El siguiente es el documento presentado por la Magistrada Ponente que sirvió de base para proferir el salvamento dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia

**Radicación No**:66001-31-05-005-2015-00635-01

**Proceso**:Ordinario Laboral.

**Demandante**: Luis Enrique Tabares Sánchez

**Demandado:** Colpensiones

Colfondos S.A

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

**Tema: INEFICACIA DEL TRASLADO AL RAIS / RÉGIMEN DE TRANSICIÓN / DIFERENTE A NULIDAD / RÉGIMEN DE TRANSICIÓN / PENSIÓN ACUERDO 049 DE 1990 / RELIQUIDACIÓN Y REAJUSTE -** Sin embargo, tal como se desprende de jurisprudencia citada, en casos como el presente, en que el traslado implica para el afiliado la pérdida de régimen de transición, le corresponde a la AFP COLFONDOS S.A. demostrar que el demandante tomó una decisión autónoma y consciente al haber sido informado realmente de las consecuencias que le acarrearía el cambio de régimen, empero, al revisar el material probatorio allegado al proceso, más allá de las afirmaciones efectuadas en su contestación, no se encuentra prueba alguna que demuestre que esa sociedad documentó clara y suficientemente al actor sobre los efectos que le traería trasladarse del RPM al RAIS; tanto así, que el apoderado judicial de la AFP Colfondos S.A, en el recurso interpuesto así lo expreso, y el hecho de que el actor haya suscrito la casilla de “voluntad de afiliación” no tiene mayor relevancia, porque allí no aparece alguna referencia de que se le haya puesto en conocimiento los efectos positivos o negativos que por ser beneficiario del régimen de transición se le generaban por trasladarse de régimen; dicho de otro manera, se trata de una expresión sin contenido. Situación que se reafirma, con la información contenida en el documento de afiliación, donde se dejó constando que el actor tenía cotizadas 900 semanas, cuando realmente contaba con 654.77 hasta el 30-04-1997, según se deprende de la historia laboral obrante a folio 184 y ss; de lo que se infiere el desconocimiento de su situación particular, específicamente, en lo atinente al régimen de transición, por ende, ello conduce a deducir que se omitió información a este respecto.

De tal manera, que poco importa el desconocimiento que tenga el testigo de la situación del actor, al solo declarar sobre hechos propios, al recaer la carga probatoria en este caso en la AFP Colfondos S.A.; esta referencia, atendiendo el punto de inconformidad de la parte apelante en el valor probatorio que se le diera el único testigo en este proceso.

Ahora, frente a otro de los argumentos expuesto por la AFP demandada, consistente en estar saneado la nulidad del traslado; debe acotarse que no es de recibo, ya que como se analizó en la sentencia proferida por esta Colegiatura, el no cumplimiento de los requisitos para el traslado del régimen acarrea la ineficacia del acto -y no una nulidad del mismo- y una sanción pecuniaria, de conformidad con lo previsto en la Ley 100 de 1993, específicamente en su artículo 271; además de que la sanción que declaró la Jueza de instancia fue la ineficacia y no la nulidad.

(…)

Efectuado el respectivo cálculo por esta Corporación, se halló un total de 1173.11 semanas; sin embargo, ya sea el obtenido por la a quo o en esta instancia, se llegaría a la misma conclusión, inclusive si solamente se tuviesen en cuenta las contabilizadas en la resolución de reconocimiento, dado que la tasa de reemplazo aplicable a razón de 1152, 1.171.06 o 1.173.11 semanas es del 84%, pues el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, tiene establecida dicha tasa de reemplazo, en un rango de 1150 a 1200 semanas.

En ese orden de ideas, es dable concluir que las semanas efectivamente cotizadas y que deben tenerse en cuenta para establecer la tasa de reemplazo, son las reflejadas en la historia laboral incluyéndose los periodos hallados por la Jueza de primera instancia, esto es, 1171.06 semanas; por lo que se itera, la tasa de reemplazo que le corresponde es del 84%.

Dilucidado lo anterior, y para adentrarnos en el tema de estudio del IBL, habrá que acudirse al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, que resulta aplicable para aquellas personas que les faltaba 10 o más años para causar su derecho, que es el caso del señor Luis Enrique Tabares Sánchez, dado que la entrada en vigencia de dicho canon, 01 de abril de 1994, le faltaban aproximadamente 16 años para arribar a la edad requerida para acceder a la pensión de vejez.

Esa norma establece que el monto de la pensión, es el promedio de las sumas sobre que el afiliado haya efectuado sus cotizaciones en los 10 años que anteceden a la causación de la prestación, esto es, 3600 días cotizados o el de toda la vida si llegare a tener 1250 o más semanas. Bien, como quiera que el demandante cotizó en toda su vida laboral 1.171.06 semanas, es procedente efectuar el cálculo, con los salarios devengados en los últimos 10 años laborados.

