***ORALIDAD***

**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia, de junio de 2016

**Radicación No**:66001-31-05-005-2013-00627-01

**Proceso**: Ordinario Laboral

**Demandante**: Ramiro Vásquez Cardona

**Demandado:** Colpensiones

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

**Magistrado Ponente:** Francisco Javier Tamayo Tabares.

**Tema a tratar: De la ineficacia del traslado de régimen por incumplimiento al deber de información.** En caso de que se vea truncada la libertad de escogencia, bien sea por la inexistencia del mismo, por la existencia de un vicio en su producción o por la indebida información o su ausencia, quedara sin efecto tal escogencia o traslado, y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador. Ello, por cuanto deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, emanan de una responsabilidad de carácter profesional, que como ha recalcado esta Sala, ciñéndose a los parámetros del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria “les impone el deber de suministrar al afiliado la información suficiente, completa y clara sobre las implicaciones de dicho traslado”.

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los \_\_\_\_\_\_\_\_ ( ) días del mes de junio de dos mil dieciséis (2016), siendo las \_\_\_\_\_\_\_ ( ), reunidos en la Sala de Audiencia la magistrada y los magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el grado jurisdiccional de consulta ordenado frente a la sentencia proferida el 4 de marzo de 2015 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***Ramiro Vásquez Cardona*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones*** y ***Porvenir S.A.***

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

Antes de que procedan los asistentes a descorrer el traslado para alegar en esta instancia, conforme a las voces del artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, digamos que el demandante pretende que se declare la nulidad de su afiliación al RAIS efectuada a través de la AFP Porvenir, y por ende, que su afiliación al Régimen de Prima Media es válida y se encuentra vigente, por lo que nunca perdió los beneficios del régimen de transición que consagra el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En consecuencia, pretende que se condene a la AFP accionada a trasladar los aportes efectuados al RAIS al RPM, y a pagar la diferencia existente entre los aportes realizados y los que se debieron realizar, más las costas procesales.

Como fundamento de las preinsertas súplicas expuso, que nació el 19 de julio de 1950, por lo que al 1º de abril de 1994 tenía más de 40 años de edad; que se afilió al ISS el 23 de julio de 1975 y estuvo activo en dicho régimen hasta el 18 de diciembre de 1996, fecha en la que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual, a través de la afiliación que hizo a la AFP Porvenir S.A.; que el asesor encargado de dicho traslado no le suministró la información necesaria para tomar la decisión, induciéndolo en error; que sufragó 210 y 213 semanas de aportes en el RAIS y en el RPM, respectivamente; que acredita 679 semanas al servicio público; que el 25 de julio de 2012 solicitó ante la AFP Porvenir SA el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, empero, que la misma no le resulta lo suficientemente favorable, pues el monto de la prestación no correspondería a los aportes efectuados en toda la vida laboral, ni a su nivel socioeconómico.

La ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones*** aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento del actor y de su afiliación al RAIS a través de Porvenir S.A., así como la solicitud pensional. Frente a los demás manifestó que no le constaban. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y formuló en defensa de sus intereses las excepciones de “Inexistencia de la Obligación”, “Buena fe” y “Prescripción”.

***Porvenir S.A.*** se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que el actor suscribió válidamente el formulario de traslado al fondo privado, libre de cualquier vicio o engaño atribuible a los asesores comerciales. Propuso como excepciones “Validez de la afiliación al RAIS”, “Buena Fe”, “Caducidad de la acción”, “Inexistencia de vicios del consentimiento” y “Innominada o genérica”

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

 El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira dictó fallo el 4 de marzo de 2015, a través del cual con base en las pruebas allegadas a la actuación, determinó que la afiliación del señor Ramiro Vásquez Cardona al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad era válida, por cuanto para el momento en que se consolidó el mismo, el afiliado no tenía una expectativa legítima para adquirir el derecho a la pensión de vejez. Consideró también la a-quo que dentro del proceso no se acreditó que el traslado estuviese viciado por alguno de los vicios del consentimiento, motivo por el que negó las pretensiones de la demanda y declaró probadas las excepciones de mérito de Validez de la afiliación al RAIS y Buena fe propuestas por Porvenir SA, así como la de

Inexistencia de la obligación demandada planteada por Colpensiones.

Respecto del citado proveído se dispuso el grado jurisdiccional de consulta ante esta Sala y surtido como se encuentra el trámite procesal de la instancia, se procede a desatarlo.

***Del problema jurídico.***

Visto el recuento anterior, la Sala formula el problema jurídico en los siguientes términos:

*¿Quedó acreditada la existencia de un vicio del consentimiento que permita anular el traslado del actor del Instituto de Seguros Sociales a Porvenir S.A.?*

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

***Alegatos en esta instancia***:

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, de respuesta al problema jurídico planteado, se corre traslado por el término de 8 minutos, a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes a la audiencia, empezando por la parte demandante (art. 66 A CPLSS.). Escuchadas las anteriores intervenciones que en síntesis reflejan los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir de fondo, previa las siguientes:

**III. CONSIDERACIONES:**

***3.1. Desenvolvimiento de la problemática planteada***

Entratándose de la afiliación al sistema pensional, lo primero que debe decirse es que los afiliados al mismo cuentan con el derecho de escoger libremente a que régimen se afilian, tal como lo indica el literal b) del canon 13 de la Ley 100 de 1993. En esa libertad de escogencia, es fundamental el consentimiento libre e informado que debe asistir al usuario de la seguridad social y, en caso de que se vea truncado, bien sea por la inexistencia del mismo, por la existencia de un vicio en su producción o por la indebida información o su ausencia, quedara sin efecto tal escogencia o traslado, y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Ello, por cuanto pese a que la Ley de Seguridad Social permitió la coexistencia de dos regímenes solidarios excluyentes, el legislador procuró de manera especial la protección de las prerrogativas de los afiliados al sistema, de modo que, la selección que se haga de cualquiera de ellos debe estar precedida por el respeto a la libre escogencia de los afiliados.

El artículo 1604 ibídem consagra que la prueba de la diligencia o cuidado en la celebración de contratos, incumbe al que ha debido emplearlo.

El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, emanan de una responsabilidad de carácter profesional, que como ha recalcado esta Sala, ciñéndose a los parámetros del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria *“les impone el deber de suministrar al afiliado la información suficiente, completa y clara sobre las implicaciones de dicho traslado”.*

Dicha carga de la prueba recae directamente sobre quien gravita el deber de suministrar la información, en la medida en que con ello la *“prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”* tal como lo pregona el artículo 1604 del Código Civil. Respecto a la información que debe brindar el fondo de pensiones al afiliado, el órgano de cierre de esta especialidad en sentencia del 9 de septiembre de 2008 precisó:

 *“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”.*

***3.2 Caso concreto.***

 No es objeto de discusión en esta contienda que el natalicio del demandante se produjo el 19 de julio de 1950 (fl.17), por cuanto a la entrada en vigencia del Sistema de Seguridad Social frisaba en los 43 años de edad. Se tiene igualmente que el 18 de diciembre de 1996 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual, puntualmente al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A (fl.98).

 Tampoco se discute que el actor no satisface los 15 años de servicios al 1º de abril de 1994, por cuanto a dicha calenda apenas logró encumbrar 651.29 semanas, lo que necesariamente impide que pueda retornar al régimen de prima media con prestación definida, en cualquier tiempo, y así recuperar el régimen transicional, en los términos de las sentencias C - 789 de 2002 y C-1024 de 2004.

