Providencia: **Sentencia de Segunda Instancia, 13 de septiembre de 2018**

Radicación No: 66001-31-05-001-2016-00292-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Beatriz Liliana Cardona Betancurt

Demandado: Colpensiones y Protección S.A.

Juzgado de origen: Primero Laboral del Circuito de Pereira.

Magistrado Ponente: **Francisco Javier Tamayo Tabares**

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

De tal suerte, que en los términos del artículo 897 del código de comercio, cuando la disposición expresa que un acto no produce efectos se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial, y bajo esta nueva perspectiva es que el deber a cargo de las administradoras de pensiones de informar a sus eventuales afiliados, acerca de las implicaciones del traslado entre regímenes pensionales, se enmarca dentro de las precisas disposiciones legales y las pautas que la jurisprudencia ha trazado, por lo que la transgresión a este especifico deber no se enlaza con las precisas conductas reguladas en el régimen de nulidades. (…)

De tal suerte, se equivocó la operadora judicial de primer grado al trasladarle tal carga probatoria a la demandante, en contraste, ese traslado de la prueba opera en contra de la Administradora de Pensiones, cual lo definió el órgano de cierre de la especialidad laboral, puesto que itera, ese deber “se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares”, toda vez que no cualquiera puede apuntar a ese fin, en la medida en que ésta debe ser relevante, o sea que abarque todos los perfiles y elementos indicativos de una buena elección, máxime si se tiene en cuentas las previsiones de los artículo 1603 y 1604 del C. Civil.

Es más, en providencia más reciente, SL17595, del 18 de octubre de 2017, recaba el órgano de cierre de la especialidad laboral, que tal deber informado debe abarcar una ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado. Rechaza por lo tanto, la simple expresión genérica alusiva a la obligación de informar, por cuanto, la administradora debe poner de manifiesto que documentó clara y suficientemente acerca de los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.

Idéntica perspectiva se ofrece en la sentencia SL12136 de 2014, radicación 46.292, la que en su parte pertinente reza: “…será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales”.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

En Pereira, a los trece (13) días del mes de septiembre de dos mil dieciocho (2018), siendo las diez y treinta de la mañana (10:30 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia las magistradas y el suscrito magistrado de la Sala Laboral No.4 del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante frente a la sentencia proferida el 18 de enero de 2018 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***Beatriz Liliana Cardona Betancurt*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones*** y ***Protección S.A.***

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

1. **INTRODUCCIÓN**

Pretende la actora que se declare la nulidad de su afiliación al RAIS, en el fondo privado demandado, y en consecuencia, se ordene a esa entidad remitirle a Colpensiones los aportes con sus respectivos rendimientos, y a esta última a aceptar su retorno al régimen de prima media con prestación definida, y se les condene a ambas al pago de las costas procesales a su favor.

 Como fundamento a esos pedimentos, expone que, el 01 de diciembre de 2001 se trasladó del RPM al RAIS mediante afiliación al fondo de pensiones y cesantías Protección S.A. Indica que el asesor comercial de esa entidad nunca le suministró información adecuada, suficiente y clara sobre las implicaciones del traslado de régimen, pues sólo le manifestó que el Instituto de Seguros Sociales se acabaría, y por ende, la plata se perdería, siendo la mejor opción la afiliación al fondo privado donde se podría pensionar en cualquier tiempo, sin recibir información alguna sobre la edad mínima y el saldo que debía reunir en su cuenta de ahorro individual. Refiere que el 8 de abril de 2015 solicitó ante Colpensiones el traslado de régimen, empero, le fue negado por faltarle 10 años o menos para cumplir el requisito de tiempo para pensión. Por último, refiere que estuvo afiliada al ISS desde 1988 hasta le fecha del traslado al fondo privado.

***Colpensiones*** allegó contestación, oponiéndose a las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que no está obligada por ley a acceder a la solicitud, por cuanto no acreditó los presupuestos legales para escoger el régimen pensional con un tiempo inferior a 10 años. En su defensa, propuso como excepciones de fondo “inexistencia de la obligación demandada” y “Prescripción”.

***Protección S.A.*** se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda, arguyendo que la actora al momento del traslado fue informada sobre todas las condiciones y características del régimen de ahorro individual en atención a las normas legales que rigen el tema. En su defensa, formuló como medios exceptivos “Validez de la afiliación al RAIS”, “Prescripción” y “Buena fe”.

1. ***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.******SENTENCIA DEL JUZGADO***

 El Juzgado de conocimiento mediante fallo del 18 de enero de 2018, negó las pretensiones de la demanda y declaró probada las excepciones de invalidez de la afiliación e Inexistencia de vicios en el consentimiento propuesto por Protección S.A., y la de Inexistencia de la obligación realizada por Colpensiones.

