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, 10 de octubre de 2018

Radicación No: 66001-31-05-004-2016-00288-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Nubia Ospina Patiño

Demandado: Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A.

Juzgado de origen: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira.

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

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

… no es objeto de discusión que el natalicio de la actora se dio el 26 de enero de 1954, 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 amparada por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Así mismo, que el 12 de diciembre de 1996, se trasladó al régimen de ahorro individual, a través de la afiliación a Colmena AIG hoy Protección.

En ese orden, le correspondía a la administradora de pensiones Protección S.A, a cuyo cargo estaba el deber de suministrar la información suficiente y completa a la afiliada, acerca de la implicaciones del cambio de régimen pensional, demostrar la prueba de la diligencia y cuidado, so pena de calificarse de ineficaz dicho tránsito, en los términos de los artículos: 13, literal b), 271 y 272 de la Ley 100/93, en armonía con el 1603, 1604 del C.C. y 897 del Código de Comercio, por cuanto como lo tiene decantado el órgano de cierre de la especialidad laboral, desde su pronunciamiento del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, las administradoras de pensiones están obligadas, entre otras cosas: “…a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares”. (Sublíneas fuera del texto)

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

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

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” (…)

Luego entonces, se concluye que la administradora del fondo privado incumplió la carga que le correspondía, de acreditar la existencia de una decisión informada a la actora, 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; por lo que la afiliación no puede considerarse válida y tampoco surte ningún efecto jurídico.

**SALVAMENTO DE VOTO: DOCTOR JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Bajo esas circunstancias, se evidencia entonces que la señora Nubia Ospina Patiño luego de diligenciar el formulario de afiliación Nº 270636 el 12 de diciembre de 1996, en donde manifestó bajo la gravedad de juramento haber escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad de manera libre, espontánea y sin presiones, remitió el 22 de diciembre de 1996 comunicación a la AFP Colmena S.A. hoy Protección S.A. –fl.172– en la que hace expresa su voluntad de afiliarse a ese régimen pensional “… con pleno conocimiento de la Ley 100, renunciando al artículo 36 referente a los beneficios de transición.”, es decir, a través de ese escrito reitera su férrea intención de afiliarse al RAIS siendo consciente que con ello perdería los beneficios propios del régimen transicional dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; lo que demuestra que el traslado efectuado por ella en el año 1996 se hizo bajo los términos establecidos en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; sin que en nada incida el hecho de que la accionante en el interrogatorio de parte, a pesar de haber aceptado que esa era su firma, haya afirmado que el contenido inmerso en él no fue manuscrito por ella por no ser su letra, pues como se vio precedentemente, la oportunidad procesal para discutir la autenticidad o el contenido de ese documento expiró cuando la a quo las decretó como pruebas en la audiencia del artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., sin que la parte hubiere hecho pronunciamiento alguno al respecto.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrado Ponente: **FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

***OBJETO.***

En Pereira, a los diez (10) días del mes de octubre de dos mil dieciocho (2018), siendo las (2:00 p.m.), reunidos en la Sala de Audiencia la magistrada y los magistrados de la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación interpuesto por el vocero judicial de la parte demandante contra la sentencia proferida el 24 d enero de 2018 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **Nubia Ospina Patiño** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, Protección S.A.** y **Porvenir S.A.**

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

1. **INTRODUCCIÓN**

Pretende la demandante que se declare: (i) la nulidad o ineficacia del traslado al RAIS (ii) que la afiliación efectuada al régimen de prima media con prestación definida se encuentra válida, vigente y sin solución de continuidad y (iii) que es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100/93.

En consecuencia, pide que se condene a Colpensiones a expedir un nuevo acto administrativo reconociéndole la pensión de vejez con fundamento en el Acuerdo 049/90, más lo que resulte probado en virtud de las facultades ultra y extra petita y, las costas del proceso a su favor.

 Como fundamento a esos pedimentos expone que nació el 26 de enero de 1954, por lo que a 1º de abril de 1994 tenía más de 35 años de edad y 15 años de servicios laborados y cotizados; que cotizó al régimen de prima media con prestación definida desde el 28 de junio de 1979 y se afilió al ISS el 10 de julio de 1980; que la AFP demandada no le suministró la información idónea que le permitiera tomar una decisión libre y consciente, pues no se le informó acerca de las consecuencias que le acarrearía el traslado de régimen, como era la pérdida del régimen de transición del cual era beneficiaria; que mediante sentencia de tutela proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito el 18 de agosto de 2009 se ordenó su traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida; el 10 de septiembre de 2010 pidió al extinto ISS el reconocimiento de la pensión de vejez, sin embargo, a través de la resolución Nº 02553 de 13 de junio de 2011 se le negó el derecho. Indica que en sentencia de 22 de mayo de 2013 emitida por la Sala Laboral del Distrito Judicial de Pereira se ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo los parámetros establecidos en la Ley 100 de 1993, motivo por el que Colpensiones a través de la resolución Nº GNR 93637 de 17 de marzo de 2014 dio cumplimiento a la orden judicial; que el 31 de mayo y el 1º de junio de 2016 solicitó a Porvenir S.A. y a Colpensiones respectivamente la nulidad del acto jurídico por medio del cual se hizo efectivo el traslado del RPM al RAIS, sin embargo, la AFP en comunicación de 27 de junio de 2016 respondió negativamente su petición, mientras que Colpensiones no dio respuesta a la misma. Refiere que al 25 de julio de 2005 acredita más de 750 semanas al sistema pensional, contando con un total de 1.216,14 semanas de aportes en toda su vida laboral.

En su oportuna contestación, Colpensiones, Protección S.A y Porvenir S.A se opusieron a las pretensiones de la demanda y formularon en su defensa distintos medios exceptivos de fondo, entre ellos “Compensación”, “Prescripción” y “Buena fe”.

La jueza del conocimiento, en sentencia del 24 de enero de 2018 negó las pretensiones de la demanda. En la motiva, concluyó básicamente que el traslado efectuado en el año 1996 del RMP al RAIS es eficaz, pues si bien es cierto que la demandante era beneficiaria del régimen de transición, también lo es que la AFP Protección S.A acreditó que al momento del traslado, la afiliada era conocedora de las implicaciones de la migración pensional, tal como se acredita con el documento que ella misma suscribió, en el que dejó constancia expresa de que era consciente de la pérdida de los beneficios del régimen de transición.

Inconforme con la anterior determinación, la demandante enfiló la alzada en busca de su revocatoria, en el sentido de que se acceda a la declaratoria de ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual de régimen y se ordene a Colpensiones emitir un nuevo acto administrativo reconociendo su calidad de beneficiaria al régimen de transición.

Nota: Por lo reglado en el inciso final del artículo 280 del Código General del Proceso, de aplicación por la integración normativa autorizada por el artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social, no es necesario que la Sala se extienda en mayores prolegómenos de este litigio, más cuando son ampliamente conocidos por las partes.

***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 12 de diciembre de 1996 del ISS a Colmena AIG hoy Protección S.A.? En caso positivo*

*¿Es la demandante beneficiaria del régimen de transición estatuido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993? En caso positivo*

*¿Debe la entidad demandada expedir un nuevo acto administrativo el fundamento legal con el que reconoció la pensión de vejez en favor de la actora?*

***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:**

* 1. ***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

De entrada es menester precisar que la demandante ha migrado dos (2) veces de sistema pensional, el primero, del Régimen de Prima media con prestación definida, al de ahorro individual con solidaridad, el 12 de diciembre de 1996, y el segundo a la inversa, gracias a la interposición de un fallo de tutela de 18 de agosto de 2009, en cuya parte motiva expresó que: “*siendo la peticionaria, Nubia Ospina Patiño, beneficiario (a) del régimen de transición por tener para el 1º de abril de 1994, más de 40 años de edad, ninguna razón existe para que no se le permita el traslado de régimen que depreca, siempre y cuando, claro está, demuestre que cumple con el requisito de permanencia consagrado en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003*”.

En tanto que en la parte resolutiva, mandó a que el Instituto de Seguros Sociales, verificara si era posible que la tutelante se trasladara del Régimen de Ahorro Individual con solidaridad al de Prima Media con Prestación Definida, analizando como única condición la de la permanencia, sin aludir a que se le respetara a la demandante el régimen de transición por la sola edad al 1 de abril de 1994, no se desprende de tal circunstancia que se haya declarado la ineficacia del primer traslado, como requisito *sine qua non* de la recuperación automáticamente del régimen de transición, más cuando el Fondo privado no hizo parte de la acción constitucional.

Cumplido lo anterior, y una vez la demandante se hallara, nuevamente, en el régimen de prima media administrado por el antiguo ISS, hoy Colpensiones, en 2010 solicitó el reconocimiento de su gracia pensional, la que le fuera negada, razón por la cual impetró su reconocimiento vía judicial, para lo cual: *(i)* adujo el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que como puente le tendía para que se le aplicara en sus puntuales aspectos la Ley 71 de 1988 (edad, densidad de aportes o tiempo de servicios y monto), *(ii)* sin éxito puesto que según el fallo de segunda instancia emitido por esta Corporación, el 22 de mayo de 2013, aquella había perdido el régimen de transición obtenido por edad, a raíz del inicial traslado al RAIS, en 1996, por cuanto pese a que a 1 de abril de 1994 frisaba en más de 35 años de edad, no había completado a esa calenda 15 años de servicios cotizados, tal cual lo había decantado la Corte Constitucional, a través de sus sentencias: C-789-02, C-1020-04 y SU-062 del 3 de febrero de 2010.

De tal suerte que el fallo de tutela y el ordinario, centraron su atención exclusivamente, a la migración que del Régimen Individual con solidaridad al de prima media con prestación definida, más no de la primera migración, lo que obviamente, descarta cualquier impedimento, en el nuevo juez, para conocer el asunto que hoy concita el interés de la Sala, y en el que se plantea por primera vez la ineficacia del traslado inicial y recuperación del régimen de transición.

El panorama precedente, se ve caracterizado, igualmente, con la renuncia expresa al régimen de transición, elevada en aquella primera ocasión por Nubia Ospina Patiño (fl.172); sin embargo, la decisión en torno a la ineficacia del traslado, traería consigo, la ineficacia de la renuncia de que se ha tratado, puesto que al quedar sin efectos, la primera, no se habría producido la segundo. Ahora, sería tan ineficaz, si se declara, tanto lo uno como lo otro, por cuanto en ambas, se faltaría al deber de información, y no se puede renunciar al régimen de transición, cuando no hay prueba de que la demandada desplegó la actividad de ilustrarla acerca de ese fenómeno, y su incidencia en los derechos de la trabajadora.

 En el sub-lite, no es objeto de discusión que el natalicio de la actora se dio el 26 de enero de 1954, 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 amparada por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Así mismo, que el 12 de diciembre de 1996, se trasladó al régimen de ahorro individual, a través de la afiliación a Colmena AIG hoy Protección.

En ese orden, le correspondía a la administradora de pensiones Protección S.A, a cuyo cargo estaba el deber de suministrar la información suficiente y completa a la afiliada, acerca de la implicaciones del cambio de régimen pensional, demostrar la prueba de la diligencia y cuidado, so pena de calificarse de ineficaz dicho tránsito, en los términos de los artículos: 13, literal b), 271 y 272 de la Ley 100/93, en armonía con el 1603, 1604 del C.C. y 897 del Código de Comercio, por cuanto como lo tiene decantado el órgano de cierre de la especialidad laboral, desde su pronunciamiento del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, 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”.*

Con tal propósito, en el sub-examine, se allegó el formulario el afiliación a la AFP Colmena AIG S.A. hoy Protección S.A., calendado el 12 de diciembre de 1996, en el que se indica que bajo la gravedad de juramento la afiliación al RAIS se hace en forma libre, espontánea y sin presiones. Milita además, la copia del documento manuscrito por la demandante el 22 de diciembre de 1996, en el que deja constancia expresa de su voluntad de afiliación al fondo privado, agregando que lo hace “*con pleno conocimiento de la Ley 100, renunciando al artículo 36 referente a los beneficios de transición*”, fl.172.

Tales documentos, a juicio de la mayoría de los integrantes de esta Sala, no son prueba de que la actora estaba debida y suficientemente informada de las consecuencias de su decisión de trasladarse, pues por el contrario, se muestran como una simple expresión genérica vaciada de carga demostrativa, en tanto que el contenido de esas probanzas no detalla ni relaciona la información concreta que recibió la afiliada, los datos y explicaciones que se le dieron para el respectivo traslado, ni en torno al régimen de transición, así como tampoco los riesgos y beneficios, e incidencia en la pensión de vejez.

Distan esas probanzas de demostrar que a la actora se le proporcionó una adecuada orientación de lo que le resultaba más benéfico o conveniente a su situación pensional, ilustrándola en forma suficiente dando a conocer las diferentes alternativas y documentándola sobre los efectos que acarreaba el cambio de régimen, todo lo anterior en ejercicio del deber de información y, de buen consejo que le asiste a las entidades administradoras, en los que la elección del régimen pensional compromete aspectos tan trascendentales como el régimen de transición, el cual valga decir, se torna como un beneficio de protección para quienes a la entrada de la nueva norma tenían una expectativa legítima de adquirir el derecho pensional con fundamento en el régimen anterior al que se encontraba afiliado, manteniendo las condiciones bajo las que aspiraban concretar su derecho pensional.

De suerte que, no puede extractarse e inferirse de lo manifestado en tales documentos el cumplimiento al deber de información del fondo privado, pues se itera, lo allí sostenido por la demandante no pasa de ser una mera afirmación indefinida que no puede constituir un soporte probatorio para asentar que aquella conocía ampliamente los efectos del traslado de régimen pensional, en los términos previstos por el legislador y la jurisprudencia del órgano de cierre de esta especialidad laboral, de conformidad con el cuerpo normativo reseñado precedentemente.

Por consiguiente, los documentos aportados no son prueba suficiente de, “*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”.*

Luego entonces, se concluye que la administradora del fondo privado incumplió la carga que le correspondía, de acreditar la existencia de una decisión informada a la actora, 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; por lo que la afiliación no puede considerarse válida y tampoco surte ningún efecto jurídico.

Por ende, se revocará la decisión de primer grado para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado que efectuó la actora del régimen de prima media al régimen de ahorro individual el día 12 de diciembre de 1996, con la consecuencia ineludible de la recuperación del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100/93, como quiera que la demandante al 1º de abril de 1994 contaba con 40 años de edad, sin que en este asunto sea necesario verificar el cumplimiento del requisito contenido en el Acto Legislativo 01 de 2005, habida cuenta que la actora consolidó su derecho pensional con antelación al 31 de julio de 2010.

En ese orden, estando la demandante en el contingente de personas cobijadas por la transición, se tiene que su situación pensional debió ser analizada conforme al régimen anterior al cual se encontraba afiliada antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, que para el caso de autos, es el Acuerdo 049/90, tal como se peticiona en la demanda.

Tal disposición normativa exige en su artículo 12 tener: (i) 55 años de edad en caso de mujeres, y 500 semanas de cotización en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima ó 1.000 sufragadas en cualquier tiempo, requisitos éstos que satisfizo a cabalidad la demandante, puesto que arribó a la edad mínima el 26 de enero de 2009 y acredita un tiempo total cotizado al RPM de 1.216,14 semanas entre el 28 de junio de 1979 y el 30 de septiembre de 2009, según se colige de la historia laboral expedida por Colpensiones, visible a folio 22.

Por ende, se ordenará a Colpensiones que en el término de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de la sentencia, proceda a expedir un nuevo acto administrativo que se avenga a la aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y al Acuerdo 049/90, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año.

En lo tocante a las excepciones propuestas por las accionadas, por lo dicho no saldrán avantes, y en lo que respecta a la prescripción, se declara parcialmente probada, en cuanto a aquellos derechos susceptibles de tal fenómeno, que a raíz de este pronunciamiento, se hayan causado con anterioridad al 1 de junio de 2013, habida cuenta que la última reclamación fue presentada ese mismo día y mes del año 2016, siendo instaurada tempestivamente la demanda el 21 de julio de ese año.

Las costas en ambas instancias estarán a cargo de Protección S.A 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 24 de enero de 2018 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, para en su lugar:

 **1. Declarar** la ineficacia del traslado que Nubia Ospina Patiño efectuó al RAIS a través de la AFP Colmena AIG S.A., hoy Protección S.A el 12 de diciembre de 1996, dadas las consideraciones precedentes. En consecuencia:

 **2**. **Declarar** que Nubia Ospina Patiño es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100/93, y por ende tiene derecho a la aplicación del régimen anterior al cual estaba afiliada, concretamente, el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

**3. Ordenar** a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones que en el término improrrogable de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta sentencia, expida un nuevo acto administrativo en el que, por un lado, reconozca la calidad de beneficiaria del régimen de transición que ostenta la señora Ospina Patiño, y por otro, aplique como fundamento legal para el reconocimiento de la pensión de vejez en favor de aquella, el Acuerdo 049/90, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

 **4.** **Declara** probada parcialmente la excepción de prescripción en cuanto a aquellos derechos susceptibles de tal fenómeno, que a raíz de este pronunciamiento, se hayan causado con anterioridad al 1 de junio de 2013. No declara probados los demás medios exceptivos.

Costas en ambas instancias a cargo de Protección S.A. y en favor de la demandante.

*NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.*

La anterior decisión queda notificada en estrados.

FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES

Magistrado Ponente

ANA LUCIA CAICEDO CALDERÓN JULIO CESAR SALAZAR MUÑOZ

 Magistrada Magistrado

 Salva voto

Radicación Nro. : 66001-31-05-004-2016-00288-01

Proceso: Ordinario

Demandante: Nubia Ospina Patiño

Demandado: Colpensiones y otros

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

**Octubre 10 de 2018**

**SALVAMENTO DE VOTO**

Tal como lo propuse en la ponencia que presenté inicialmente, considero que la sentencia del juzgado de conocimiento proferida el 24 de enero de 2018 que negó las pretensiones de la demanda, debió ser confirmada.

Los argumentos que sustentan mi alejamiento de lo decidido por la mayoría en esta segunda instancia se basan en los siguientes supuestos jurídicos y análisis del caso concreto:

**1. INEFICACIA DE LA AFILIACION AL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.**

La Sala de Casación Laboral mediante sentencia SL12136 de 3 de septiembre de 2014 radicación Nº 46.292 con ponencia de la Magistrada Elsy del Pilar Cuello Calderón, determinó con base en lo previsto en los artículos 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, que cuando se presenten controversias frente a los traslados entre el régimen de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad, lo que debe analizarse es si el acto jurídico que lo generó resulta o no eficaz.

En efecto, establece el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que la selección de uno cualquiera de los regímenes pensionales previstos en ese cuerpo normativo debe ser libre y voluntaria por parte del afiliado, pues de desconocerse ese derecho en cualquier forma, se aplicará lo dispuesto en el artículo 271 ibídem, que prevé que de atentarse 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 a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud, que no podrá ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario, y en todo caso dicha afiliación quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador, es decir, que esa afiliación deviene ineficaz.

Frente al tema, expresó el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral en la sentencia en cita, que cuando se trate de afiliados beneficiarios del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, resulta perentorio establecer si la respectiva administradora produjo el traslado en términos de eficacia, informándole las consecuencias que le traería el traslado, que no es otra diferente que la de la pérdida del régimen transicional; lo cual explica en los siguientes términos:

*“El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias.*

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1° de abril de 1994, sino que 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.”.*

Nótese que en tales circunstancias, esto es, cuando está en juego por el traslado la posible pérdida de la transición –por los beneficios que esta conlleva-, la carga de la prueba de haber ofrecido al usuario la información necesaria para tomar una decisión libre y voluntaria, radica en cabeza de la administradora.

