***ORALIDAD***

**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 12 de mayo de 2016

**Radicación No**:66001-31-05-003-2014-00048-01

**Proceso**: Ordinario Laboral

**Demandante**: Luz Piedad Mesa Toro

**Demandado:** Colpensiones y otro

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

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

**Tema a tratar: De la nulidad del traslado de régimen por vicio en el consentimiento.** El artículo 1604 del C.C. consagra que la prueba de la diligencia o cuidado en la celebración de contratos, incumbe al que ha debido emplearlo. Conviene precisar que 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”.

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los doce (12) días del mes de mayo de dos mil dieciséis (2016), siendo las siete y treinta minutos de la mañana (07:30 a.m.), 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 frente a la sentencia proferida el 9 de febrero de 2015 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***Luz Piedad Mesa Toro*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones*** y ***Protección S.A***, y como litisconsorte necesario ***Porvenir S.A.***

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

***INTRODUCCIÓN***

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 la demandante pretende que se declare la nulidad de su afiliación a Protección S.A. Igualmente, que no medió solución de continuidad en su afiliación al régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones, y que por ende, jamás perdió los beneficios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Pide como consecuencia de lo anterior, que se condene a Protección S.A., a trasladar a Colpensiones, todos y cada uno de los aportes efectuados al RAIS, más las costas procesales.

Como fundamento de las preinsertas súplicas expuso, que nació el 22 de julio de 1957; que empezó su vida laboral el 1 de febrero de 1979; que laboró en entidades del Estado, las cuales cotizaron en distintas Cajas de Previsión; que para los empleados de las empresas públicas Municipales de Pereira el Sistema General de Pensiones inició el 28 de julio de 1994, fecha para la cual fue afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS; que el 1º de febrero de 2004, el asesor comercial de ING S.A con maniobras engañosas, amañadas y mentirosas, la convenció de trasladarse al RAIS, sin informarle acerca de la pérdida de los beneficios transicionales, pese a tener en su haber de aportes a pensión con más de 1.000 semanas y faltarle sólo la edad para hacerse acreedora de la pensión. Refiere que presentó varias solicitudes con el fin de formalizar nuevamente su traslado al Régimen de Prima Media, empero, que todas fueron resueltas de manera desfavorable por las entidades de seguridad social; y que ventiló la controversia por vía de tutela pero le fue negado en ambas instancias.

 Al contestar la demanda, la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que la demandante no cumple con los requisitos establecidos por vía jurisprudencial para regresar en cualquier tiempo al Régimen de Prima. Formuló en defensa de sus intereses las excepciones de fondo que denominó “No cumplimiento de los requisitos jurisprudenciales para recuperar los beneficios de la transición”, “Inexistencia de la obligación” y “Prescripción”.

 A su turno, la AFP Protección S.A. se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra, arguyendo que no fue quien asesoró a la demandante al momento del traslado de régimen, pues llevaba cinco años vinculada a través de Porvenir S.A. Propuso como excepciones de mérito “Validez de la afiliación al RAIS”, “Carencia de acción, causa y de derecho”, “Falta de Legitimación por Pasiva”, “Caducidad de la acción”, “Buena fe” y “Prescripción”.

Dentro del trámite del proceso, mediante providencia del 20 de agosto de 2014 –fl.116 vto- se ordenó la vinculación de Porvenir S.A. en calidad de litisconsorte necesario, quien contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la gestora de la litis, explicando que el traslado de régimen obedeció a la voluntad de la actora y carece de vicio alguno en el consentimiento. Propuso como medios exceptivos los de “Validez de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento”, “Caducidad de la acción”, “Prescripción”, y “Buena fe”.

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

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira mediante sentencia del 9 de febrero de 2015, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte vencida en juicio. Consideró que la carga de demostrar que el vicio en el consentimiento se dio, recae en quien la invoca, y que la parte demandante ningún elemento de convicción allegó a la actuación para probar tal condición, por lo que sus aspiraciones se quedaron sin sustento. Igualmente, precisó que la demandante no tiene 15 años de servicios al 1º de abril de 1994 que le permitan retornar al régimen de prima media con prestación definida, pues sólo alcanza un total de 733.41 semanas a esa calenda.

***III. CONSULTA***

Teniendo en cuenta el mandato contenido en el artículo 69 del Estatuto Instrumental Laboral y de la Seguridad Social, se dispuso la remisión de las diligencias a esta Sala para que se surtiera el grado jurisdiccional de consulta.

***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 de la actora del Instituto de Seguros Sociales a la A.F.P. Porvenir S.A.?*

***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. 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:**

Reza el artículo 1740 del C.C., que “*es nulo el acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa*”.

Se incurre, igualmente, en nulidad absoluta, *“en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces*”. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa.

Así mismo, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1502 y 1508 del Código Civil, el error, la fuerza y el dolo constituyen un vicio en el consentimiento, y por tanto, ante la concurrencia de uno ellos, el contrato será nulo.

Por otra parte, para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario, acorde con el artículo 1502 de la misma codificación: “*1º) que sea legalmente capaz; 2º) que* ***consienta en dicho acto o declaración*** *y su consentimiento no adolezca de vicio; 3º) que recaiga sobre un objeto lícito; y 4º) que tenga una causa lícita”.*

En torno al consentimiento que debe anteceder un acto o declaración, ha de decirse que este necesariamente debe ser claro, es decir, no debe dar lugar a duda alguna de que la persona se está obligando, bien sea porque manifiesta expresamente su intención de hacerlo o porque realiza actos inequívocamente dirigidos a asumir ese rol.

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 e) 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, será pasible de nulidad tal escogencia.

A su vez, 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. Así lo predicó el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, al concretar que:

 *"Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.(…)*

 *"La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

 *"Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad. (…)*

 *"En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada”* (Sentencia del 9 de septiembre de 2008, Radicación 31989 y 31314 y sentencia del 22 de noviembre de 2011, Radicación 33083).

Más recientemente esa misma Corporación sostuvo frente al derecho a la información que les asiste a las personas beneficiarias de transición, cuando van a optar migrar al régimen de ahorro individual:

*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)*.*

***3.2 Caso concreto.***

 No es objeto de discusión en esta contienda que el natalicio de la demandante se dio el 22 de julio de 1957 –fl.23-, razón por la cual era beneficiaria del régimen de transición, por cuanto a la entrada en vigencia del Sistema de Seguridad Social frisaba en los 36 años de edad. Se tiene igualmente que el 18 de noviembre de 1998 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual, puntualmente al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. –fl.148-, y que con posterioridad a esa afiliación, se trasladó a Colfondos S.A. y finalmente a Protección S.A. – fl.176-.

Tampoco se somete a discusión que la actora no logró colmar los 15 años de servicios al 1º de abril de 1994, 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, esta última con ponencia del Doctor Rodrigo Escobar Gil.

Ahora bien, al remitirse al contenido del libelo introductor, la Sala en uso de su facultad de interpretar la demanda, entiende que la súplica de la parte actora va encaminada a 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. a la actora, en orden a conocer las condiciones y consecuencias del cambio de régimen, máxime, cuando, estaba amparada por el régimen de transición por el hecho de haber arribado a la edad de 35 años o más, al 1º de abril de 1994.

De conformidad con lo anterior, tal como se dijo en líneas anteriores, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido empleado, según las voces del artículo 1604 del C.C., que 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 al afiliado, recaerá en una nulidad de carácter relativa y no absoluta, dado que con la omisión o la defectuosa información se ha inducido en error al afectado.

En pos de lo anterior, la administradora de fondo de pensiones Porvenir S.A., vinculada como litisconsorte necesaria, quien suscitó el traslado inicial del ISS al régimen de ahorro individual, ningún elemento probatorio enlistó con el propósito de acreditar que en este caso en particular, suministró a la actora, la información necesaria y relevante que lleva consigo la migración de régimen pensional, pues únicamente allegó pruebas documentales que dan cuenta de la afiliación a esa entidad, su movilidad entre las distintas AFP´s y los aportes efectuados por aquella (fls.148 a 164).

En ese orden, encuentra la Sala que Porvenir S.A. incumplió la carga que se le impone, de acreditar haber transmitido al actor la información clara, cierta y precisa, acerca de las implicaciones del traslado de régimen pensional, ante el hecho indubitable de que al haber arribado a una edad superior a 35 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.

En torno a la información que debe brindar el fondo de pensiones al afiliado, precisó el órgano de cierre de esta especialidad en sentencia del 9 de septiembre de 2008 lo siguiente:

 *“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”.*

Bajo esos parámetros, la Sala concluye que a la señora Luz Piedad Mesa Toro no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado por parte de la AFP Porvenir S.A., siento esa 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 el derecho a la pensión que le brindaba el régimen de transición, con un valor vitalicio constante. Luego entonces, se declarará la existencia de vicio del consentimiento, lo que genera como consecuencia, la nulidad de dicho traslado.

Ahora, en virtud de los efectos de dicha nulidad, se entiende que los actos posteriores a la afiliación primigenia al RAIS, no tienen validez, pues el acto que perfeccionó el traslado estuvo viciado de nulidad, y por tanto, no produjo los efectos esperados. Por ende, la movilidad dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, esto es, de la AFP Porvenir SA a Colfondos, y a su vez de esta a ING Pensiones y Cesantías hoy Protección S.A. siguen la misma suerte del traslado inicial y serán igualmente declarados nulos.

En definitiva, se revocará la decisión de primera instancia, y en su lugar, se declarará la nulidad del traslado de la actora a Porvenir S.A., y de los subsiguientes. Así mismo, se ordenará a la AFP Protección S.A. 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.

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

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

***FALLA***

***Revoca*** la sentencia proferida el 9 de febrero de 2015 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia. Como consecuencia de ello:

***1. Declara*** la nulidad del traslado que **Luz Piedad Mesa Toro** efectuó el 18 de noviembre de 1998 a la AFP Porvenir S.A., así como el posterior traslado a Colfondos y a ING Pensiones y Cesantías hoy Protección S.A. dadas las consideraciones que preceden. En consecuencia se **Declara** que **Luz Piedad Mesa Toro**, es beneficiaria del régimen de transición.

***2.* Ordena**a Protección S.A.trasladarlos saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses, a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

**3. Ordena** a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones que una vez la AFP Protección S.A. dé cumplimiento a lo aquí ordenado, proceda aceptar traslado de la señora Luz Piedad Mesa Toro, del régimen de ahorro individual, al de prima media con prestación definida.

***4.*** Costas en ambas instancias a cargo de la AFP Porvenir y a favor de la actora.

***NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.***

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ISSA RAFAEL ULLOQUE TOSCANO ANA LUCIA CAICEDO CALDERÓN**

 Magistrado Magistrada