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**AUDIENCIA PÚBLICA**

En Pereira, a los veinticuatro (24) días del mes de abril de dos mil dieciocho (2018), siendo las ocho minutos de la mañana (08:00 am), la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver el recurso de apelación interpuesto por la codemandada Colfondos S.A y surtir el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia proferida el 09 de febrero de 2017 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve el señor **Luis Enrique Tabares Sánchez** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES y el Fondo de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A,** radicado al N° 66001-31-05-002-2015-00635-01**.**

**Registro de asistencia:**

Demandante y su apoderado: Demandadas y sus apoderados:

**Traslado a las partes**

En este estado se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos, de conformidad con lo establecido por el artículo 13 de la Ley 1149/07.

**ANTECEDENTES:**

1. **Síntesis de la demanda y su contestación**

El señor Luis Enrique Tabares Sánchez solicita como pretensiones principal y subsidiarias, se declare la multiafiliación, o la ineficacia a la afiliación del RPM al RAIS, o su nulidad; en consecuencia, que se reconozca que es beneficiario del régimen de transición; que se le otorgue la prestación con sujeción al Decreto 758 de 1990, a partir del 04 de julio de 2009, aplicándose el 84% como tasa de reemplazo, un IBL con el promedio de los últimos 10 años; intereses de mora o indexación; igualmente, se ordene a Colpensiones o a Colfondos al pago de la indemnización de perjuicios materiales como lucro cesante, y/o a cancelarle el dinero consignado a favor de la entidad, como requisitos exigido por el ISS para recuperar el régimen de transición, debidamente indexado.

Fundamenta sus aspiraciones en que: (i) nació el 04/07/1949, por lo que al 01-04-1994, tenía más de 40 años; (ii) se afilió al ISS hoy Colpensiones el 30-01-1978; iii) el 11-04-1997 suscribió formulario de afiliación de Colfondos Pensiones S.A, trasladándose del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual; sin embargo, y pese a que al 01-06-1997 se hizo efectivo el cambio, continuó aportando al ISS hoy Colpensiones, bajo el patronal Tobón Rivera y Compañía Ltda., posteriormente, se denominó Procurtidos, durante los periodos de 04-1999 hasta 8-03-2004; iv) el traslado de régimen se efectuó siguiendo las directrices impartidas por la empresa, quien le indicó que debía llenar el formulario, pero no recibió información por parte de la AFP Colfondos S.A. en cuanto a la edad mínima, ni el saldo que debía acreditarse para optar por una pensión anticipada, así como tampoco, se le explicó las ventajas y desventajas del cambio, como la pérdida de régimen de transición.

v) El 27-01-2004 Colfondos S.A le informó que debía retornar al ISS hoy Colpensiones, trasladándose los dineros que tenía en su cuenta de ahorro individual el 19-04 -2004 a Colpensiones; vi) el 23-09-2009 solicitó al ISS el reconocimiento de la pensión, negada mediante resolución No. 103109 del 29-06-2010, al no cumplir el requisito de semanas cotizadas, dado que solamente contaba con 913 desde su ingreso el 30-05-2009, por lo que el 04-08-2010 interpuso los recursos correspondientes, que se resolvieron favorablemente mediante resolución No. 00140, concediéndole la prestación bajo los postulados del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, a partir del 04-07-2009, en cuantía de $692.288, dado que calculó un IBL de $1.074.647, con base en las cotizaciones de toda su vida laboral, al que se le aplicó una tasa de reemplazo del 64.42% por tener 1152 semanas cotizadas.

vii) El 23-02-2011 el ISS le informó, que no contaba con los requisitos previstos en la sentencia SU 062 del 3-02-2010, pero que era viable que cancelara la diferencia entre lo ahorrado en el RAIS con el monto del aporte en el régimen de prima media, para recuperar el régimen de transición, por lo que el 28-02-2011 consignó $285.671 a favor del extinto ISS, situación que fue convalidada e informada al Departamento de Atención al Pensionado; viii) el 22-02-2012 presentó derecho de petición al ISS para que se le dijera si recuperó el régimen de transición, e insistió en ello el 13-08-2012, todo lo cual fue resuelto mediante resolución GNR 051659 del 3-04-2013 por Colpensiones, negándole lo pedido al no cumplir con los 15 años de servicios o 750 semanas al 1-04-1994.

 ix) Al 01-04-1994 contaba con 504 semanas; al 25-07-2005 con 1062; al 11-04-1997 con 652.06, fecha esta última, en la que suscribió el formulario para trasladarse al RAIS, y 753.42 semanas en abril de 1999 cuando el empleador Tobón Rivera y Compañía Ltda. efectuó aportes en Colfondos S.A.

