***ORALIDAD***

**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia, 14 de septiembre de 2017

**Radicación No**:66001-31-05-003-2015-00673-01

**Proceso**: Ordinario Laboral

**Demandante**: Mario Antonio García Bustamante

**Demandado:** Colpensiones y COlfondos S.A.

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

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

**Tema a tratar: De la ineficacia del traslado de régimen por incumplimiento al deber de información.** En caso de que se vea truncada la libertad de escogencia, bien sea por la inexistencia del mismo, por la existencia de un vicio en su producción o por la indebida información o su ausencia, quedara sin efecto tal escogencia o traslado, y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador. Ello, por cuanto 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.

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los catorce (14) días del mes de septiembre de dos mil diecisiete (2017), siendo las nueve y cuarenta y cinco de la mañana (9:45 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia las magistradas y el suscrito magistrado de la Sala Laboral No. 3 del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación presentado por la Codemandada Colfondos S.A. así como el grado jurisdiccional de consulta ordenada frente a la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2016 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***Mario Antonio García Bustamante*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones*** y ***Colfondos S.A.***

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

1. **INTRODUCCIÓN**

Pretende el demandante que se declare la nulidad de su afiliación al RAIS, con base en la falta al deber de información en que incurrió la AFP Colfondos S.A. En consecuencia, pide que se condene a Colpensiones a pagar la pensión de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición que consagra el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y a partir del 27 de julio de 2013, junto con los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100/93, desde la causación del derecho y hasta el pago efectivo, o en subsidio, se condene a la AFP Colfondos S.A., a pagar la indexación de las condenas, y las costas procesales.

 Expone que nació el 27 de julio de 1953; que se afilió al ISS desde el 21 de diciembre de 1983; que se trasladó al RAIS mediante afiliación a la AFP Colfondos S.A., a partir del 1 de marzo de 1995, empero, regresó al RPM el 1º de febrero de 2000, en el que ha cotizado un total de 1.234,29 semanas en toda su vida laboral; que el 19 de diciembre de 2013 radicó la solicitud de pensión ante Colpensiones, la cual fue negada mediante Resolución GNR 269783 de 2014, por no acreditar los requisitos exigidos en el artículo 33 de la Ley 100/93, y haber perdido los beneficios del régimen de transición; que el 23 de febrero de 2015 solicitó la corrección de su historia laboral por los tiempos cotizados en el Ingenio Risaralda, y por último, que nunca fue informado por parte del empleador ni de la AFP Colfondos S.A. sobre las implicaciones del traslado de régimen.

***Colpensiones*** allegó en forma oportuna escrito de contestación, aceptando los hechos de la demanda, a excepción de la falta de información sobre las implicaciones del traslado de régimen. En su defensa, propuso como excepciones a fin de que se nieguen las suplicas de la demanda, las de “Inexistencia de la obligación demandada”, y “Pérdida del derecho al régimen de transición”.

***Colfondos S.A.*** se opuso igualmente a la prosperidad de las pretensiones del libelo demandatorio, al considerar que la entidad no omitió su deber de información con respecto de las características propias del RAIS, por lo que la afiliación del demandante al fondo privado es completamente válida. Propuso las excepciones de fondo de “Validez de la afiliación al RAIS”, “Prescripción”, “Saneamiento de la eventual nulidad relativa por el paso del tiempo”, “Pago”, “Compensación” y “Buena fe”.

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

 El Juzgado de conocimiento mediante fallo del 30 de septiembre de 2016, accedió a las pretensiones de la demanda. Para lo que interesa al asunto, la sentenciadora de primer grado concluyó que la AFP demandada no le brindó al afiliado la información suficiente para entender las implicaciones y gravámenes de su traslado de régimen, situación que generó un vicio en el consentimiento en la voluntad del afiliado, por lo que declaró la ineficacia del traslado de régimen. De otra parte, encontró que el demandante es beneficiario del régimen de transición que consagra el artículo 36 de la Ley 100/93, y por ende, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, por contar con más 60 años de edad y 1.000 semanas de aportes al sistema, efectuando el reconocimiento a partir del 1 de septiembre de 2014, pues la novedad de retiro se dio en agosto de esa anualidad, y en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente y, por trece mesadas anuales. Condenó a Colpensiones a pagar la suma de $17`661.645 a título de retroactivo pensional causado a la emisión de la sentencia y, a cancelar los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia, al considerar que la presentación de esta demanda fue necesaria para reactivar el régimen de transición del demandante. Declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas procesales a las codemandadas.

