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, 1 de agosto de 2019

Radicación No: 66001-31-05-004-2017-00485-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Jesús Eduardo Millán Fletcher

Demandado: Colpensiones y Porvenir 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.**

Para dar inicio a la tarea de despejar los dilemas planteados, es menester adelantar que en lo tocante con las normas que establecen la eficacia y las condiciones necesarias para que el traslado entre regímenes pensionales opere, se sitúa, en primer lugar, el precepto 13 de la ley 100 de 1993, que en su literal e) disciplina el derecho que le asiste a todas las personas de escoger, libremente, el régimen de pensiones que prefieran, so pena de que, ante la eventual vulneración de este derecho por parte de las administradoras de pensiones o de los empleadores, a voces del artículo 271 de la obra en mención: “La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador”, es decir, el traslado se tornará en ineficaz, retrotrayendo las cosas al estado anterior al mismo. (…)

… el Decreto 720 de 1994… establece la forma, condiciones y obligaciones que tienen los promotores, intermediarios y asesores de los fondos de pensiones, en el marco de lo indicado en los artículos 105 y 287 de la Ley 100 de 1993…

… su precepto 10 reza: “RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES. Cualquier infracción, error u omisión -en especial (de) aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados- en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora...”.

De tal suerte, que existe norma expresa y explicita que establece el deber de las AFP por medio de sus promotores, de dar información suficiente, amplia y oportuna a los posibles afiliados, aspecto que se despeja de cualquier manto de duda si se repara el artículo 97 del Estatuto Orgánico Financiero, en su redacción original (vigente para el momento del traslado)…

Así las cosas, es evidente que desde la misma entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se estableció el deber de información suficiente, precisa y completa que debe dar la AFP a sus usuarios, en especial cuando se estudie un traslado en particular, con las consecuencias diáfanamente dispuestas por el propio legislador, ante una eventual ausencia de tal deber de información.

De suerte que, si se verifica que el traslado de régimen pensional de un trabajador, no estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de la Seguridad Social y a las reglas de libertad de escogencia, debe darse aplicación al presupuesto normativo que consagra la ineficacia…

… es del caso escudriñar el aspecto probatorio, esto es, si es suficiente la regla universal contenida en el precepto 167 del Estatuto General del Proceso, incluida allí la regla atinente a las afirmaciones y negaciones indefinidas, o si además, son de recibo otras disposiciones de la misma estirpe, pero contenidas en el código Civil, cuál sucede con los artículos 1603 y 1604, último de las cuales bien vale reproducir: “La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo…”.

… al tener en custodia derechos de un valor inconmensurable, como los indicados, las AFP deben obrar con especial atención a sus deberes, ser sumamente acuciosas con la asesoría que brindan y, en general, adelantar todas aquellas gestiones que sean necesarias para el bienestar de sus afiliados y la materialización de sus derechos.

Ante tal panorama, resulta prevalente, la aplicación al caso, el inciso final del canon 1604 del CC, que atrás se reprodujo.

Por consiguiente, son las AFPs las llamadas a demostrar que actuaron con arreglo a esa diligencia o cuidado, en orden a liberar su responsabilidad, mediante los medios probatorios pertinentes, que brindaron la información suficiente, clara y precisa al usuario, con el fin de que éste tomara la decisión de manera consciente, informada, libre y voluntaria.

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

Con todo respeto me aparto de la decisión adoptada por la Sala Mayoritaria, en tanto considero que la decisión que llegó en alzada debía ser confirmada, en primer lugar, porque la providencia de la que disiento fundamenta el régimen probatorio de esta clase de procesos en el artículo 1604 del C.C. para atribuir a la AFP la demostración de la diligencia o cuidado exigido para su cargo, y en esa medida la AFP, según la providencia de esta colegiatura deberá acreditar que brindó la información suficiente, clara y precisa al usuario, para que este tomara la decisión de manera consciente, informada, libre y voluntaria.

