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, 25 de octubre de 2018

Radicación No: 66001-31-05-003-2017-00251-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Adriana García Torres

Demandado: Colpensiones y Protección S.A.

Juzgado de origen: Tercero 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.

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…

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” (…)

De suerte que, tal como lo concluyó la a-quo, 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; consideración ésta que no fue tenida en cuenta por el fondo privado, en orden a ponderar con la afiliada 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.

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

Con el debido respeto aclaro mi voto, en tanto, mi postura al respecto ha diferido de la adoptada por esta Sala en lo que respecta a la carga probatoria; que en este caso estimo le corresponde a Protección S.A., concretamente demostrar que le dio a la actora información completa, que incluyera las ventajas y desventajas que se le generaban con el cambio de régimen en cuanto a la normativa aplicable y las exigencias de cada una de ellas, al ser esta beneficiaria del régimen de transición y la imposibilidad de recuperarlo de retornar al RPM al adquirirlo por la edad; pues la omisión sobre tales aspectos configura el incumplimiento de su obligación de adecuado y completo asesoramiento…

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrado Ponente: **FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

***OBJETO.***

En Pereira, a los veinticinco (25) días del mes de octubre de dos mil dieciocho (2018), siendo las dos y cuarenta y cinco de la tarde (02:45 p.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 el vocero judicial de la demandada y el grado jurisdiccional de consulta frente a la sentencia proferida el 13 de febrero de 2018 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **Adriana García Torres** contra **Colpensiones** y **Protección S.A.**

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

1. **INTRODUCCIÓN**

Pretende la actora que se declare la nulidad de su afiliación al RAIS, y en consecuencia, se ordene a las entidades demandadas autorizar el traslado al régimen de prima media con prestación definida. Así mismo, a Protección S.A. a trasladar la totalidad de aportes realizado en la cuenta de ahorro individual con destino a Colpensiones, y a ambas, al pago de las costas procesales a su favor.

Como fundamento a esos pedimentos expone que nació el 13 de noviembre de 1956; que realizó cotizaciones al ISS y Cajanal entre el 5 de abril de 1980 y el 10 de mayo de 1999; que fue visitada por un asesor del Fondo de Pensiones Protección, quien la invitó y asesoró para trasladarse al RAIS, indicándole que tendría una pensión anticipada y superior de vejez a la que obtendría en el RPM, además del derecho a excedentes de libre disposición, motivo por el que el 19 de agosto de 1999 suscribió el formulario y se trasladó. Indica que durante el tiempo que permaneció afiliada, nunca recibió ningún tipo de asesoría por parte del fondo; que esa entidad mediante oficio del 27 de abril de 2017, le comunicó que la posible pensión de vejez que recibiría en el RAIS, una vez cumpliera 60 años de edad, sería de $1`500.666, mientras que en el RPM alcanzaría la suma de $ 2`694.432, con un IBL de $4`004.462, de modo que, la primera no alcanzaría ni el 55.69 % de la mesada que recibiría en este último.

Refiere que solicitó a ambas entidades demandadas el traslado de régimen pensional, empero le fue negado por improcedente; que interpuso los recursos de ley contra la decisión de Colpensiones, pero ha no han sido resueltos, y por último, que tiene un total de 1.471,86 semanas de aportes sufragadas al sistema.

**Colpensiones**, a través de su vocero judicial se opuso únicamente a la condena en costas procesales, en tanto que, respecto a las demás pretensiones indicó que se atiene a lo probado en el proceso y ordene el despacho en la sentencia. Propuso como excepciones “Inexistencia de la obligación demandada” y Prescripción”.

**Protección S.A.,** por su parte a través de mandatario judicial se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda, arguyendo que el traslado de la actora al régimen de ahorro individual se efectuó con el lleno de los requisitos legales, y por ende, es completamente válido. En su defensa, formuló como medios exceptivos de fondo los que denominó: “Prescripción” “Buena Fe”, “Compensación”, “Exoneración de condena en costas”, “Ausencia de sujeto susceptible de beneficio del régimen de transición”, “Inexistencia de la obligación”, “Falta de causa para pedir”, “Falta de legitimación en la causa y/o ausencia de personería sustantiva por pasiva”, “Inexistencia de fuente de la obligación”, “Inexistencia de causa por inexistencia de la oportunidad” y “Afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado”.

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

El Juzgado de conocimiento mediante sentencia dictada el 13 de febrero de 2018, declaró ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó la actora el 1º de octubre de 1999 al RAIS; le ordenó a Protección SA poner a disposición de Colpensiones los saldos, rendimientos e intereses consignados en la cuenta de ahorro individual de la actora, y a Colpensiones, autorizar el traslado al RPM sin dilaciones, actualizando la historia laboral con la inclusión de los ciclos certificados por el fondo privado. Declaró que la actora es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100/93, sin afectación del Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que tiene la posibilidad de obtener el reconocimiento de la prestación económica bajo las normas que venían regulando para el 1º de abril de 1994.

