de error o dolo, se cuenta con un plazo de cuatro años contados desde el día de la celebración del acto o contrato.

De otro lado el artículo 1743 *ibídem* dispone que la nulidad relativa se sanea por el paso del tiempo o por ratificación de las partes.

Lo anterior con el propósito de resolver **EL CASO CONCRETO de la siguiente manera:**

En esta instancia no se encontraba en discusión: i) Que estando afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS (hoy Colpensiones), el señor Luis Federico Ospina Vanegas se trasladó al RAIS por medio de su afiliación a la AFP Colfondos S.A. el 13 de enero de 1998, tal y como se observa en la solicitud de vinculación visible a folio 79 del expediente y ii) Que estando en el Régimen de Ahorro Individual Con Solidaridad, el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, misma que fue aprobada por parte de la AFP Colfondos S.A. a través del oficio BP-R-I-L-4053-04-13 de 9 de abril de 2013 –fls.106 a 107- a partir del mes de abril de 2013 y con una mesada pensional equivalente al salario mínimo legal mensual vigente.

Los argumentos que tuvo la *a quo* para negar las pretensiones se basaron en dos aspectos: 1) Que el demandante señaló que se había trasladado al RAIS por error, sin embargo, en ningún momento se ocupó de manifestar cual era el error en el que había incurrido y 2) Que el traslado no opera para las personas que ya accedieron al beneficio de la pensión de vejez; de estos argumentos, el segundo resulta equivocado, pues la Sala de Casación Laboral a partir de sentencia de 9 de septiembre de 2008 con radicación Nº 31.989 con ponencia del Magistrado Eduardo López Villegas ha enseñado que esa situación no se constituye en impedimento para estudiar la viabilidad o no de declarar la nulidad del traslado de un afiliado del RPM al RAIS.

Pero, frente al primero soporte esbozado, le asistía razón a la juzgadora, pues el señor Luis Federico Ospina Vanegas en el hecho 2.6 de la demanda –fls.3 a 20- expresa que *“En el año 1998, se trasladó para Colfondos, por error de información.”* y posteriormente en el punto 7.3 del capítulo de “Narración de hechos” indica que *“… desconocía que afiliarse a COLFONDOS, lo haría perder todos los beneficios del Régimen de Transición, además su empleador lo impuso sin contar con su voluntad.”.*

Estas expresiones deberían haber llevado a la Sala a concluir: i) Que si bien el actor indicó que su traslado de régimen obedeció a error en la información, la verdad es que esa situación no se la atribuyó directamente a la AFP demandada y por el contrario posteriormente confesó que su traslado **obedeció a la imposición que de ello hizo su empleador sin contar con su voluntad**, situación que debió controvertir entonces respecto a ese empleador, mismo que no fue convocado al proceso y ii) Que en cualquier caso, el demandante confesó que desconocía que el hecho de trasladarse al RAIS lo haría perder los beneficios propios del régimen de transición, es decir, acepta que era él quien ignoraba las consecuencias legales de su traslado, argumento que no sirve para soportar sus pretensiones si se tiene en cuenta que el artículo 9º del C.C. tiene previsto que la ignorancia de la Ley no sirve de excusa.

De allí que el análisis de la *a-quo* para negar la ocurrencia del error alegado por el actor tenía total respaldo.

Finalmente, para abundar en razones, se añade que el acto jurídico del traslado del actor del RPM al RAIS, respecto del cual se alegó la declaración de nulidad, ha adquirido firmeza y legalidad, pues tal y como lo indicó el accionante en la sustentación del recurso de apelación, su inconformidad con el traslado de régimen se hizo patente el 9 de abril de 2013 cuando la AFP Colfondos S.A. le reconoció la pensión de vejez, es decir, que para esa calenda ya habían transcurrido 15 años 2 meses y 26 meses desde que se perfeccionara el mencionado traslado; por lo que al haber pasado más de cuatro años desde su realización, cualquier nulidad relativa de que hubiera podido adolecer, había quedado saneada por el transcurso del tiempo.

De conformidad con lo dicho, no era posible acceder a la pretensión de declaración de nulidad del traslado y, como quiera que las demás pretensiones dependían de su triunfo, se imponía la absolución de las entidades demandadas respecto a todas y cada una de las aspiraciones de la demanda.

En el anterior orden de ideas, se debió confirmar la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito el 15 de octubre de 2014.

Dejo de esta manera salvado mi voto.

***JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ***

Magistrado