Inconforme con lo decidido, se alzó el fondo privado demandado en orden a que se le exonere de la condena en costas procesales. En la sustentación, indicó que para la época de la solicitud de traslado, la entidad no tenía ninguna obligación diferente a brindar toda la información necesaria al afiliado, lo cual aconteció, pues así lo certificó el demandante con su firma al momento en que firmó el formulario de vinculación, por lo que considera que no hubo inducción a error, y por esa razón, la entidad no debe ser condenada en costas.

Se dispuso igualmente el grado jurisdiccional de consulta, dado que la decisión resultó adversa a los intereses de Colpensiones, al tenor de lo preceptuado en al artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

***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 declarar la ineficacia del traslado que realizó el actor del ISS a Colfondos S.A?*

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

*¿Tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez que reclama?*

*En caso positivo, ¿A partir de qué fecha opera el disfrute de la prestación?*

*¿Hay lugar al pago de intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100/93?*

***Alegatos en esta instancia***:

En este estado de la diligencia, alegan los voceros judicial, si asistieron y si es la voluntad de ellos hacerlo.

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

**III. CONSIDERACIONES:**

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

En tratándose 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 b) 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, quedara sin efecto tal escogencia o traslado, y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador, al tenor de lo preceptuado en el artículo 271 ibídem.

Ello, por cuanto pese a que la Ley de Seguridad Social permitió la coexistencia de dos regímenes solidarios excluyentes, el legislador procuró de manera especial la protección de las prerrogativas de los afiliados al sistema, de modo que, la selección que se haga de cualquiera de ellos debe estar precedida por el respeto a la libre escogencia de los afiliados, so pena de ser declarado ineficaz, tal como lo dispone la norma recién citada –articulo 271 Ley 100/93-.

Naturalmente, que 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 la *“prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”* tal como lo pregona el artículo 1604 del Código Civil. Respecto a la información que debe brindar el fondo de pensiones al afiliado, el órgano de cierre de esta especialidad en sentencia del 9 de septiembre de 2008 precisó:

 *“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.*

En sentencia SL12136 de septiembre 3 de 2014 Radicación 46292, puntualizó:

*“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”.*

Acorde con lo hasta aquí discurrido, se tiene que para que la afiliación de un trabajador se entienda hecha de manera libre y voluntaria, es preciso analizar en cada caso, si la entidad administradora de fondo de pensiones puso en conocimiento del afiliado las consecuencias e implicaciones de su migración o traslado, informándolo no sólo de los beneficios o privilegios que el mismo le reporta frente a sus derechos pensionales, sino también de sus desventajas y perjuicios. Lo anterior, en aras de que la entidad de seguridad social garantice una decisión informada que le permita al afiliado llegar a una escogencia libre y voluntaria.

En el caso puntual, no fue objeto de discusión que el natalicio del actor se dio el 27 de julio de 1953, por lo que a la entrada en vigencia del nuevo sistema general de pensiones –1º de abril de 1994- contaba con 40 años de edad, de modo que estaba amparado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Así mismo, que el 1º de marzo de 1995, el actor se trasladó al régimen de ahorro individual, puntualmente a la AFP Colfondos S.A., y que posteriormente retornó al régimen de prima media con prestación definida el 1º de febrero de 2000, con la ineludible consecuencia de la pérdida de los beneficios del régimen de transición, fl.21.

En ese orden, le correspondía 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, demostrar la prueba de la diligencia y cuidado, so pena de recaer en la ineficacia de dicho tránsito, en los términos del artículo 897 del Código de Comercio; no obstante, ningún elemento de prueba enlistó con tal propósito, como quiera que se limitó a aportar pruebas documentales que únicamente dan cuenta de la afiliación del actor a esa entidad y de las cotizaciones que efectuó.

De modo 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; 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, puesto que era su deber 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 respecto de todo lo que resulte relevante para la toma de la decisión que se persigue[[1]](#footnote-1).

Así las cosas, acertó la sentenciadora de primer grado al declarar la ineficacia del traslado de régimen, pues de lo que se trata en estos casos es de analizar si el acto jurídico que generó el traslado resulta o no eficaz, en punto al respeto a la libre y voluntaria escogencia de los afiliados, tal como se explicó precedentemente.

De ahí que no resulte procedente la exoneración de la condena en costas que solicita la entidad recurrente, pues como parte vencida en el proceso debe afrontar dicha carga económica, al haberse demostrado que faltó a su deber de información acerca de las implicaciones del traslado de régimen, omisión que motivó un daño o desmejora en las condiciones pensionales del actor.

No prospera, por tanto, el recurso de apelación.

Resuelto el primero de los problemas jurídicos planteados, se dispondrá la Sala en atención al grado jurisdiccional de consulta que opera en favor de Colpensiones a verificar si el demandante tiene derecho a la pensión de vejez peticionada.