La **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-,** se opuso a las pretensiones de la demanda a cargo de la entidad y como razones de defensa indicó que el demandante fue beneficiario del régimen de transición, pero lo perdió al haberse trasladado de régimen, y no es viable recobrarlo pues no hizo uso de la voluntad de retracto, no solicitó retornar al RPM en el primer año de vigencia de la Ley 797 de 2003, como lo previó dicho canon en su artículo 2º, ni solicitó la respectiva nulidad del acto jurídico. Adicionalmente, no cuenta con las 750 semanas cotizadas al 01-04-1994. Interpuso las excepciones de mérito que denominó “Inexistencia del derecho”, “Cobro de lo no debido”, “Improcedencia del reconocimiento de intereses de mora”, “Buena fe” y “Prescripción”.

Por su parte **El Fondo de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A**, se opuso a las pretensiones que estuviesen a su cargo, y argumento que la afiliación del demandante a COLFONDOS fue válida y surtió efectos a partir del 1-06-1997, al ser una decisión libre, espontánea y sin presiones, como se desprende de la solicitud de vinculación; a quien se le brindó toda la asesoría, pues el equipo de asesores comerciales de la AFP se les capacita para que transmitan la información a sus posibles afiliados, lo que no se documentaba, dado que para la época no era una exigencia, la cual surgió con la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

Además de que el demandante no ejercitó el derecho a retractarse, y si eventualmente se pudiera concluir, una vez se probara por el demandante que existió un vicio en el consentimiento, como se expuso por en el líbelo, habría que decirse que ya caducó-sic- la acción rescisoria.

Frente a la multiafiliación señaló que el responsable es el actor, pues encontrándose vinculado al RAIS efectuó aportes al RPM, pese a no ser posible, pero en todo caso, habría que resolverse como válida la afiliación a esa entidad.

Finalmente, adujo que el demandante solicitó el traslado al RPM desde el 27-01-2004, aprobado el 16-03-2004, por lo que se trasladó la totalidad de los aportes depositados en la cuenta a nombre del demandante. Interpuso las excepciones de mérito que denominó “Validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad”, “Prescripción “, “Saneamiento de la eventual nulidad relativa por el paso de tiempo”, “Pago”, “Compensación”, “Buena fe” y la “Innominada o Genérica”.

**Síntesis de la sentencia.**

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, declaró: la ineficacia de la afiliación del demandante a Colfondos S.A Pensiones y Cesantías S.A; que el señor Luis Enrique Tabares Sánchez es beneficiario del régimen de transición por edad, el que conservó a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005. Como consecuencia, condenó a Colpensiones a modificar la resolución No. 140 del 17-01-2011, para aclarar que el demandante tiene derecho a que se le reconozca la pensión con fundamento en el Decreto 758 de 1990, a partir del 04-07-2009, con una tasa de reemplazo del 84%, lo que implica reliquidar y reajustar la prestación que disfruta el demandante; asimismo, a pagar un retroactivo y la indexación de las condenas; finalmente, a restituir la suma de $285.691 al demandante, al haber sido consignado por éste dicha cifra; y a las costas procesales en un 70% a cargo de Colfondos S.A y en un 20% para Colpensiones.

Para arribar a las anteriores conclusiones indicó que, no existía multiafiliación, sino que se trató de un error al momento de efectuarse los aportes pensionales por parte del empleador.

Frente a la ineficacia de la afiliación, determinó que la AFP no acreditó que efectivamente el demandante firmó libre, espontáneamente y debidamente informado el formulario, pues solamente se quedó en una afirmación contenida en el curso del proceso.

Adicionalmente, expuso la Jueza de Instancia, que incluso la falta de información en debida forma se deducía del formulario de afiliación, pues en éste se dejó constancia que a la fecha de suscripción el demandante contaba con 900 semanas al RPM, pese a que en la historia laboral aparecen reflejadas 650 semanas; además, de que el demandante en el interrogatorio de parte que rindió no entendió correctamente la pregunta formulada por el Despacho en cuanto al traslado de régimen, situación que se debe a que el demandante curso únicamente primaria, y de donde podría inferirse que el actor no recibió la información necesaria relativa a las consecuencias por el traslado de régimen, y las condiciones generales para adquirir la gracia pensional. Aunado a lo anterior, con los dichos de la testigo también se reafirma tales deducciones.

Ahora, en relación con los requisitos previstos por el Acuerdo 049 de 1990, los encontró satisfechos, dado que la actora arribó a los 60 años de edad el 04/07/2009, y el requisito de densidad de semanas-1000- lo satisfizo desde el 4-06-2004. Por tanto, halló el IBL con las cotizaciones realizadas durante los últimos diez (10) años anteriores a la causación de la pensión, obteniendo la suma de $1.108.009 al que al aplicarle la tasa de remplazo del 84%, a razón de 1.171.06 semanas cotizadas, arrojó una mesada pensional de $930.728 para el año 2008, cuando se le reconoció la prestación, la que actualizada al 2017, asciende a la suma de $1.241.546.

Finalmente, frente a las semanas tenidas en cuenta para establecer el IBL, encontró las diferencias, comparando las historias laborales expedidas por Colpensiones y Colfondos; como la hoja de prueba, que corresponden a en los ciclos de 01-05-1998 al 30-06-1998, 01-08-1998 al 30-09-1998, 01-06-1999 al 30-09-1999, 01-01-2003 al 29-02-2004, 01-11-2004 al 31-12-2004, 01-02-2005 al 28-02-2005 y 01-04-2009 al 31-05-2009.