Para arribar a tal determinación, estimó con base en las pruebas arrimadas al plenario, Protección S.A. acreditó el cumplimiento al deber de información sobre las consecuencias propias del traslado de régimen, tanto así que, la motivación de la actora para su traslado fue el acumular capital y generar intereses; que la actora nunca fue beneficiaria del régimen de transición, pues que, para el 01 de abril de 1994, contaba con 31 años de edad y tampoco contaba con los 15 años de servicios cotizados; que para esa época no había proyección de las fechas y montos para adquirir la pensión dado que, no se conocía como se portaría el mercado durante los años venideros y sí las personas iban a continuar estando vinculadas a la fuerza laboral. Por lo tanto, las pretensiones no prosperaron y se absolvió a las entidades demandadas de las pretensiones formuladas en su contra.

1. ***RECURSO DE APELACIÓN***

La demandante se alzó contra la decisión en orden a que se revoque y se declaren prosperas las pretensiones propuestas.

Estima que lo solicitado en la demanda es declarar la nulidad de la afiliación al fondo privado y el juzgado lo que resolvió fue los requisitos del régimen de transición, lo cual en este proceso no fue se reclamó; así mismo, manifestó que los asesores la hicieron incurrir en error para que se vinculara al RAIS, con la amenaza de que el ISS se iba a acabar y si no trasladaba los aportes a un fondo privado, perdería ese dinero, así como si se trasladaba se podría pensionar en forma anticipada, pero no se explicaron o le proyectaron el tiempo y monto de cotización para adquirir el beneficio; de igual forma, el fondo de pensiones privado no pudo demostrar que se le dio una información completa y precisa, donde verse la explicación de la afiliación al rais, ni una proyección en su momento para explicar cuál era futuro pensional de la actora al cumplir la edad de retiro.

***Del problema jurídico.***

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

*¿Hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la actora el 01 de diciembre de 2001 del ISS a Protección S.A.?*

**V. CONSIDERACIONES:**

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

Para resolver la instancia, de entrada es menester analizar las normas que posibilitan la efectividad de lo pretendido por la parte actora, que no es otra cosa que su retorno al régimen de prima media, administrado actualmente por la administradora Colombia de pensiones – Colpensiones, régimen del cual había emigrado en el año 2001, para ingresar al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Sobre este tópico, la jurisprudencia patria había enfocado en un comienzo el asunto dentro del régimen de nulidades previsto en el código civil, esto es, en su título segundo del libro cuarto, referente a los actos y declaraciones de la voluntad, amén de su título XX, relativo a la nulidad y la recisión. Sin embargo, la posición jurisprudencial varió dicha perspectiva, tomando en cuenta las previsiones del artículo 13 lit. b) de la Ley 100 de 1993, que a la letra reza:

“*b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la presente ley*”.

A su turno, la disposición a la que se remite la norma anterior, reza:

“*ARTICULO. 271.-Sanciones para el empleador. El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. (…) La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador*.”

De tal suerte, que en los términos del artículo 897 del código de comercio, cuando la disposición expresa que un acto no produce efectos se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial, y bajo esta nueva perspectiva es que el deber a cargo de las administradoras de pensiones de informar a sus eventuales afiliados, acerca de las implicaciones del traslado entre regímenes pensionales, se enmarca dentro de las precisas disposiciones legales y las pautas que la jurisprudencia ha trazado, por lo que la transgresión a este especifico deber no se enlaza con las precisas conductas reguladas en el régimen de nulidades.

Lo acabado de referir toca, también, con la definición de a quién pesa la carga de demostrar tal deber de información, que como se verá corresponde en todos los casos a la administradora de pensiones.

En efecto, el órgano de cierre de la especialidad laboral ha sido enfático desde su pronunciamiento del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, en sostener que las administradoras de pensiones están obligadas, entre otras cosas:

“obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares”. (sublíneas fuera del texto)

Y concretamente en relación con el deber de información a sus posibles afiliados acerca del contenido e impacto de tal afiliación, decantó lo siguiente:

“*La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

*“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad*”.

 Además, expuso que:

*“En estas condiciones el engaño, no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada”*.

Agrega la ameritada providencia:

“*No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.*

De tal suerte, se equivocó la operadora judicial de primer grado al trasladarle tal carga probatoria a la demandante, en contraste, ese traslado de la prueba opera en contra de la Administradora de Pensiones, cual lo definió el órgano de cierre de la especialidad laboral, puesto que itera, ese deber “*se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares*”, toda vez que no cualquiera puede apuntar a ese fin, en la medida en que ésta debe ser relevante, o sea que abarque todos los perfiles y elementos indicativos de una buena elección, máxime si se tiene en cuentas las previsiones de los artículo 1603 y 1604 del C. Civil.

Es más, en providencia más reciente, SL17595, del 18 de octubre de 2017, recaba el órgano de cierre de la especialidad laboral, que tal deber informado debe abarcar una ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado. Rechaza por lo tanto, la simple expresión genérica alusiva a la obligación de informar, por cuanto, la administradora debe poner de manifiesto que documentó clara y suficientemente acerca de los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.