Para arribar a tal conclusión, sostuvo básicamente con base en el material probatorio recopilado en la actuación, que el fondo privado accionado no demostró el cumplimiento al deber de información sobre las consecuencias propias del traslado de régimen pensional a la actora de Cajanal al RAIS, lo que implicó la pérdida del régimen de transición del cual era beneficiaria, por contar a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100/93 con más de 35 años de edad. De otra parte, determinó que la actora continuó beneficiándose del régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014, puesto que a la entrada en vigencia del Acto legislativo 01/2005, contaba con más de 750 semanas.

1. ***RECURSO DE APELACIÓN***

Contra la decisión anterior, se alzó la vocera judicial del fondo privado en orden a que se revoque la decisión y se declaren probadas las excepciones propuestas. En la sustentación, sostuvo que no le cabe responsabilidad alguna a la entidad, toda vez que la afiliación de la actora al RAIS se hizo en forma lícita y ajustada a derecho, pues de ello da cuenta el formulario de afiliación que suscribió en forma libre, voluntaria y consciente. Advierte que la demandante nunca hizo uso del derecho de retracto, circunstancia que demuestra que no existía inconformidad alguna; que se encuentra a menos de 10 años de adquirir los requisitos de pensión y, que no tiene 15 años de servicios al 1º de abril de 1994, por lo que considera no es procedente la recuperación de los beneficios del régimen de transición.

Se dispuso igualmente el grado jurisdiccional de consulta de la decisión, por haber sido adversa a los intereses de Colpensiones, entidad frente a la cual la Nación es garante.

***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 1º de octubre de 1999 de Cajanal a Protección S.A.?*

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

***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***

Para resolver la instancia, a propósito del recurso interpuesto y el grado jurisdiccional de consulta que opera en favor de Colpensiones, 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 1999, 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, que no hay lugar a trasladarle tal carga probatoria al afiliado (a), pues en contraste, ese traslado de la prueba opera en contra de la Administradora de Pensiones, tal 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, según el cual *“prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”.*

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 (a). 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:

“*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.*

…*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.

Más aun cuando el susodicho cambio implica la pérdida del régimen de transición, pues 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, no es objeto de discusión que la demandante nació el 13 de noviembre de 1956 –ver fl.479–, por lo que a la entrada en vigencia del nuevo sistema general de pensiones contaba con más de 35 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 20 de agosto de 1999 suscribió formulario de afiliación a la AFP Protección S.A., con efectos a partir del 1º de octubre de esa anualidad, trasladándose de esta manera al régimen de ahorro individual, con la ineludible consecuencia de la pérdida de los beneficios del régimen de transición.

En ese orden, le correspondía a la administradora del fondo de pensiones, a cuyo cargo estaba el deber de suministrar la información suficiente y completa a la afiliada acerca del implicaciones 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 271 de la Ley 100/93, 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 de la actora a esa entidad y de las cotizaciones que efectuó, según se constata con los documentos obrantes a folios 151 a 190, sin que ello 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”.*

Respecto a lo manifestado por la demandante en su interrogatorio de parte y lo dicho por los declarantes escuchados en el curso del proceso, Edgar Contreras, Clara Esperanza Serrano Espinel y María Esperanza Rojas, en torno a que la información brindada por los asesores de los distintos fondos privados que visitaban el Instituto estaba encaminada puntualmente a: la posibilidad de obtener la pensión en forma anticipada, obtener mayores rendimientos y por ende una mesada superior y, que los dineros ahorrados en la cuenta hacían parte de la masa herencial, vale precisar que esa fragmentaria información, no posee la capacidad de enervar la obligación a cargo de la demandada, en la medida en que, no allegó documento que acreditara que cumplió con el deber de informar en forma completa a la afiliada, individualizando los medios que utilizó para ello y haciéndole conocer los pro y los contra de la migración, 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 (a), acerca de los efectos que acarreaba el cambio de régimen, máxime en estos casos en los que el afiliado gozaba de los beneficios del régimen de transición.

De suerte que, tal como lo concluyó la a-quo, 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; consideración ésta que no fue tenida en cuenta por el fondo privado, en orden a ponderar con la afiliada 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.