Para ello, la Sala dirá que no milita duda en cuanto a que el demandante conservó los beneficios del régimen de transición que consagra el artículo 36 de la Ley 100/93, no sólo porque a la entrada en vigencia de esta Ley, contaba con 40 años de edad, como se indicó precedentemente, sino además, porque al 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, el actor tenía más de 750 semanas de aportes al sistema pensional, tal como se constata de la historia laboral y el acto administrativo a través del cual se le negó el derecho, ver folios 11 a 20.

Así pues, el régimen anterior aplicable al demandante por virtud del régimen de transición, no es otro que el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, por haber efectuado cotizaciones al sistema como empleado del sector privado. El artículo 12 de dicha normativa, establece que para acceder a la pensión de vejez es necesario que se acredite: 60 años de edad en caso de hombres, y 500 semanas de cotización en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima ó 1.000 sufragadas en cualquier tiempo.

En cuanto al requisito de la edad, éste se reunió el 27 de julio de 2013, cuando el demandante arribó a los 60 años edad. Frente a las cotizaciones, conforme a las historias laborales allegadas por Colpensiones, el actor sufragó un total de 1.234.29 semanas de aportes al sistema pensional, siendo suficientes para causar el derecho a la pensión de vejez solicitada. Por lo tanto, es evidente que la decisión consultada, acertó en la determinación de conceder la prestación deprecada a cargo de Colpensiones.

Tal reconocimiento procedía a partir del 2 de agosto de 2014, calenda en que el empleador “Q-bica constructores S.A.” presentó la correspondiente novedad de retiro al sistema, y además, el demandante cesó en forma definitiva sus cotizaciones al sistema, amén de que con antelación había elevado ante Colpensiones, la solicitud pensional, por haber consolidado el derecho, ver folio 12.

No obstante, en vista de que la sentenciadora de primer grado dio por establecido que la desafiliación del sistema operó el 31 de agosto de 2014, y que por ende, el disfrute pensional era viable a partir del día siguiente, se mantendrá incólume dicha decisión, pues no le es dable a esta Sala agravar la situación de la entidad en favor de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta.

En cuanto al valor del retroactivo pensional, debidamente actualizado a la fecha de emisión de esta sentencia, asciende a $ 26`321.188, tal como se ilustra en el cuadro que se pone de presente a los asistentes y hará parte integrante del acta final que se suscriba con ocasión de esta diligencia.

Para efectos de la liquidación, se tuvo en cuenta el valor de la mesada pensional en cuantía igual al salario mínimo legal mensual y, trece mesadas anuales, pues en los términos del inciso 8º del Acto Legislativo 01 de 2005, la causación del derecho ocurrió con posterioridad al 31 de julio de 2011, como lo indicó la a-quo.

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar, como quiera que en los términos del artículo 151 del C.P.T y S.S. y artículo 488 del C.S.T., no transcurrió el término trienal desde la exigibilidad del derecho pensional y la interposición de la demanda, que data del 30 de noviembre de 2015 -fl.10vto.-

En cuanto a los intereses moratorios a los cuales accedió la a-quo a partir de la ejecutoria de la sentencia, la Sala dirá que avala tal determinación, en la medida en que como lo ha decantado el órgano de cierre de la especialidad laboral, entre otras, en sentencias del 2 de octubre de 2013, y 3 de septiembre de 2014 radicación 44454 y 50.259, respectivamente, la exoneración de dichos réditos sólo opera mientras el derecho pensional está en discusión, y en este caso puntual, fue necesaria la presentación de esta acción judicial para declarar la ineficacia del acto jurídico del traslado, y la consecuente conservación de los beneficios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100/93.

Las costas en esta instancia correrán a cargo de Colfondos S.A. y en favor del demandante.

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

*FALLA*

1. *Confirma* la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2016 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.
2. Costas en esta instancia a cargo de Colfondos S.A. y en favor del demandante.

*NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.*

La anterior decisión queda notificada en estrados.

FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES

Magistrado Ponente

ANA LUCIA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

 Magistrada Magistrada

**ANEXO**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **AÑO**  | **VALOR DE LA MESADA**  | **No. MESADAS** | **TOTAL**  |
| 2014 | $616.000 | 5 | $3.080.000 |
| 2015 | $644.350 | 13 | $8.376.550 |
| 2016 | $689.454 | 13 | $8.962.902 |
| 2017 | $737.717 | 8 | $5.901.736 |
| TOTAL  | **$26.321.188** |

1. sentencias CSJ Sala Laboral radicado 31989 y 33083 del 2008 y 2011. [↑](#footnote-ref-1)