Idéntica perspectiva se ofrece en la sentencia SL12136 de 2014, radicación 46.292, la que en su parte pertinente reza: “…será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales”.

Deber de asesoría y de debida información que ha existido desde la creación de tales administradoras del Sistema General de Pensiones, acorde con los artículos 13 y 271 de la Ley 100/93, amén de los artículos 97 y 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y que se refuerza con la regla establecida en el artículo 1604 C.C.

Solo que, si el susodicho cambio implica la pérdida del régimen de transición, resulta más evidente la falencia en cuanto a la información brindada al afiliado. Y en cuanto a otros motivos que pudieran argüirse, en orden a reversar el cambio entre régimen pensionales, es oportuno destacar que si bien con antelación a este traslado, aún no habían entrado en vigencia las leyes: 795 de 2003, 1328 de 2009 y 1748 de 2014, y sus desarrollos legislativos a través de los decretos: 2241 y 2555 de 2010, amén del 2071 de 2015, suficiente resultaba el compendio normativo existente al momento de aquel.

Esto por cuanto, también, el deber de información no se agota exclusivamente al momento de la afiliación, sino que este permea *“todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional*”.

En el sub-lite, el fondo privado no aportó ningún elemento de prueba con el propósito de acreditar el cumplimiento del deber informado, debidamente, a la afiliada acerca de las consecuencias del traslado de régimen, pues únicamente se limitó a aportar pruebas documentales visibles – fls.67 a 95- que dan cuenta de la afiliación de la actora a esa entidad y de las cotizaciones que efectuó, sin que sea prueba suficiente, “*que su traslado al régimen de ahorro individual …se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.* Por tal motivo, esa es una expresión genérica vaciada de carga demostrativa en torno al cumplimiento del deber de información adecuada y suficiente a cargo de la entidad.

Respecto a lo informado por la demandante en el interrogatorio de parte que rindió, se tiene lo siguiente: que el asesor comercial le dijo que era más rentable el fondo privado en razón a que las ventajas que le ofrecía, especialmente era que le iban a constituir un capital con intereses; que los dineros de la cuenta de ahorro individual eran heredables, que iban a estar seguros, que podía hacer aportes voluntarios; adujo que confió en la información que le suministró en ese momento el asesor; por último, indica que recuerda que le informaron que podía pensionarse en forma anticipada, pero no le explicaron de cuanto sería el monto para conseguirlo y que de no hacer el traslado del ISS, perdería sus aportes.

Esa fragmentaria información, no posee la capacidad de enervar la obligación a cargo de la demandada, en la medida en que, por otro lado, no allegó documento que acreditara si cumplió con ese deber, individualizando los medios que utilizó para ello, puesto que se itera, no basta la simple expresión genérica, dado que la administradora debe poner de manifiesto que documentó clara y suficientemente, al afiliado, acerca de los efectos que acarreaba el cambio de régimen, so pena de que se pueda declarar ineficaz ese tránsito.

En cuanto a la cláusula de retracto que invocan las demandadas, vale decir que ninguna incidencia tiene en este asunto, dado que la ineficacia se produce de pleno derecho, aunado a que, de otra parte, el artículo 1750 del C.C. se ubica en el régimen de nulidades reglado por el ordenamiento jurídico ordinario, al paso que el fenómeno presentado en el sub-lite, se inscribe en la ineficacia como de manera uniforme y reiterada lo ha decantado el órgano de cierre de la especialidad laboral a propósito de lo disciplinado en el artículo 13 lit.b) y el precepto 271 de la Ley 100 de 1993.

Y no puede ser de otra manera, por cuanto, el precepto de marras riñe en esta materia, con el ordenamiento superior, en concreto, el artículo 48, que ampara a la seguridad social como un derecho irrenunciable, siendo uno de sus báculos el principio de progresividad (sentencia SL 5470, de 30 de abril de 2014, radicación 43892).

Por ende, se revocará la sentencia de primer grado, para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que la demandante efectuó el 01 de diciembre de 2001.

Costas en ambas instancias a cargo de las AFP demandadas y en favor de la actora.

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***

 **Revocar** la sentencia proferida el 18 de enero de 2018 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, para en su lugar:

 **1. Declara**r la ineficacia del traslado que Beatriz Liliana Cardona Betancurt efectuó al RAIS a través de la *AFP Porvenir S.A****.*** el 01 de diciembre de 2001, dadas las consideraciones precedentes.

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

**3. Ordenar** a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones que una vez la AFP Protección S.A. dé cumplimiento a lo aquí ordenado, proceda aceptar traslado de la señora Beatriz Liliana Cardona Betancurt, del régimen de ahorro individual, al de prima media con prestación definida.

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

**5. Costas** en ambas instancias a cargo de las AFP demandadas y a favor de la actora.

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

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

**Magistrado Ponente**

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

 **Magistrada Magistrada**

 Salva voto