**2. TACHA DE FALSEDAD DE DOCUMENTO.**

Establece el artículo 269 del C.G.P. que la parte a quien se atribuya un documento, afirmándose que está suscrito o manuscrito por ella, podrá tacharlo de falso en la contestación de la demanda, si se anexó a ésta, y en los demás casos, en el curso de la audiencia en que se ordene tenerlo como prueba.

La parte que tache un documento, deberá expresar en que consiste la falsedad y pedir pruebas para demostrarlo, pues de lo contrario no se le podrá dar el trámite previsto en el artículo 270 del C.G.P.

**EL CASO CONCRETO**

De acuerdo con la copia de la cédula de ciudadanía visible a folio 16 del expediente, la señora Nubia Ospina Patiño nació el 26 de enero de 1954, por lo que a 1º de abril de 1994, fecha en que entró en vigencia el sistema general de pensiones, tenía cumplidos 40 años de edad, lo que la hacía beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Como se ve en formulario Nº 270636 –fl.170 - la actora se vinculó a la AFP Colmena S.A. hoy Protección S.A. el 12 de diciembre de 1996 afiliándose de esta manera al régimen de ahorro individual con solidaridad, e indicando que suscribía ese documento de manera libre, espontánea y sin presiones.

Ahora, como se dijo previamente, para que operara el traslado en los términos establecidos en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, le correspondía a la AFP demandada demostrar que la señora Ospina Patiño tomó una decisión informada, siendo consciente de las consecuencias que generaría la afiliación al RAIS, que no es otra en este caso que la pérdida de los beneficios propios del régimen transicional.

Con ese fin, la AFP Protección S.A. al contestar la demanda –fls.159 a 169- solicitó que fueran tenidos como pruebas dentro del proceso, entre otros documentos que adjuntó, el referenciado formulario de afiliación Nº 270636 –fl.170- y copia manuscrita de comunicación emitida por la demandante el 22 de diciembre de 1996 –fl.172-.

En la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., la falladora de primera instancia, llegada la etapa correspondiente al decreto de las pruebas, ordenó tener como tales las documentales aportadas con la demanda y la contestación, dentro de las que se encuentran los relacionados anteriormente, siendo ese el momento procesal en el que la parte actora debía manifestarse frente a dicha prueba, tachándola de falsa si fuere el caso, con el objeto de que se le diera el trámite dispuesto en el artículo 270 del C.G.P., sin embargo, no hizo ningún pronunciamiento, motivo por el que se le deberá dar el valor probatorio correspondiente.

Bajo esas circunstancias, se evidencia entonces que la señora Nubia Ospina Patiño luego de diligenciar el formulario de afiliación Nº 270636 el 12 de diciembre de 1996, en donde manifestó bajo la gravedad de juramento haber escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad de manera libre, espontánea y sin presiones, remitió el 22 de diciembre de 1996 comunicación a la AFP Colmena S.A. hoy Protección S.A. –fl.172- en la que hace expresa su voluntad de afiliarse a ese régimen pensional *“… con pleno conocimiento de la Ley 100, renunciando al artículo 36 referente a los beneficios de transición.”*, es decir, a través de ese escrito reitera su férrea intención de afiliarse al RAIS siendo consciente que con ello perdería los beneficios propios del régimen transicional dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; lo que demuestra que el traslado efectuado por ella en el año 1996 se hizo bajo los términos establecidos en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; sin que en nada incida el hecho de que la accionante en el interrogatorio de parte, a pesar de haber aceptado que esa era su firma, haya afirmado que el contenido inmerso en él no fue manuscrito por ella por no ser su letra, pues como se vio precedentemente, la oportunidad procesal para discutir la autenticidad o el contenido de ese documento expiró cuando la *a quo* las decretó como pruebas en la audiencia del artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., sin que la parte hubiere hecho pronunciamiento alguno al respecto.

En el anterior orden de ideas, adecuada resultaba la decisión adoptada por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito al determinar que el traslado era eficaz y en consecuencia dicha decisión debió confirmarse en esta sede.

Dejo así salvado mi voto,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

**Magistrado**