**3. Recurso de Apelación.**

El apoderado judicial de la **AFP COLFONDOS S.A**, presentó recurso de apelación y argumentó que no se encontraba conforme con la decisión, específicamente en lo que respecta a la declaratoria de la ineficacia del traslado a esa entidad, pues en su sentir la parte demandante no probó que Colfondos faltó al deber de asesoría e información, dado que la testigo arrimada al proceso para esos efectos nada aportó, al no ser capaz de precisar cuáles fueron los hechos o circunstancias que se dieron al momento de la afiliación del demandante a esa entidad, ya que respondió a las preguntas formuladas por el Despacho y el apoderado judicial de esa entidad, no constarle, y solamente precisó aspectos de su propio resorte, a modo de ejemplo, cuando dijo, que ella se enteró de la vinculación a la AFP demandada cuando recibió los extractos expedidos por Colfondos.

Igualmente, aduce el recurrente que no podía sustentarse o edificarse la decisión del Despacho, como se hizo dentro del presente asunto, en los dichos expuestos en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante, pues la dinámica de dicha prueba consiste en que las afirmaciones que deben tenerse en cuenta son únicamente las que provoquen una confesión, es decir, aquellas que le resulten desfavorables a la parte interrogada.

Además, señaló que si bien el apoyo jurisprudencial en que se sustentó la sentencia de la Jueza de instancia, ha sostenido que la AFP debe demostrar la asesoría en debida forma dada al afiliado, eso no implica que el afiliado quede relevado de probar en el proceso, que fue mal asesorado, el vicio en el consentimiento o un hecho que hubiese invalidado la afiliación, pues es la carga que le compete, es decir, en su sentir, es de ambos lados que debe probarse sus dichos; aunado a lo anterior, si se tiene en cuenta que no se tachó de falso o se desconoció por la parte demandante la vinculación a Colfondos S.A.

En lo que respecta a las proyecciones económicas aducidas en la demanda, no aplicarían en el presente caso, ya que existe un concepto de la Superintendencia Financiera que precisó que éstas son obligatorias a partir del año 2014, con la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

Adicionalmente considera inviable la condena en costas impuesta, por cuanto el actuar de Colfondos se ciñó estrictamente a los postulados de la buena fe y la Ley, además de la jurisprudencia, habida cuenta que la afiliación se realizó de acuerdo a lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, y el trabajador fue quien optó de manera libre, consiente y espontánea en afiliarse a esa entidad.

**4. Grado jurisdiccional de consulta**

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 69 del C.P.L. se ordenó el grado jurisdiccional de consulta respecto de la anterior decisión, al haber resultado la misma adversa a los intereses de Colpensiones.

**CONSIDERACIONES**

1. **De los problemas jurídicos**

Visto el recuento anterior, la Sala formula los siguientes:

1.1. ¿Fue ineficaz la afiliación del señor Luis Enrique Tabares Sánchez al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

1.2. De ser positiva la respuesta anterior ¿El actor es beneficiario del Régimen de Transición?

1.3. ¿Es procedente que la pensión que se le reconoció al demandante en vía administrativa, se estudie bajo lo previsto en el Acuerdo 049 de 1990?

1.4. En caso positivo ¿Hay lugar a reliquidar y reajustar la pensión que percibe el actor, aumentándose la tasa de reemplazo por dejarse de contabilizar la totalidad de las semanas cotizadas al ISS, y calculando un IBL con los salarios devengados durante los últimos 10 años anteriores a la causación de la pensión?

1.5. ¿Es procedente ordenar a Colpensiones restituya la suma de $285.690 al demandante, consignada por éste a dicha entidad?

1.6. En caso positivo ¿Hay lugar a la indexación de las condenas?

1.7. ¿Había lugar a condenarse en costas a la demandada COLFONDOS S.A.?

**2. Solución a los problemas jurídicos**

Con el propósito de darle solución, se considera necesario precisar lo siguiente:

**2.1. Ineficacia del traslado.**

**2.1.1. Fundamento jurídico**

Frente a este asunto, esta Sala en sentencia del 22-08-2017, proferida dentro del proceso radicado 2015-00357, en el que fungía como demandante la señora Doris García Flórez, acogió la postura adoptada por la Sala Segunda de Decisión de esta Corporación[[1]](#footnote-1), que reza:

*No obstante, 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, con base en lo previsto en los artículos 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, concluyó que en este tipo de casos, lo que debe de analizarse es si el acto jurídico que generó el traslado de régimen resulta o no ineficaz.*

*(…)*

*Sobre la ineficacia, el tratadista Dr. Pedro Lafont Pianetta en su obra “Manual de Derecho Privado Contemporáneo” expresa que en términos generales la ineficacia simple es la carencia de efectos de un negocio jurídico por haberse omitido un requisito de existencia o de validez en su celebración y dentro de este concepto global se debe entender como una* ***ineficacia especial, aquella establecida directamente por la ley como consecuencia jurídica a la deficiencia de determinada condición****, tal y como ocurre en los eventos objeto de estudio, pues es la propia Ley la que determina que el acto jurídico de la afiliación al RPM o al RAIS no produce efectos cuando no se cumpla la condición de ser libre y voluntaria.*

*Frente a la mencionada condición, expresó el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral en la sentencia en cita, que para que se entienda que la afiliación fue hecha de manera libre y voluntaria, se debe verificar si la respectiva administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado de régimen y a su vez los beneficios que obtendría, es decir, que se demuestre que la correspondiente entidad garantizó una decisión informada, que permita una manifestación de voluntad autónoma y consciente … (…)”.*

Por su parte, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 7595 del 18-10-2017, dentro del proceso radicado 7595, en lo que se refiere al tema bajo estudio, expuso

*De suerte que COLFONDOS S.A no acreditó que le suministró al promotor del proceso los suficientes datos y explicaciones del traslado respectivo tal y como se expuso en la esfera casacional, máxime que, en este asunto, se reitera, están en juego aspectos tan trascendentes como la pérdida de la transición, y de contera la imposibilidad de acceder a la pensión de vejez, se requiere acudir a una hermenéutica que se avenga a los principios que inspiran al sistema y a los regímenes pensionales, en los que se prevé el traslado libre y voluntario, e incluso a las disposiciones que en la ley así lo imponen.*

*Aquí y ahora, se recuerda que no es dable argüir 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.*

**2.1.2. Fundamento fáctico:**

Descendiendo al presente asunto, se encuentra probado y fuera de discusión que: *i)* el señor Luis Enrique Tabares Sánchez se encontraba vinculado al Régimen de Prima Media desde el 30-01-1978-, según se desprende de la historia laboral-fl. 61 y ss-, y que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el 01-04-1994, contaba con 44 años de edad, 8 meses y 27 días, dado que nació el 04-07-1949, tal como consta en registro civil de nacimiento que milita a folio 42 y la cédula de ciudadanía –fl.41-, por lo que era beneficiario del régimen de transición por la edad, contando para esa época con 543, 28 semanas; ii) en la actualidad se encuentra afiliado a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, luego de regresar del régimen de ahorro individual en Pensiones a través de Colfondos S.A, a donde se había traslado en el mes de abril de 1997-fl.158-; iii) el reconocimiento de la pensión al demandante mediante la resolución No. 140 del 17-01-2011, en cuantía de $692.288, a partir del 04-07-2009, con sujeción a lo dispuesto en la Ley 797 de 2003-fls. 74 al 76-.

Además, afirmó el demandante en el líbelo, que al momento del trasladó del RPM al RAIS a través de COLFONDOS S.A, no se le advirtió el riesgo a que se sometía por dicho acto, pues no se le informó las ventajas o desventajas; lo que constituye una negación indefinida exenta de prueba, que traslada la carga a la parte contraria, quien expresó que el traslado se dio de manera libre, espontánea y sin presiones, luego de que al actor se le brindara toda la información respecto de ambos regímenes, como diferencias y ventajas; para lo cual allegó la solicitud de afiliación.

Ahora, al observar ésta–fl. 158 cd. 1-, se advierte en la casilla denominada como “VOLUNTAD DE AFILIACIÓN”, que está firmada por el demandante, sin que se controvirtiera en el líbelo inicial, ni en el curso del proceso por la parte interesada; de lo que se infiere en principio, que la selección del RAIS se realizó en forma libre, espontánea y sin presiones; pese a que el demandante, en el interrogatorio de parte absuelto, manifestara no recordar la firma del formulario de afiliación; pero como ese documento no se tachó, para la Sala debe valorarse, así como su contenido.

Sin embargo, tal como se desprende de jurisprudencia citada, en casos como el presente, en que el traslado implica para el afiliado la pérdida de régimen de transición, le corresponde a la AFP COLFONDOS S.A. demostrar que el demandante tomó una decisión autónoma y consciente al haber sido informado realmente de las consecuencias que le acarrearía el cambio de régimen, empero, al revisar el material probatorio allegado al proceso, más allá de las afirmaciones efectuadas en su contestación, no se encuentra prueba alguna que demuestre que esa sociedad documentó clara y suficientemente al actor sobre los efectos que le traería trasladarse del RPM al RAIS; tanto así, que el apoderado judicial de la AFP Colfondos S.A, en el recurso interpuesto así lo expreso, y el hecho de que el actor haya suscrito la casilla de “voluntad de afiliación” no tiene mayor relevancia, porque allí no aparece alguna referencia de que se le haya puesto en conocimiento los efectos positivos o negativos que por ser beneficiario del régimen de transición se le generaban por trasladarse de régimen; dicho de otro manera, se trata de una expresión sin contenido. Situación que se reafirma, con la información contenida en el documento de afiliación, donde se dejó constando que el actor tenía cotizadas 900 semanas, cuando realmente contaba con 654.77 hasta el 30-04-1997, según se deprende de la historia laboral obrante a folio 184 y ss; de lo que se infiere el desconocimiento de su situación particular, específicamente, en lo atinente al régimen de transición, por ende, ello conduce a deducir que se omitió información a este respecto.

De tal manera, que poco importa el desconocimiento que tenga el testigo de la situación del actor, al solo declarar sobre hechos propios, al recaer la carga probatoria en este caso en la AFP Colfondos S.A.; esta referencia, atendiendo el punto de inconformidad de la parte apelante en el valor probatorio que se le diera el único testigo en este proceso.

Ahora, frente a otro de los argumentos expuesto por la AFP demandada, consistente en estar saneado la nulidad del traslado; debe acotarse que no es de recibo, ya que como se analizó en la sentencia proferida por esta Colegiatura, el no cumplimiento de los requisitos para el traslado del régimen acarrea la ineficacia del acto -*y no una nulidad del mismo-* y una sanción pecuniaria, de conformidad con lo previsto en la Ley 100 de 1993, específicamente en su artículo 271; además de que la sanción que declaró la Jueza de instancia fue la ineficacia y no la nulidad.

Así las cosas, es dable concluir frente a este asunto, que a las AFP les corresponde brindar toda la información suficiente que ilustre al afiliado de manera real, completa y suficiente, respecto a las consecuencias del traslado que pretende concretar, pero además acreditar que efectivamente se hizo, a fin de que sea válido jurídicamente el traslado ya que, de lo contrario, y sin importar el tiempo trascurrido, implicará necesariamente la ineficacia del negocio celebrado.

En el anterior orden de ideas, es dable concluir que la decisión adoptada por el señor Luis Enrique Tabares Sánchez no puede de ninguna manera considerarse autónoma y consciente, pues no puede haber tales características en una situación en la que en realidad se omiten las consecuencias de decidir trasladarse, como por ejemplo, los perjuicios que podía sufrir al perder los beneficios del régimen de transición, al verse forzado a completar dos años adicionales de edad y un número considerable de semanas de más para acceder a su pensión de vejez al regresar al RPM con prestación definida, o inclusive ver disminuida considerablemente su mesada pensional de acuerdo con la tasa de reemplazo aplicada, pues por lo menos no obra en el expediente la más mínima prueba de que tales riesgos le hubieren sido debidamente informados al potencial afiliado por parte de la AFP, no quedando otra decisión que adoptar que la ineficacia del traslado, tal como se hiciera por la Jueza de primera instancia.

**2.3. Del Régimen de transición**

Dado que se declaró ineficaz el traslado, implicó para el actor el recuperar el régimen de transición por edad o por tiempo de semanas, al entenderse que nunca lo perdió, al tener 44 años cumplidos a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Así mismo, puede deducirse que 04-07-2009, arribó a los 60 años de edad, época para la cual, ya reunía el requisito de semanas, según se extrae de la resolución No.00140 del 17-01-2011, mediante la cual le reconoció la pensión por vejez al actor, por lo que no debía satisfacer las exigencias del acto legislativo mencionado, esto es, 750 semanas al 29 de julio de 2005.

Por tanto, se concluye que no perdió la condición de beneficiario del régimen de transición, con lo cual se abre paso al estudio de la prestación bajo la égida del Acuerdo 049 de 1990.

Por último, y dada la declaratoria de ineficacia de traslado en esta providencia, encuentra la Sala que no era dable exigírsele al actor cancelar la suma de $285.691 por parte de Colpensiones, como lo dijo la Jueza, por lo que le asiste razón.

**2.4. De los requisitos previstos en el Acuerdo 049 de 1990**

Para el efecto, se tiene que el actor al 04-07-2009, contaba con los 60 años exigidos en dicha norma.

En lo que respecta a las semanas de cotización, se tiene que las tenidas en cuenta en la resolución No. 00140 del 17-01-2011, mediante la cual se le reconoció al demandante la pensión de vejez, fueron 1152 semanas cotizadas hasta el 30-10-2008; por su parte, en el plenario aparecen varias historias laborales que dan cuenta de 1.135.57, 1.135.93 y 1.144.50 -fls.61 al 63,184 al 185 y 191 al 192 del cd. 1, respectivamente-, cotizadas entre el 30-01-1978 al 31-05-2009; sin embargo, en este punto no se verificará a que obedece la diferencia en el número de semanas, pues se llegaría a igual conclusión, esto es, que las reportadas son suficientes para poder gozar del beneficio pensional, dado que se exige 1000 semanas en cualquier tiempo.

Frente a la fecha en que debe disfrutar la pensión el demandante, se tendrá en cuenta la establecida por la entidad en el acto administrativo de reconocimiento, 04-06-2009, al haberse solicitado desde esa data en el líbelo inicial.

**2.5. De la asignación de la tasa de reemplazo y la liquidación del IBL**

Se solicitó en el líbelo, que se aplique una tasa de reemplazo de 84%; a razón de 1174 semanas, de conformidad con lo previsto en el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, por lo que habrá de determinarse, en primer lugar si le asiste razón.

Para el efecto, se tiene la resolución de reconocimiento No. 00140, en donde se tomaron 1152 semanas, cotizadas hasta el 30-10-2008, por lo que aplicó una tasa de reemplazo de 64,42%, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 797 de 2003 (fl. 74 y ss C. 1).

Por su parte, efectuada la comparación entre las semanas reportadas en la historia laboral emitida por Colpensiones- Fls.191 al 195-, que da cuenta de 1.144.50 semanas, de cara con la historia laboral expedida por la AFP Colfondos S.A -fls160 y 161-, y la hoja de prueba expedida por el ISS-fl-200-; encuentra la Sala que le asiste razón a la jueza de instancia, al ordenar contabilizar los periodos que no se reflejan en la historia laboral, o que estando dentro de ésta no se incluyeron al momento de liquidarse la prestación por Colpensiones, según se advierte en la hoja de prueba, o que en aquella no se imputaron completos, ante el traslado del RPM al RAIS.

Efectuado el respectivo cálculo por esta Corporación, se halló un total de 1173.11 semanas; sin embargo, ya sea el obtenido por la a quo o en esta instancia, se llegaría a la misma conclusión, inclusive si solamente se tuviesen en cuenta las contabilizadas en la resolución de reconocimiento, dado que la tasa de reemplazo aplicable a razón de 1152, 1.171.06 o 1.173.11 semanas es del 84%, pues el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, tiene establecida dicha tasa de reemplazo, en un rango de 1150 a 1200 semanas.

En ese orden de ideas, es dable concluir que las semanas efectivamente cotizadas y que deben tenerse en cuenta para establecer la tasa de reemplazo, son las reflejadas en la historia laboral incluyéndose los periodos hallados por la Jueza de primera instancia, esto es, 1171.06 semanas; por lo que se itera, la tasa de reemplazo que le corresponde es del 84%.

Dilucidado lo anterior, y para adentrarnos en el tema de estudio del IBL, habrá que acudirse al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, que resulta aplicable para aquellas personas que les faltaba 10 o más años para causar su derecho, que es el caso del señor Luis Enrique Tabares Sánchez, dado que la entrada en vigencia de dicho canon, 01 de abril de 1994, le faltaban aproximadamente 16 años para arribar a la edad requerida para acceder a la pensión de vejez.

Esa norma establece que el monto de la pensión, es el promedio de las sumas sobre que el afiliado haya efectuado sus cotizaciones en los 10 años que anteceden a la causación de la prestación, esto es, 3600 días cotizados o el de toda la vida si llegare a tener 1250 o más semanas. Bien, como quiera que el demandante cotizó en toda su vida laboral 1.171.06 semanas, es procedente efectuar el cálculo, con los salarios devengados en los últimos 10 años laborados.

Efectuado el promedio de los salarios devengados, se tiene que para el mes de junio de 2009, su ingreso base de liquidación es $1.077.227, el cual resulta inferior al calculado por la a quo, lo que se explica en que el ciclo de 01-01-2001 al 31-01-2001, correspondía realmente al año 2002, y por tal razón el IPC aplicable varía; adicionalmente en los periodos de 01-02-2009 al 28-02-2009 y del 01-04-2009 al 31-05-2009, pese a tenerse el mismo IBC-salario- al actualizarse, les arrojó un valor diferente.

Ya al aplicársele el 84% como tasa de reemplazo, arroja una primera mesada pensional por valor de $904.870 para el 2009; según el cuadro que se pone de presente a los asistentes y que se anexará al acta que se levante con ocasión de esta diligencia, valor que resulta ser inferior al hallado por la a quo, por lo que se procederá a modificar la decisión en ese sentido.

En consecuencia, se genera como valor de la mesada pensional para el año 2009 la suma de $904.870, de tal manera que se genera una diferencia de $191.324 para esa anualidad; en cuanto a la mesada para el año 2018, corresponde a la suma de $1.256.648. En consecuencia, se genera un retroactivo liquidado hasta marzo de $29.949.685.

Frente a la condena por concepto de indexación, encuentra la Sala que la misma es procedente ante la depreciación de la moneda, que liquidada hasta el 31/03/2018 asciende a la suma de $5.932.333.

Finalmente, respecto a la excepción de prescripción propuesta, la misma no está llamada a prosperar, como quiera que no transcurrieron más de los 3 años previstos en el artículo 151 de C.P.L. para que opere. Y es que dicho término fue suspendido cuando el demandante reclamó la aplicación del régimen de transición y del Acuerdo 049 de 1990, el *13-08-2012*-, e interrumpido y reiniciado el conteo de los tres años para demandar a partir de la fecha en que tal reclamación se resolvió[[2]](#footnote-2), esto es, el *03-04-2013*-, mientras que la demanda fue presentada el 20/11/2015-, conforme se extrae del acta individual de reparto visible a folio 88 del cuaderno de primer grado.

**2.7. De la condena en costas**

**2.7.1 Fundamento jurídico**

En términos generales, dispone el artículo 365 del Código General del Proceso, que debe condenarse a la parte que resulte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente un recurso.

**2.7.2. Fundamento fáctico**

Para el efecto se tiene que en la contestación de la demanda –fls. 141 y s.s. cd.1, la AFP Colfondos S.A, se opuso a la totalidad de las pretensiones y formuló excepciones, es decir, de manera clara y directa presentó oposición a la demanda, pero de manera inocua porque a la postre no fueron declaradas probadas, por lo que necesariamente debe ser condenado en costas, como acertadamente lo hizo la a quo, al haber sido vencida dentro del presente asunto.

**CONCLUSIÓN**

Conforme lo expuesto, la decisión revisada será confirmada, salvo los numerales sexto, octavo de las declarativas, y el segundo, cuarto, quinto y sexto de las condenas; en resumen, para precisar el valor del IBL y la mesada pensional obtenido para el año 2009 y 2018; para actualizar el valor del retroactivo generado por la diferencia pensional causada hasta el 31/03/2018; además, para concretar el valor de la condena por concepto de indexación, liquidada hasta el 31/03/2018.

Costas en esta instancia a cargo de Colfondos S.A. y a favor de la parte demandante, dada la improsperidad del recurso interpuesto por aquella. En cuanto a los demás no se causaron por tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

**DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sentencia proferida el 9 de febrero de 2017 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por el señor **Luis Enrique Tabares Sánchez** en contra de **Colfondos S.A.** y la **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES**, misma que será modificada únicamente en lo previsto en los numerales siguientes.

**SEGUNDO: MODIFICAR** las declaraciones emitidas en los numerales sexto y octavo, de la sentencia antes relacionada, que quedarán así:

*“SEXTO: DECLARAR que el señor LUIS ENRIQUE TABARES SÁNCEZ, tiene derecho a que le sea reconocido un Ingreso Base de Liquidación, correspondiente a $1.077.227, como resultado de promediar los salarios cotizados durante los últimos 10 años.*

*OCTAVO: DECLARAR que el señor LUIS ENRIQUE TABARES SÁNCEZ, tiene derecho a que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, le reconozca y pague una primera mesada pensional correspondiente a $904.870 y acceder en el año 2018 a una mesada pensional de $1.256.648.*

**TERCERO: MODIFICAR** las condenas emitidas en los numerales segundo, cuarto, quinto y sexto de la sentencia antes relacionada, que quedarán así:

*SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reliquidar y reajustar al señor LUIS ENRIQUE TABARES SÁNCHEZ el Ingreso Base de Liquidación, correspondiéndole la suma de $1.077.227, como resultado de promediar los salarios cotizados durante los últimos 10 años.*

*CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor LUIS ENRIQUE TABARES SÁNCHEZ, una primera mesada pensional correspondiente a $904.870, y una mesada pensional para el 2018 de $1.256.648, declarando que para el 31 de marzo de 2018, el retroactivo del valor de las diferencias asciende a la suma de $29.949.685, lo anterior, sin perjuicios de los descuentos para salud.*

*QUINTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor LUIS ENRIQUE TABARES SÁNCHEZ, las diferencias generadas desde el 04 de julio de 2009, ante la reliquidación y reajuste dispuesto en esta sentencia, teniendo en cuenta para ello los incrementos de ley y las mesadas adicionales que a la fecha 31 de marzo de 2018, asciende a una diferencia de $29.949.685, lo anterior, sin perjuicios de los descuentos para salud.*

*SEXTO ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- reconocer y pagar al señor LUIS ENRIQUE TABARES SÁNCHEZ, la indexación del retroactivo pensional, el que liquidado hasta el 28 de marzo de 2018, asciende a la suma de $5.932.333.*

**CUARTO:** Costas en esta instancia a cargo de Colfondos S.A. y a favor de la parte demandante. En cuanto a los demás intervinientes no se causaron, por lo expuesto.

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se eleva y firma esta acta por las personas que han intervenido.

Quienes integran la Sala,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Ponente

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

 Magistrado Magistrado

*ANEXO 1 – LIQUIDACIÓN IBL ÚLTIMOS 10 AÑOS*







***OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA***

*Magistrada*

*ANEXO 2 – RETROACTIVO*





***OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA***

*Magistrada*

1. Dr. Julio Cesar Salazar Muñoz, sentencia del 29/03/2017, rad. 2016-00016-01, Dte: Claudia Patricia Jaramillo Restrepo vs Colpensiones y Protección S.A. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ver, entre otras, la sentencia STL2203-2017, del 15 de febrero de 2017, MP Luis Gabriel Miranda Buelvas. [↑](#footnote-ref-2)