Ahora bien, lo que se pretende por esta vía ordinaria es que se declare la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, basado en la existencia de un vicio del consentimiento, dada la omisión de información clara y precisa que ha debido brindarle la A.F.P. al actor, en orden a conocer las condiciones y consecuencias de migración de régimen, máxime, cuando, por el hecho de haber arribado a la edad de 40 años o más, al 1º de abril de 1994, estaba amparado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

De conformidad con lo anterior, tal como se dijo en líneas anteriores, según las voces del artículo 1604 del C.C., la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido empleado, y en este tipo de asuntos, corresponde a la administradora de pensiones, a cuyo cargo estaba el deber de suministrar la información suficiente y completa al afiliado, acerca del impacto del cambio de régimen pensional.

Así pues, el vicio en que eventualmente incurren tales administradoras de pensiones, al no suministrar la información adecuada y precisa a los afiliados respecto de los efectos que acarrea el traslado del régimen, recaerá en la ineficacia de dicho tránsito, por lo habrá de entenderse que el acto nunca produjo efectos jurídicos, al tenor del artículo 897 del C.Co.

En pos de lo anterior, la administradora de fondo de pensiones Porvenir S.A., quien suscitó el traslado del ISS al Régimen de Ahorro Individual, ningún elemento probatorio enlistó con el propósito de acreditar que en este caso en particular, suministró al actor la información necesaria y relevante que llevara consigo la migración de régimen pensional, como quiera que se limitó a aportar pruebas documentales que sólo dan cuenta de la afiliación del actor a esa entidad, de las cotizaciones que este efectuó al sistema y de las gestiones que ha adelantado ante las entidades que intervienen para la emisión del bono pensional (fls.98 a 230).

De modo que, la AFP Porvenir S.A. incumplió la carga que le corresponde, de acreditar la existencia de una decisión informada al actor, acerca de las implicaciones del traslado de régimen pensional, ante el hecho indubitable de que al haber arribado a una edad superior a 40 años a la entrada en vigencia del actual sistema de pensiones, pertenecía al contingente de personas cobijadas con el régimen de transición; consideración ésta que no fue tenida en cuenta por el fondo privado, en orden a ponderar con el afiliado la conveniencia o no de su traslado, por lo que ha debido proporcionarle toda la información relevante para tomar la decisión de afiliarse o no, pues el engaño no sólo se produce con lo que se afirma sino también con el silencio que se guarda respecto de todo lo que resulte relevante para la toma de la decisión que se persigue (sentencias radicado 31989 y 33083 del 2008 y 2011, respectivamente).

En torno a este específico tópico apuntó el órgano de cierre:

*“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” (L. 100/93, art. 1º) 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” (*Sentencia SL12136-2014 de septiembre 3 de 2014. Radicación 46292)*.*

A tono con lo discurrido, es dable afirmar que la omisión o defectuosa información brindada al señor Ramiro Vásquez Cardona, por la AFP Porvenir S.A., fue la causa de su migración al régimen de ahorro individual con solidaridad, con las consecuencias adversas de ver frustrada con el tiempo, la posibilidad de obtener la pensión que le brindaba el régimen de transición, en virtud del mal asesoramiento que se le impartió. En razón de ello, se declarará la ineficacia de dicho traslado, ante la falta al deber de información en que incurrió la administradora de pensiones Porvenir S.A.

Así mismo, se ordenará a dicha AFP que en el término improrrogable de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta sentencia, proceda a efectuar el traslado de los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales y sus respectivos frutos e intereses, a la Administradora del Régimen de Prima Media, Colpensiones, quien deberá proceder a aceptar dicho traslado sin dilación alguna.

Se revocará, por ende, la decisión de primer grado.

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

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

*FALLA*

*Revoca* la sentencia proferida el 4 de marzo de 2015 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de *Ramiro Vásquez Cardona* contra *la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones* y *Porvenir S.A.,* como consecuencia de ello:

1. *Declara* la ineficacia del traslado que *Ramiro Vásquez Cardona* efectuó al RAIS a través de la *AFP Porvenir S.A.* el 18 de diciembre de 1996 dadas las consideraciones que preceden.

***2****.* Ordenaa *AFP Porvenir S.A* que en el término improrrogable de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta providencia, proceda a trasladarlos saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses, a la *Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.*

1. Ordena a la *Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones* que una vez la AFP Porvenir S.A. dé cumplimiento a lo aquí ordenado, proceda aceptar traslado del señor Ramiro Vásquez Cardona, del régimen de ahorro individual, al de prima media con prestación definida.
2. Costas en ambas instancias a cargo de la AFP Porvenir S.A. y a favor del actor.

*NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.*

La anterior decisión queda notificada en estrados.

FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES

Magistrado Ponente

ANA LUCIA CAICEDO CALDERÓN JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

 Magistrada Magistrado

 -Salva voto-

***SALVAMENTO DE VOTO***

*Pereira, dieciséis (16) de junio de dos mil dieciséis*

Toda vez que como sustanciador del presente caso, una vez presenté la correspondiente ponencia, los demás magistrados no la aprobaron y por el contrario coincidieron en proferir la sentencia del día de hoy, de la cual me aparto, es del caso presentar mi salvamento de voto, para lo cual basta resumir los argumentos que en su momento expuse a la Sala como sustento de aquella ponencia inicial.

En efecto, sobre la apreciación del asunto a resolver considero que se debió tener en cuenta lo siguiente:

**NULIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS Y OPORTUNIDAD PARA ALEGARLA.**

De conformidad con el artículo 1741 del Código Civil, la nulidad de los actos jurídicos o de los contratos es absoluta cuando se produce por un objeto o causa ilícita o por falta de las formalidades; mientras que cuando tiene un origen diverso como por ejemplo un vicio del consentimiento, sólo se genera nulidad relativa, que da lugar a la rescisión del acto o contrato.

A su vez, el artículo 1750 del Código Civil prevé que para alegar la rescisión en los eventos en que se alegue la ocurrencia de error o dolo, se cuenta con un plazo de cuatro años contados desde el día de la celebración del acto o contrato.

De otro lado el artículo 1743 *ibídem* dispone que la nulidad relativa se sanea por el paso del tiempo o por ratificación de las partes.

En el presente asunto el señor Ramiro Vásquez Cardona, quien actualmente hace parte del RAIS en calidad de afiliado de la AFP Porvenir S.A., como se infiere del hecho décimo quinto de la demanda –fls.2 a 14- en donde el accionante afirma haber solicitado el 25 de julio de 2012 el reconocimiento de la pensión de vejez en ese régimen; pretende que se declare la nulidad del acto jurídico que dio lugar a su vinculación a la mencionada AFP por traslado del RPM al RAIS, acaecido, según solicitud de vinculación Nº 835779 el 18 de diciembre de 1996 –fl.98-, con el propósito de recuperar el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, del que era beneficiario antes de dicho traslado por tener 43 años de edad al 1º de abril de 1994.

En el expediente no obra documento que acredite en concreto la reclamación de petición de nulidad del traslado, no obstante tomando como fecha de su inconformidad con el régimen, aquella en que inició la presente acción ordinaria laboral, la cual ocurrió el 20 de noviembre de 2013 –fl.46-, fácilmente se percibe que para entonces habían transcurrido 16 años 11 meses y 3 días desde el traslado del RPM al RAIS realizado el 18 de diciembre de 1996.

Tal situación implica que el acto jurídico del traslado del actor, del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, respecto del cual se alega la declaración de nulidad, en razón del supuesto dolo de la administradora de pensiones, ha adquirido firmeza y legalidad pues, al haber transcurrido más de cuatro años desde su realización, cualquier nulidad relativa de que hubiera podido adolecer, ha quedado saneada por el transcurso del tiempo.

De conformidad con lo dicho, no es posible acceder a la pretensión de declaración de nulidad del traslado y, como quiera que las demás pretensiones dependían de su triunfo, se impone la absolución de las entidades demandadas respecto a todas y cada una de las aspiraciones de la demanda.

En el anterior orden de ideas, aunque por las razones aquí expresadas, se debió confirmar la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito el 4 de marzo de 2015.

Dejo de esta manera salvado mi voto.

***JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ***

Magistrado