Interpretación de la normativa civil de la que me aparto, por cuanto el adecuado entendimiento del artículo 1604 que contiene la expresión “la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”; en realidad significa que dicha obligación probatoria que la Sala Mayoritaria enrostra a la AFP, únicamente aparece como respuesta inmediata a alguien que previamente ha alegado el incumplimiento de una obligación por parte de su deudor, y en esa medida, quien alega un incumplimiento obligacional deberá probar el supuesto de hecho de la norma que consagra el efecto jurídico perseguido (art. 167 C.G.P.), o en otras palabras, el afiliado deberá probar la obligación incumplida para que se presuma que ello se dio por culpa de la contraparte – AFP -, quien en respuesta de tal cuestionamiento tendrá la carga de demostrar la diligencia o cuidado en la obligación pactada.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

En Pereira, el primero (1°) de agosto de dos mil diecinueve (2019), siendo las diez y treinta de la mañana (10:30 am), las Magistradas y el Magistrado ponente, de la Sala de Decisión No. 4 de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, declaran abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en contra de la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2018, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **Jesús Eduardo Millán Fletcher**contra la **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones** y la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

1. **ANTECEDENTES**

Persigue el demandante que se declare la ineficacia del traslado que hizo al régimen de ahorro individual a través de Porvenir S.A. y se le reconozca como afiliado válido al régimen de prima media administrado por Colpensiones; consecuentemente, solicita que se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones, todos y cada uno de los aportes realizados, incluidos los rendimientos, sin descuento por cuota de administración, y que se condene Colpensiones a reconocerle y pagarle una pensión de vejez, bajo las reglas de la Ley 797 de 2003, a partir del 16 de junio de 2017, con los intereses moratorios de que tratan los artículos 141 de la Ley 100 de 1993.

En subsidio de la declaratoria de la ineficacia, solicita que se declare la nulidad del traslado y en caso no prosperar la petición de intereses moratorios, la indexación de las condenas.

Como fundamento de estas solicitudes, expone que nació el 16 de junio de 1955; que el 22 de octubre de 1991, se afilió al ISS; que entre esta fecha y el 31 de enero de 1999, cotizó 586,14 semanas al ISS – hoy Colpensiones; que el 23 de diciembre de 1998, suscribió formulario de afiliación ante Porvenir S.A., realizando la primera cotización el 1 de febrero de 1999; que al momento de su traslado se desempeñaba como Jefe de Sistemas de la empresa Comfamiliar Risaralda y devengaba un salario equivalente a 10 salarios mínimos mensuales legales vigentes; que cuando se trasladó, Porvenir S.A. no le brindó información adicional sobre las diferencias en las mesadas que obtendría en uno u otro régimen, la edad de redención del bono pensional, la posibilidad de cambiar de régimen antes de que le faltaren 10 años para cumplir la edad mínima o el capital que debía alcanzar para lograr un pensión de vejez o una pensión anticipada; que Porvenir S.A. no lo re-asesoró antes de cumplir los 52 año de edad; que el 12 de julio de 2017, Porvenir S.A. realizó una simulación pensional en la que estableció que su mesada sería de $1.382.900; y que ambas entidades de seguridad social demandadas, resolvieron negativamente la solicitud de ineficacia o nulidad del traslado argumentando, Porvenir S.A., que ello debió hacerse dentro de los 5 días siguientes a la fecha de vinculación y, Colpensiones, que tal cosa no era viable porque el traslado se hizo en ejercicio al derecho a la libre elección de régimen, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Colpensiones contestó a través de su vocero judicial, oponiéndose a las pretensiones y formulando como excepciones de fondo “Inexistencia de la obligación”, “Excepción de buena fe”, “Imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas”, “Excepción innominada” y “Prescripción”, ver folios 60 a 63

Por su parte, Porvenir S.A. se opuso igualmente a los pedimentos de la demanda y en su defensa propuso como excepciones de fondo las de: “Validez de la afiliación a Porvenir e inexistencia de vicios en el consentimiento”, “Subsanación de una eventual nulidad”, “Prescripción”, “Buena fe” e “Innominada o genérica”, ver folios 86 a 102.

1. **SENTENCIA DEL JUZGADO**

El juez de conocimiento profirió sentencia el 19 de noviembre de 2018, en la que negó las pretensiones de la demanda, al considerar que, no siendo beneficiario del régimen de transición y no habiendo sustentado sus pretensiones en afirmaciones indefinidas, la carga de la prueba para demostrar los elementos que configuran ineficacia aducida, radica en el demandante, quien no logró probar que la información que le fue brindada al momento del traslado fue equivocada o mentirosa.

1. **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con lo decidido, la parte actora se alzó contra la decisión en orden a que se revoque y se acceda a las pretensiones. En la sustentación, indicó básicamente que el fondo privado vulneró el derecho del demandante de optar libremente por uno de los regímenes pensionales, puesto que no cumplió con el deber de información tal como quedó demostrado con las probanzas traídas al plenario.

**IV. CONSIDERACIONES:**

**Competencia.**

Es esta Sala de Decisión competente para desatar la alzada, en virtud del factor funcional, establecido en el artículo 15, literal b numera 1º del CPLSS.

**Problema jurídico.**

¿Es posible analizar la eficacia del traslado de régimen en los eventos en que el afiliado no es beneficiario del régimen de  transición? En caso positivo,

¿Cuáles son los deberes probatorios que asisten a las partes cuando está en discusión la eficacia del traslado entre regímenes pensionales?

¿Existía para el momento en que el actor efectuó el traslado de régimen pensional del RPM al RAIS normatividad vigente que obligaba a la entidad administradora de pensiones a brindarle al usuario o potencial afiliado cierta información?

¿Del material probatorio recopilado en la actuación es posible derivar que el actor recibió la información que se requiere en este tipo de asuntos?

¿El demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez que reclama? En caso positivo

¿Desde cuándo tiene derecho al disfrute?

¿Son procedentes los intereses moratorios establecidos en la Ley 797 de 2003 o la indexación?

  ***Solución a los problemas jurídicos planteados.***

 Para dar inicio a la tarea de despejar los dilemas planteados,  es menester adelantar que en lo tocante con las normas que establecen la eficacia y las condiciones necesarias para que el traslado entre regímenes pensionales opere, se sitúa, en primer lugar, el precepto 13 de la Ley 100 de 1993, que en su literal e) disciplina el derecho que le asiste a todas las personas de escoger, libremente, el régimen de pensiones que prefieran, so pena de que ante, la eventual, vulneración de este derecho por parte de las administradoras de pensiones o de los empleadores, a voces del artículo 271 de la obra en mención: “La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador”, es decir, el traslado se tornará en ineficaz, retrotrayendo las cosas al estado anterior al mismo.

A su turno, el artículo 272 ibídem previó la inaplicación de disposiciones lesivas a los asociados, cuando quiera que con ellas se menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores, pues en esos casos los principios mínimos fundamentales que consagra el artículo 53 de la Carta Política imperan con plena validez y eficacia.

Tal cuerpo normativo se desarrolló, entre otras disposiciones, en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, al prescribir los elementos que deben contener el formulario y, las consecuencias de la falta de alguno de dichos supuestos.

Complementario a dicho panorama legislativo está el Decreto 720 de 1994 (que entró en vigencia el 07 de abril de ese año), que establece la forma, condiciones y obligaciones que tienen los promotores, intermediarios y asesores de los fondos de pensiones, en el marco de lo indicado en los artículos 105 y 287 de la Ley 100 de 1993. Tal Decreto, en su canon 12 disciplina que:

*“OBLIGACION DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones****deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación****, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado”-negrillas para destacar-.*

Al paso que su precepto 10 reza:

*“RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES. Cualquier infracción, error u omisión -en especial (de) aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados- en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad****compromete la responsabilidad de la sociedad administradora****... sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones”.*

De tal suerte, que existe norma expresa y explicita que establece el deber de las AFP por medio de sus promotores, de dar información suficiente, amplia y oportuna a los posibles afiliados, aspecto que se despeja de cualquier manto de duda si se repara el artículo 97 del Estatuto Orgánico Financiero, en su redacción original (vigente para el momento del traslado), el cual es del siguiente tenor literal:

*“1. Información a los usuarios. Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado."*

Tal compendio normativo fue reiterado y mejorado mediante el Decreto 2241 de 2010, la Ley 1748 de 2014, y el Decreto 2071 de 2015, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

Aunada a esta copiosa legislación, el deber de información a cargo de las administradoras de pensiones, posee su apoyo jurisprudencial, entre otros en los fallos de 9 de septiembre de 2008, Radicación 31989; 22 de noviembre de 2011, Radicación 33083; SL12136-2014 de septiembre 3 de 2014, radicación 46292; SL1421 y SL1451 de abril 10 y 3 de 2019, radicaciones 56171 y 68851, respectivamente, siendo oportuno citar un aparte de la última decisión que con claridad meridiana decanta:

*“En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse 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”.*

Así las cosas, refulge evidente que desde la misma entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se estableció el deber de información suficiente, precisa y completa que debe dar la AFP a sus usuarios, en especial cuando se estudie un traslado en particular, con las consecuencias diáfanamente dispuestas por el propio legislador, ante una eventual ausencia de tal deber de información.

De suerte que, si se verifica que el traslado de régimen pensional de un trabajador, no estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de la Seguridad Social y a las reglas de libertad de escogencia, debe darse aplicación al presupuesto normativo que consagra la ineficacia, aspecto que ha de diferenciarse, en lo relativo al mandato legal, en virtud del cual el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad mínima de pensión.

En efecto, tales términos perentorios de la fidelidad al régimen pensional escogido, impera siempre y cuando, tal elección estuviere exenta o libre de todo apremio, vicio o defecto que comprometiera la validez y eficacia del traslado, puesto que mientras ronde la sospecha de no haberse efectuado al afiliado (a) la información pertinente y eficaz, al momento de la afiliación o traslado entre regímenes, seguirá campeando la ineficacia, predicable a tales instituciones, habida consideración de que, sería un contrasentido legal, que se le obligara al afiliado (a) a permanecer a un fondo pensional, cuando para su ingreso, aquel no dio el consentimiento libre de apremios o vicios, o como en el caso presente, en que la parte actora, se duele de no haber recibido la información pertinente, oportuna y relevante al instante en que emigró del RPMPD, al RAIS.

A propósito de la pérdida del régimen de transición, y su incidencia en esta especie de litigios, pendiendo de que aquello se hubiera consumado o no, esta Sala mayoritaria, en varios de sus fallos con contornos similares, se ha mostrado indiferente para las resultas del litigio, que tal pérdida del régimen de transición se haya presentado, como prerrequisito de la prosperidad de la súplica de ineficacia, o que el régimen probatorio reciba un tratamiento diferente, dependiendo de esa misma circunstancia.

Y eso es así en la medida en que, en todos los casos, la opción de migración entre sistemas pensionales, debe estar precedida de una voluntad del afiliado, expresada de manera libre, consciente y voluntaria y, además, con una información suficiente y clara, que le permita arribar a la acertada, conclusión, de que el traslado es la mejor opción con miras a su plan de vida, por lo que la ausencia de tales connotaciones, constituiría por sí sola, una lesión injustificada del ejercicio del derecho a la seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la AFP, lo que le impediría adoptar una decisión suficientemente informada, que solo si conllevare la pérdida del régimen de transición, resultaría más ostensible, como un agregado a la ausencia del deber de información, esta vez, en el sentido qué tal traslado le generaría la comentada pérdida, y por ende, de poder pensionarse con arreglo a las pautas del régimen de prima media reguladas con antelación a la Ley 100 de 1993; mas no es el único tema determinante y diferenciador sobre el contenido y alcance respecto a la decisión de ineficacia.

Así las cosas, la eficacia del traslado es un aspecto que se analiza de manera independiente, así se perdiera o no el régimen de transición; si no que se hace desde la óptica del cumplimiento o no de las obligaciones propias de las AFP, respecto a la posibilidad de los usuarios de adoptar una decisión debida y suficientemente informada.

Para cerrar este capítulo, resulta oportuno sostener que las obligadas, no podrían liberarse del deber de información, con la mera lectura a sus usuarios y afiliados, de la Ley 100 y sus leyes y decretos reglamentarios, puesto que si en eso consistiera tal deber de información, les quedaría relevada por la presunción consagrada en el artículo 9º del Código Civil, de que todas las personas conocen las leyes vigentes en el país.

La asesoría o información que se debe brindar al posible afiliado ostenta una entidad mayor, hasta cubrir con su alcance, lo que no expresa el texto de la ley, pero que por corresponder a otras áreas del conocimiento (económico, financiero, actuarial etc.), pudieran repercutir o influir en pro o en contra de los intereses del afiliado.

Esclarecidos los puntos de la alzada, que tienen que ver con la existencia del deber legal de las AFP y sus promotores en dar información a sus usuarios y, las consecuencias de la falta de dicha información, es del caso escudriñar el aspecto probatorio, esto es, si es suficiente la regla universal contenida en el precepto 167 del Estatuto General del Proceso, incluida allí la regla atinente a las afirmaciones y negaciones indefinidas, o si además, son de recibo otras disposiciones de la misma estirpe, pero contenidas en el Código Civil, cuál sucede con los artículos 1603 y 1604, último de las cuales bien vale reproducir: “*La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo…”*.

Pasa, por acotarse, que las obligaciones de que se tratan, se dan en el marco de un contrato de aseguramiento de riesgos, como lo es el de la vejez, la invalidez o la muerte, ejecutado en desarrollo de un derecho fundamental como es el de la seguridad social y enmarcado en una serie de principios, siendo uno de ellos el de la dignidad humana –art.1º L. 100/93-, por lo que se precisa afirmar, que las obligaciones que adquiere allí el deudor, tiene un carácter especialísimo, que implica dotar de una especial diligencia y cuidado a su gestión, pues de no exigirse así, se sacrificarían caros principios y derechos fundamentales de los asociados, como el ya mencionado o el acceso a un mínimo vital y móvil o similares.

Por eso, al tener en custodia derechos de un valor inconmensurable, como los indicados, las AFP deben obrar con especial atención a sus deberes, ser sumamente acuciosas con la asesoría que brindan y, en general, adelantar todas aquellas gestiones que sean necesarias para el bienestar de sus afiliados y la materialización de sus derechos.

Ante tal panorama, resulta prevalente, la aplicación al caso, el inciso final del canon 1604 del CC, que atrás se reprodujo.

Por consiguiente, son las AFP las llamadas a demostrar que actuaron con arreglo a esa diligencia o cuidado, en orden a liberar su responsabilidad, mediante los medios probatorios pertinentes, que brindaron la información suficiente, clara y precisa al usuario, con el fin de que éste tomara la decisión de manera consciente, informada, libre y voluntaria.

Analizando este aspecto en el caso puntual, es necesario indicar que el fondo privado pasivo de esta acción, buscó demostrar su diligencia y cuidado con pruebas de naturaleza documental y con la declaración de parte de la actora. Respecto de las primeras ha de decirse que constan los folios 103 a 152, consistentes en el formulario de afiliación y la historia laboral.

Tales documentos no evidencian ningún tipo de características o elementos que permitieran al señor Jesús Eduardo Millán Fletcher, obtener una información clara, veraz, suficiente y objetiva, para tomar una decisión libre, consciente y voluntaria, con el debido conocimiento de las consecuencias del traslado, con la información de los pros y los contras, como le correspondía demostrar al fondo privado accionado, pues era a él a quien estaba asignado el actuar con el deber de cuidado y diligencia y por tanto demostrarlo, máxime por lo técnico del mismo, los factores y variables que le conforman, que no son aspectos de dominio público y, por lo mismo, deben explicarse claramente.

Tampoco la declaración de parte da fe de que se hubiere cumplido con la información debida, puesto que al analizar la referida declaración, no se observa que el actor hubiere admitido haber recibido información suficiente, clara y completa, pues él sólo manifestó que el asesor de Porvenir S.A. que le informó que el fondo del Seguro Social se estaba quedando sin recursos para pagar las pensiones y que en el fondo privado el dinero estaba seguro en una cuenta individual, generando rendimientos financieros que le permitirían alcanzar una mesada superior a la que podría tenerse en el Seguro Social; situación que resultó no ser cierta, puesto que al solicitar información al fondo para procurar la pensión, le indicaron que el valor de su mesada estaría cercano a $1.300.000, pese a que el valor actual de su salario supera los $6.000.000, que el promedio de sus salarios de los últimos 10 años es de $5.600.000, que ha cotizado durante muchos años y que en Colpensiones obtendría una mesada cercana a $3.800.000.

Lo anterior, permite entonces concluir que Porvenir SA, no acreditó el cumplimiento del deber de informar al afiliado en forma clara, completa y comprensible, razón por la cual el traslado ocurrido materialmente el 23 de diciembre de 1988, es ineficaz, puesto que la suscripción del formulario de afiliación no es prueba suficiente de que el actor recibió la información idónea y suficiente para el traslado. Tal declaración trae además como consecuencia, el regreso automático del afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por Colpensiones, sin solución de continuidad, tanto para afiliados públicos o privados, dado el principio universal del actual sistema general de pensiones, con la consecuente devolución de los saldos, bonos, cotizaciones, sumas adicionales, con sus frutos, rendimientos e intereses, más los gastos de administración, asumidos con los recursos propios del fondo privado y debidamente indexados (Sent. SL 1688 -2019, rad. 68838).

Ahora bien, considerando que Porvenir S.A. invocó la excepción de *“Prescripción”* y señaló que, al tenor del artículo 1750 del C.C., de existir algún vicio, éste debe entenderse saneado; se procede analizar ambas materias desde este canon y desde las previsiones del artículo 151 del C.P.T. y S.S.

En cuanto a la aplicación del artículo 1750 del Código Civil, ha de decirse que su contenido establece que el plazo para interponer la acción rescisoria del acto o contrato es de máximo cuatro años contados a partir de la celebración del mismo, resulta imperativo recordar que, esta Sala ha venido sosteniendo que tal disposición es improcedente en materia de seguridad social, como quiera que el término preclusivo resulta regresivo y, contrario al ordenamiento superior, concretamente, a los principios consagrados en el artículo 48 de la Carta Política, que ampara a la seguridad social como un derecho irrenunciable y tiene como uno de sus báculos el principio de progresividad (SL 5470, sentencia de 30 de abril de 2014, radicación 43892), a lo que se le debe agregar que 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 100/93, por lo que equivocada resulta la invocación de la disposición que no tocan con la ineficacia que es lo que precisamente se ha encontrado en este asunto.

En cuanto al canon 151 del CPLSS, dígase que si bien sería la norma aplicable al caso, lo cierto es que no resulta posible aplicar el lapso prescriptivo en este asunto, amén que el traslado y su eficacia es un aspecto que íntimamente está ligado al derecho pensional, pues no hay duda que la selección adecuadamente informada de uno de los regímenes, marca la forma en que la prestación se va a recibir, el monto que va a tener y similares características, esenciales del derecho pensional mismo. Por lo tanto, al igual que las acciones para reclamar el derecho pensional en sí mismo, los elementos esenciales para su construcción (las cotizaciones), la normatividad aplicable al mismo y la reliquidación incluyendo factores no tenidos en cuenta, la acción para discutir la eficacia del traslado de régimen no es susceptible de la excepción de prescripción, por lo que se debe declarar no probada la excepción propuesta.

Zanjado lo anterior, se procederá a dilucidar si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez que reclama.

En vista que el Millán Fletcher no es beneficiario del régimen de transición establecido en el sistema general pensiones, porque al momento de su entrada en vigencia contaba con 38 años de edad y menos de 15 años de tiempos de servicio o cotizaciones, su caso debe estudiarse bajo los lineamientos de la Ley 100 de 1993. Norma que en su artículo 33, modificado por la Ley 797 de 2003, contempla que la pensión de vejez se causa cuando los hombres, a partir de 2014, alcanzan los 62 años de edad y a partir, del año 2015, cuentan con total de 1300 semanas de cotizaciones al sistema de seguridad social.

Conforme con esto, informando el registro civil de nacimiento obrante a folio 24, que el señor Jesús Eduardo Millán Fletcher nació el 16 de junio de 1955; se tiene que el requisito de la edad, lo satisfizo en esa misma fecha de 2017 y, dado que a ese momento contaba con más de 1300 semanas de cotizaciones, lo cual se sabe con la historia laboral consolidada aportada por Porvenir S.A. (fls. 147 a 152), la misma calenda debe acogerse como la correspondiente a la causación del derecho pensional.

Causado el derecho pensional por vejez el 16 de junio de 2017, sería del caso proceder a determinar el momento a partir del cual debe concederse al demandante el disfrute efectivo de la pensión y, consecuentemente, establecer el monto de las mesadas correspondiente; sin embargo, como es sabido, en virtud de lo establecido en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, dicho disfrute, solo tiene lugar cuando ocurre la desafiliación de sistema.

En este caso no obra de manera expresa el retiro del sistema informado por el empleador y en la historia laboral consolidada a la que se ha hecho mención, se observa que el señor Jesús Eduardo Millán Fletcher continuó haciendo aportes al sistema de seguridad social, sin que existan elementos que permitan determinar la existencia de su desafiliación del régimen general de pensiones.

Acorde con esto, se ordenará a la Administradora Colombiana de Pensiones, que reconozca y pague la pensión de vejez, al señor Jesús Eduardo Millán Fletcher, a partir del momento en que acredite el retiro definitivo del sistema, teniendo en cuenta como ingreso base de liquidación el que le resulte más favorable entre el promedio de toda la vida laboral o el de los últimos 10 años y aplicando la tasa de reemplazo correspondiente, conforme con la totalidad del tiempo cotizado al sistema general de pensiones.

En vista que la procedencia de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, al igual que la pretensión de indexación de las mesadas pensionales, comportan como presupuesto para el análisis de su procedencia, el derecho del demandante al disfrute de la prestación pensional y la correlativa obligación de la entidad pensional de pagar las mesadas, lo cual –se itera- en este caso no se ha verificado; inviable resulta para la Sala adoptar una decisión al respecto, toda vez que tales solicitudes, en este escenario, resultan anticipadas; como también lo es, la excepción de prescripción de mesadas pensionales propuesta por Colpensiones.

Costas en ambas instancias a cargo de Porvenir S.A. y en favor del actor.

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

**FALLA**

 Revocar la sentencia proferida el 19 de noviembre 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 el señor Jesús Eduardo Millán Fletcher, efectuó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. el 23 de diciembre de 1998, dadas las consideraciones precedentes, con la consecuencia ineludible de mantener válida y sin solución de continuidad la afiliación en el régimen de prima media, administrado actualmente por Colpensiones.
2. **Ordenar** a la AFP Porvenir S.A., que en el término improrrogable de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta providencia, proceda a trasladar los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, rendimientos, junto con sus respectivos frutos e intereses, incluidos los gastos de administración que asumirá con sus propios recursos y debidamente indexado a la fecha de la devolución, a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones.
3. **Ordenar** a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones que una vez la AFP Porvenir dé cumplimiento a lo dispuesto en el numeral anterior, proceda a recibir los conceptos enunciados en el numeral anterior, iterase, sin solución de continuidad, y reconozca y pague al señor Jesús Eduardo Millán Fletcher, la pensión de vejez causada
4. **Ordenar** a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones que, cumplido lo anterior, en el término de dos meses, reconozca y pague al señor Jesús Eduardo Millán Fletcher, la pensión por vejez a la que tiene derecho, a partir del momento en que este acredite el retiro definitivo del sistema, teniendo en cuenta como ingreso base de liquidación el que le resulte más favorable entre el promedio de toda la vida laboral o el de los últimos 10 años y aplicando la tasa de reemplazo correspondiente, conforme con la totalidad del tiempo cotizado al sistema general de pensiones.
5. Declarar no probadas las excepciones de fondo propuestas por las demandadas.
6. Costas en ambas instancias a cargo de Porvenir S.A. y en favor de la actora.

La anterior decisión queda notificada en estrados.

***FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES***

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

 *Magistrada Magistrada*

 *Salva voto*

Providencia: Sentencia del 1/08/2019

Radicación No.: 66001-31-05-004-2017-00485-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: Jesús Eduardo Millán Fletcher

Demandado: Colpensiones y otro

Magistrado ponente: Dr. Francisco Javier Tamayo Tabares

**SALVAMENTO DE VOTO**

Con todo respeto me aparto de la decisión adoptada por la Sala Mayoritaria, en tanto considero que la decisión que llegó en alzada debía ser confirmada, en primer lugar, porque la providencia de la que disiento fundamenta el régimen probatorio de esta clase de procesos en el artículo 1604 del C.C. para atribuir a la AFP la demostración de la diligencia o cuidado exigido para su cargo, y en esa medida la AFP, según la providencia de esta colegiatura deberá acreditar que brindó la información suficiente, clara y precisa al usuario, para que este tomara la decisión de manera consciente, informada, libre y voluntaria.

Interpretación de la normativa civil de la que me aparto, por cuanto el adecuado entendimiento del artículo 1604 que contiene la expresión “*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega*”; en realidad significa que dicha obligación probatoria que la Sala Mayoritaria enrostra a la AFP, únicamente aparece como respuesta inmediata a alguien que previamente ha alegado el incumplimiento de una obligación por parte de su deudor, y en esa medida, quien alega un incumplimiento obligacional deberá probar el supuesto de hecho de la norma que consagra el efecto jurídico perseguido (art. 167 C.G.P.), o en otras palabras, el afiliado deberá probar la obligación incumplida para que se presuma que ello se dio por culpa de la contraparte – AFP -, quien en respuesta de tal cuestionamiento tendrá la carga de demostrar la diligencia o cuidado en la obligación pactada.