Cabe agregar además, que de lo que se trata en este tipo de asuntos es de verificar si existió una manifestación libre y voluntaria, precedida de una oportuna, veraz, suficiente y completa información y asesoría sobre los efectos del traslado de régimen pensional, en los términos establecidos por la ley y la jurisprudencia, so pena que de que se declare la ineficacia de ese tránsito, cuyo efecto trae como consecuencia que el acto jurídico del traslado no produzca ningún efecto jurídico y propenda por el retorno al estado original de las cosas.

Por ende, lógicamente que si una persona antes del traslado de régimen pensional era beneficiario del régimen de transición, la consecuencia de la ineficacia del traslado, no es otro que el regreso automático y sin solución de continuidad al régimen de prima media con prestación definida, y la recuperación de la protección perdida –el régimen de transición–, con la observancia de la modificación introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005.

En ese orden de ideas, como quiera que Cajanal, mientras subsistió, administraba el régimen de prima media con prestación definida –o de reparto simple– para los servidores públicos, y dado su desaparecimiento, es obvio, que el retorno al sistema de prima media con prestación definida, se haga a Colpensiones, puesto que, actualmente, es quien administra dicho régimen, tanto para afiliados públicos o privados, dado el principio universal del actual sistema general de pensiones.

Aunado a ello, se tiene que el Decreto 2196 del 12 de junio de 2009, por el cual se ordenó la supresión y liquidación de Cajanal EICE, dispuso en su artículo 4º el traslado de sus afiliados al Instituto de Seguros Sociales – ISS, dentro del mes siguiente a la vigencia del decreto en mención, en consecuencia, el traslado se hizo efectivo en el mes de julio de 2009.

Por consiguiente, acertada resulta la decisión de la a-quo de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la actora en el año 1999, con la consecuencia ineludible de la afiliación vigente al régimen de prima media con prestación definida, administrado actualmente por Colpensiones; así mismo, al determinar que el fondo privado accionado debe autorizar el retorno de la afiliada al régimen de prima media con prestación definida y adelantar las gestiones pertinentes para trasladar con destino a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, con sus respectivos rendimientos, saldos, frutos e intereses.

Se observa necesario adicionar la providencia, en orden a otorgarle el término de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta sentencia, al fondo privado para adelantar las gestiones enunciadas anteriormente.

En cuanto a la cláusula de retracto que invoca la demandada, 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 último, en aras de desatar el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se dirá que la demandante continúo siendo beneficiaria del régimen de transición más allá del 31 de julio de 2010 y hasta el 31 de diciembre de 2014, habida cuenta que al tenor de lo previsto en parágrafo transitorio 4º del Acto Legislativo 01 de 2005, sufragó más de 750 semanas de aportes al 29 de julio de 2005, concretamente, 984,29 semanas.

Por ende, se confirmará la decisión de primer grado, con la adición anotada.

Costas en esta instancia a cargo de la AFP recurrente 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**

**1. Confirmar** la sentencia proferida el 13 de febrero de 2018 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia, **Adicionándola** en orden a otorgarle a la AFP Protección S.A. el término de un (1) mes para realizar todas las gestiones pertinentes para el traslado de la demandante, incluido el traslado de los aportes efectuados en la cuenta de ahorro individual, con sus respectivos rendimientos.

**2. Confirma** todo lo demás.

**3**. Costas en esta instancia a cargo de la AFP Protección S.A. 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

Aclaración de voto

Providencia: Sentencia del 25-10-2018

Radicación No.: 66001-31-05-003-2017-00251-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: Adriana García Torres

Demandado: Colpensiones y Protección SA

Magistrado ponente: Dr. Francisco Javier Tamayo Tabares

Tema: Ineficacia del traslado – carga probatoria

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Con el debido respeto aclaro mi voto, en tanto, mi postura al respecto ha diferido de la adoptada por esta Sala en lo que respecta a la carga probatoria; que en este caso estimo le corresponde a Protección S.A., concretamente demostrar que le dio a la actora información completa, que incluyera las ventajas y desventajas que se le generaban con el cambio de régimen en cuanto a la normativa aplicable y las exigencias de cada una de ellas, al ser esta beneficiaria del régimen de transición y la imposibilidad de recuperarlo de retornar al RPM al adquirirlo por la edad; pues la omisión sobre tales aspectos configura el incumplimiento de su obligación de adecuado y completo asesoramiento. En otras condiciones el deber probatorio estaría en la parte actora de acreditar la indebida asesoría o el engaño.

Esta omisión, que se infiere existió, al no demostrar lo contrario Protección, implica que el cambio de régimen no estuvo precedido de un consentimiento informado; por lo que se torna ineficaz el traslado al tenor del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en sus literales b) y e), en concordancia con el artículo 271 ib.

En estos términos dejo sentada mi aclaración de voto.

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada