Radicación n.° 63615

JORGE PRADA SÁNCHEZ

Magistrado ponente

SL3749-2019

Radicación n.° 63615

Acta 31

Bogotá D. C., once (11) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).

La Sala procede a pronunciar fallo de instancia en el proceso ordinario que instauró MARLENY HENAO DUQUE contra ING ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., y el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES.

I. ANTECEDENTES

Mediante sentencia CSJ SL361-2019, esta Sala de la Corte casó la proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 13 de junio de 2013. Para mejor proveer, dispuso oficiar a las encausadas para que remitieran la historia laboral de la demandante, que finalmente fue allegada el 8 de marzo de 2019.

Dado que para negar la nulidad de traslado de régimen y, en consecuencia, la recuperación del beneficio de la transición, el Tribunal fundamentó su decisión en que no se había ejercido la acción de recisión de que tratan los artículos 1741, 1743 y 1750 del Código Civil, la Sala casó la sentencia gravada, en tanto coligió que el análisis de la prescripción debía elaborarse a partir de las reglas contenidas en los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo Laboral y 151 del estatuto adjetivo de la misma materia.

La Sala destacó la naturaleza irrenunciable del derecho a la seguridad social de cara a la reclamación de nulidad del traslado de régimen pensional, conforme a los parámetros señalados en sentencia CSJ SL8544-2016, y adujo que como con su declaratoria se impidió conocer del litigio, era necesario abarcar el estudio correspondiente.

II. CONSIDERACIONES

En la apelación, la demandante controvierte la sentencia de primer grado, por haber considerado que la decisión carecía de argumentos suficientes para descartar la nulidad pretendida; además, aduce que al momento de su traslado, el asesor se abstuvo de informarle las consecuencias del cambio de régimen lo cual generó que la afiliada perdiera el régimen de transición del que era beneficiaria.

La sentencia de primer grado, se fundamentó en la falta de demostración del dolo, pues la actora

no acreditó bajo qué circunstancias pudo ser engañada por el asesor para obtener su cambio de traslado de régimen.

Para el a quo, el hecho de que la actora suscribiere el consentimiento incorporado en el formulario de traslado y afiliación de la AFP (fl. 31), no significaba que le hubieran sido informadas las consecuencias de su paso al RAIS; le restó mérito de persuasión a los testimonios de Luz Stella Salazar y Mercedes García Acero, pues no era entendible como sus compañeras de trabajo, quienes asistieron a la misma capacitación y tienen el mismo nivel educativo de la demandante, decidieran permanecer en el de prima media administrado por el ISS.

Finalmente, coligió que la demandante no fue engañada al afirmársele la posibilidad de pensionarse con una edad menor a la exigida por el Instituto, en tanto el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 contempla dicha posibilidad.

De lo anterior, es claro que el juzgador de primera instancia no solo desconoció el deber que le asiste a las administradoras de suministrar una asesoría clara y transparente en virtud del inciso 1 del artículo 271, sino que, además, le impuso a la demandante el deber de probar la insuficiencia de la información, decisión que a todas luces contraría lo adoctrinado por esta Corporación, en punto a que la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearla. A manera de ejemplo, esta Sala en sentencia CSJ SL19447-2017, enseñó:

Es que el propio Estatuto de Seguridad Social, desde su origen, reconoce que, en el marco de los regímenes pensionales de prima media y el de ahorro individual con solidaridad, podían presentarse asimetrías en la información, sobre todo con estas últimas Administradoras de Pensiones, y contempló para el efecto unas consecuencias en las que, fundamentalmente, da cuenta sobre lo trascendente de las afiliaciones a ellos para los asociados, máxime la incidencia que, frente al régimen de transición tenían y en ese sentido adopta las correcciones pertinentes, también para los empleadores.

Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Incluso así lo ha destacado la Sala, de tiempo atrás, entre otras en decisión CSJ SL, oct, 2008, rad 31389 en la que explicó:

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de 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 de tomar una opción que claramente le perjudica.

(...)

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.

Del examen del expediente, se desprende que el fondo pensional no aportó prueba de donde se infiera que al momento de la asesoría suministró la información completa y precisa a la demandante, a la sazón beneficiaria del régimen de transición, en tanto para el 1 de abril de 1994 contaba 39 años de edad, de suerte que aflora evidente que la demandada no actuó con diligencia, de un lado, porque desde el inicio dio información parcial en cuanto a la posibilidad de acceder a la prestación de vejez anticipada, sino porque, además, omitió advertir a la actora sobre las consecuencias de su traslado al fondo privado, en específico, sobre la pérdida de su derecho transicional de que gozaba en virtud del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En punto al deber de información que le asiste a las AFP, esta Sala en proveído CSJ SL12136-2014 decantó:

(...) huelga recordar que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 incorporó tres segmentos protegidos por la reseñada transición, todos ellos basados, de manera general, en la edad y tiempo de servicios a su entrada en vigencia. Así dispuso que los hombres mayores de 40 años de edad, las mujeres con 35 años de edad, y las personas que contaran 15 años o más de servicio se les respetarían las regulaciones anteriores, no obstante también contempló que dicha protección transicional no sería aplicable en los eventos en los que las personas, de manera libre y voluntaria, se acogieran al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarían plenamente a sus reglas.

En lo concerniente a ese aparte, la Corte Constitucional tanto en la sentencia C-789 de 2002, como en la 1024 de 2004, condicionó su aplicación y, bajo el desarrollo del concepto de las expectativas legítimas, consideró que ellas debían respetarse para quienes alcanzaron por lo menos los 15 años de servicio, y de esa manera habilitó que se les respetara la transición, con el condicionamiento de que retornaran al de prima media con un ahorro que no fuera inferior al monto del aporte legal que allí les correspondía; distinto del caso de quienes solo tuvieran la edad establecida en el reseñado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que ello parte de un supuesto evidente y es que la manifestación del traslado, como se indicó, estuviera precedida de libertad, y aunque es cierto que reglas jurídicas generales aluden a que debe demostrarse la afectación de la voluntad para anular una actuación particular, esto no puede aplicarse de la misma manera en estos particulares eventos en los que se discute la pérdida del régimen pensional, no solo por la entidad del derecho discutido, sino porque el Estado es garante de la prestación del servicio público obligatorio, y debe dirigirlo, controlarlo y coordinarlo, y por ello deben aplicarse las consecuencias de que no exista una decisión informada (artículos 4 y 5, Ley 100 de 1993).

Es que cuando 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.

En efecto, es el propio Estatuto de la Seguridad Social el que conceptúa que el régimen de ahorro individual con solidaridad, si bien propende por «la competencia entre las diferentes entidades administradoras del sector público y sector social solidario», se rige bajo el respeto del «que libremente escojan los afiliados», lo que exhibe que el legislador, si bien permitió que nuevos actores económicos incursionaran en la administración del Sistema Pensional, no descuidó que se honraran las prerrogativas de los afiliados, menos si se tiene en cuenta, se insiste, que regularía derechos constitucionalmente protegidos como la pensión.

Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1°, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, 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.

Solo a través de la demostración de la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen, es que el juzgador podría avalar su transición; no se trata de demostrar razones para verificar sobre la anulación por distintas causas fácticas, sino de determinar si hubo eficacia en el traslado, lo que es relevante para entrar a fijar la pérdida o no de la transición normativa. Al juzgador no le debe bastar con advertir que existió un traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, sino que es menester, para la solución, advertir que la misma es válida, lo cual resulta un presupuesto obvio, máxime cuando esta Sala ha sostenido que el régimen de transición no es una mera expectativa.

En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino, además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.

Surge obvio que el alcance del tránsito del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, pudo traer para un contingente de personas la pérdida de la transición; por las características que el mismo supone, es necesario determinar si también en esos eventos puede predicarse simple y llanamente que existió libertad y voluntariedad para que el mismo se efectuara.

Realizar dicha tarea debe partir de elementos objetivos, esto es que la libertad en la toma de una

decisión de esa índole, solo puede justificarse cuando está acompañada de la información precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción.

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.

Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

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

En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1° de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.

Conforme lo discurrido es claro que existe ineficacia de la afiliación cuando: i) la insuficiencia de la información genera lesiones injustificadas al derecho pensional del afiliado, toda vez que le impide su acceso a la prestación económica; ii) la simple suscripción del formulario resulta insuficiente, dado que la información brindada, debe corresponder a la realidad y; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las AFP allegar las pruebas sobre los datos proporcionados a los adeptos, los cuales, de no ser ciertos, acarrearán las sanciones previstas en el artículo 271 de Ley 100 de 1993.

Así las cosas, es dable concluir que la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colmena S.A. no realizó el procedimiento que le correspondía, pues en la asesoría que brindó a Marleny Henao no le comunicó sobre su real situación, ni le hizo las advertencias del caso, sobre los riesgos del traslado, pues, de otro modo, no puede explicarse el abandono del régimen de transición.

De lo que viene de decirse, fluye evidente el desatino del

juez de primer grado, de suerte que se revocará parcialmente la sentencia proferida el 5 de diciembre de 2012, en cuanto no declaró la ineficacia del traslado de Marleny Henao Duque a Colmena Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías S.A., hoy Protección S.A.

Ahora bien, en cuanto a las demás pretensiones del libelo inicial, se observa lo siguiente:

En lo que corresponde a la petición de que se conserve el régimen de transición, el parágrafo 4 del Acto Legislativo 01 de 2005, preceptúa:

El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".

Así pues, no se accederá a la petición alegada, pues revisadas las historias laborales allegadas por Protección S.A. (fls. 79 a 88 Cdno. Corte) y Colpensiones (fls. 91 a 97 Cdno. Corte) se observa que la afiliada contaba 652, 21 semanas de cotización al sistema a 31 de julio de 2010, de suerte que no cumple con las exigencias del precepto transcrito.

En ese orden , no podrá accederse al reconocimiento de la pensión de vejez contemplada en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, dado que no es la norma que gobierna el derecho pensional de la actora; tampoco, podrá hacerse lo propio de cara al artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en tanto a la fecha, la actora solo cuenta 946,43 semanas de cotización, no obstante que tenía que alcanzar 1300 para acceder a la prestación, en tanto no logró completar las 1150 exigidas al cumplimiento de la edad (22 de julio de 2009), ni antes del 1 de enero de 2014, en los términos de la norma mencionada.

Sin costas en las instancias.

I. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, en sede de instancia, REVOCA PARCIALMENTE la sentencia proferida por el Juez Primero Adjunto al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, de 5 de diciembre de 2012, en cuanto no declaró la ineficacia del traslado de MARLENY HENAO DUQUE a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS ING, hoy PROTECCIÓN S.A. y, en su lugar, se declara la ineficacia de la afiliación de MARLENY HENAO DUQUE a ING PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., efectuado el 13 de octubre de 1994. Confirma en lo demás.

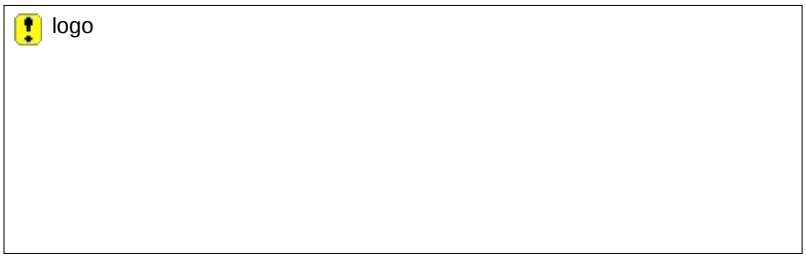
Costas, como se dijo.

Cópiese, notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

DONALD JOSÉ DIX PONNEFZ

JIMENA ISABEL GODOY FAJARDO

JORGE PRADA SÁNCHEZ

SCLAJPT-10 V.00

Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Compilación Juridica MINTIC
n.d.
Última actualización: 31 de mayo de 2024 - (Diario Oficial No. 52.755 - 13 de mayo de 2024)