En ese sentido, en los procesos tendientes a dejar sin efecto una afiliación hecha a cualquiera de los dos regímenes, con el propósito de volver a elegir el que desee, esta vez, en forma libre y espontánea, el afiliado deberá acreditar imperiosamente que la AFP a la que se afilió incumplió en la etapa precontractual con su obligación principal, esto es, brindarle la información adecuada, completa y veraz para tomar una decisión bajo el principio de la libertad informada, y en esa medida, poder dar rienda suelta al art. 1604 del C.C., pues la presunción allí establecida no es el incumplimiento de la obligación, sino la culpa en tal incumplimiento, iterase, una vez probado este.

En segundo lugar y descendiendo al caso de ahora en conjunción con el adecuado entendimiento del aludido art. 1604 del C.C. se desprende que el traslado y selección del RAIS que hizo la demandante estuvo precedido de la debida asesoría, pues ello se desprende en primer lugar, de la firma que estampó en el formulario de traslado entre regímenes. Así, para el año 1998 se realizó la “*solicitud de vinculación”* a Porvenir (fl.25 c. 1), el que una vez revisado, cuenta con la información que para esa época era la exigida por la Ley dejar en el formulario conforme a las directrices previstas en el Decreto 692 de 1994 a través del cual se reglamentó en lo pertinente la Ley 100/93 (Principio de confianza legítima).

Selección del RAIS que lleva consigo la aceptación de las condiciones propias del régimen conforme a lo señalado en el artículo 11 Decreto 692/94 al decir “*la selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste (…)”,* lo que necesariamente supone que se le brindó la información necesaria para llegar a adoptar tal decisión; pues la regla de la experiencia enseña que se acepta lo que se conoce; de tal manera que esa firma constituye un indicio de que la AFP, a través de sus asesores, dio cumplimiento a la demandante de informarlo.

En tercer lugar, refuerza el cumplimiento de la obligación de la AFP lo expuesto por la parte actora en su interrogatorio de parte y las declaraciones de quienes fueron convocados, que de manera coincidente expresaron que existió asesoría grupal de Porvenir en las instalaciones de Comfamiliar, donde se informó de la posibilidad de pensión anticipada, de obtener mejores rendimientos en el fondo privado por existir una cuenta individual y no un fondo común como en el ISS que tenía muchos afiliados, que el dinero se podía heredar; y luego pasaron por los puestos, donde tenía latente la oportunidad de absolver dudas. Los declarantes expusieron que muchos de sus compañeros regresaron a Colpensiones cuando los fondos empezaron a perder dinero.

Atendiendo lo dicho aparece en este proceso prueba de que la AFP cumplió su deber de información sobre las condiciones, características, ventajas del RAIS, pues al no ser beneficiario del régimen de transición no ameritaba hacerle ninguna precisión sobre la desventaja del traslado; centrando su inconformidad en la valor de la mesada a recibir en uno y otro régimen que no puede considerarse como información engañosa o incompleta, en tanto ese aspecto solo se concreta con el paso de los años al depender de factores de la afiliada, como su salario, continuidad en las cotizaciones, composición familiar, que puede variar, y factores externos como el mercado donde se inviertan los ahorros de la cuenta individual, las tasas de interés, entre otros; todas variables, por lo que, como se contempla en la nueva normativa la proyección de una mesada no constituye derecho porque pude no llegar a suceder los hechos que alimentaron la proyección.

En conclusión, y contrario a lo aducido por la Sala Mayoritaria, de las probanzas allegadas se desprende que el demandante se trasladó de manera libre y voluntaria, para lo cual contó con la suficiente información que para esa época era precisa, por lo que en realidad el proceso que nos concita tenía como propósito acondicionar una versión que se ajustara a los presupuestos legales que regulan la ineficacia del traslado entre regímenes, para que la actora pudiera corregir no solo su pasividad con el propósito de retornar al RPM, sino cambiar los resultados de su voluntad de permanecer en el RAIS, por lo que mal puede decirse que se le desconoció su derecho a la libre escogencia.

En estos términos salvo mi voto.

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada