***ORALIDAD***

**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia, 23 de junio de 2016

**Radicación No**:66001-31-05-005-2014-00400-01

**Proceso**: Ordinario Laboral

**Demandante**: María Esperanza Hurtado Arango

**Demandado:** Colpensiones y otros

**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 veintitrés (23) días del mes de junio de dos mil dieciséis (2016), siendo las nueve de la mañana (09:00 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 recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida el 9 de abril de 2015 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***María Esperanza Hurtado Arango*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, Porvenir S.A.*** y ***Colfondos 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 las afiliaciones a las AFP´s BBVA Horizonte hoy Porvenir S.A. y a Colfondos S.A., y por ende, que su afiliación al Régimen de Prima Media es válida y se encuentra actualmente vigente; que en razón de ello, nunca perdió los beneficios del régimen de transición que consagra el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que su situación pensional debe ser definida con base en el Acuerdo 049 de 1990. En consecuencia, pide que se condene a las AFP´S demandadas a trasladar los aportes efectuados al RAIS al RPM administrado por Colpensiones, con sus respectivos rendimientos, así como las diferencias existentes entre los aportes realizados y los que debió realizar; más las costas procesales.

Como fundamento de las preinsertas súplicas expuso, que nació el 7 de noviembre de 1956; que se afilió al ISS el 1º de febrero de 1977; que el 30 de agosto de 1996 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual a través de la afiliación que hizo a la AFP Colfondos S.A.; que el asesor encargado de dicho traslado le ofreció beneficios tales como la pensión anticipada o la posibilidad de que sus herederos accedieran al capital de la cuenta individual en caso de fallecer, empero, no le informó acerca de las consecuencias legales que le traería dicha migración de régimen, como es, la pérdida del régimen de transición.

 Refiere que el 15 de marzo de 2002 suscribió una nueva afiliación con el Fondo de Pensiones y Cesantías BBVA Horizonte hoy Porvenir S.A.; que sufragó al sistema pensional un total de 1.544 semanas, de las cuales 750 lo fueron antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005; y que al solicitar un estudio de proyección de su pensión de vejez en el RAIS, este arrojó una mesada pensional para el 2013 de $2`039.000, y que de no haber sufrido el engaño por parte de los fondos privados, la misma ascendería en el RPM a $2`763.422.

La ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones*** aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento de la actora, su afiliación al RAIS a través de ColfondosS.A., y su posterior traslado a Porvenir S.A. 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 “Falta de legitimación en la causa por pasiva” e “Inexistencia de la Obligación demandada” y “Prescripción”.

***Colfondos S.A.*** en respuesta a la demanda se opuso a las pretensiones formuladas en su contra, alegando que no existe causa para anular la afiliación al fondo privado, puesto que no existió vicio en el consentimiento de la demandante ni se le ocultó información antes de su afiliación. En su defensa propuso las excepciones de “Selección libre y voluntaria de régimen por parte de la demandante”, “inexistencia de ocultamiento de información y vicio en el consentimiento”, “Buena Fe” e “Inexistencia de diferencias en las cotizaciones realizadas al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, respecto de las que pudo realizar al Régimen de Prima Media con prestación definida”.

Por su parte, **Porvenir S.A.** aceptó lo concerniente al traslado de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. a Colfondos S.A. y la densidad de semanas cotizadas por la actora a la entrada en vigencia del A.L. 01 de 2005. Se opuso igualmente a la prosperidad de las pretensiones y formuló como excepciones las de “Validez de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicio en el consentimiento”, “Caducidad de la acción”, “Prescripción” y “Buena Fe”.

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

 El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira dictó fallo el 9 de abril de 2015, a través del cual determinó con base en las pruebas allegadas a la actuación, que si bien la AFP Colfondos no cumplió con el deber de información que le asistía respecto a su afiliada, esta no demostró la configuración de ninguno de los elementos que vician el consentimiento, por lo que concluyó válidos los traslados del RPM al RAIS y a su vez, entre los fondos privados demandados. Luego, advirtió que la demandante superó con creces 15 años de servicios al 1º de abril de 1994, por cuanto a esa calenda cotizó válidamente al sistema pensional un total de 726.21 semanas de aportes a esa calenda, y además existen periodos en mora los cuales suman 565.14, por lo que concluyó que podía retornar en cualquier tiempo al régimen de prima media y conservar los beneficios del régimen de transición.

***III. APELACIÓN***

Inconforme con la decisión, se alzó la vocera judicial de la demandante, arguyendo que la a-quo realizó una valoración equivocada del material probatorio traído a juicio, en tanto que, optó por no declarar la nulidad de afiliación frente a Colfondos y posteriormente frente a Porvenir, muy a pesar de que dentro de la actuación quedó acreditado el incumplimiento del deber de información del fondo privado frente a su afiliada.

Por su parte, Porvenir S.A. discrepó de la sentencia, aduciendo en la alzada que la demandante no acredita la densidad de semanas necesarias para regresar al régimen de prima media, por cuanto el tiempo contabilizado por la Jueza a-quo a título de mora patronal, se encuentra registrado dentro de las 726.21 semanas de aportes que arroja la historia laboral.

Además del recurso sintetizado, se dispuso la consulta de la providencia, por afectarse a Colpensiones, en los términos del artículo 69 del CPTSS.

**Del problema jurídico.**

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

*¿Acreditó la demandante los 15 años de servicios al 1º de abril de 1994, que le permitan retornar en cualquier tiempo al Régimen de Prima Media con prestación definida, y recuperar los beneficios transicionales que prevé el artículo 36 de la Ley 100 de 1993?*

*¿Hay lugar a pregonar la ineficacia del traslado de la actora del Instituto de Seguros Sociales a Colfondos 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, 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 Retorno al régimen de prima media con prestación definida.**

Precisa advertir respecto al traslado de regímenes pensionales que, la Corte Constitucional a través de la sentencia SU 130 de 2013, unificó la jurisprudencia, y además de ratificar las posiciones establecidas en sentencias C-789 y 1020 del 2002 y 2004, respectivamente, clarificó lo concerniente a las personas que pueden retornar al régimen de prima media con prestación definida, conservando los beneficios de la transición. Para ello, estableció los siguientes requisitos:

 (i)              Tener, al 1º de abril de 1994, 15 años de servicios cotizados.

1. Trasladar al régimen de prima media todo el ahorro que hayan efectuado en el régimen de ahorro individual
2. Que el ahorro hecho en el régimen de ahorro individual no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.”

***3.2 Caso concreto.***

En el sub-lite, no abriga hesitación alguna el hecho de que el natalicio de la demandante se dio el 07 de noviembre de 1956, de modo que, a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones frisaba en los 37 años de edad. Se tiene igualmente que estando la demandante afiliada al Régimen de Prima Media el 30 de agosto de 1996 decidió trasladarse al Régimen de Ahorro Individual, puntualmente al Fondo de Pensiones y Cesantías Colfondos (fl.41).

Como se dijo en el acontecer procesal antes relatado, el ataque presentado por la AFP Porvenir S.A., persigue que se determine que la demandante no cumple con la densidad de semanas exigidas por la Corte para retornar, en cualquier tiempo, al régimen de prima media con prestación definida y recobrar los beneficios transicionales que prevé el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En efecto, verificada la historia laboral válida para bono pensional emitida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público –fl.167 a 172-, se tiene que la demandante no satisfizo 15 años de servicios al 1 de abril de 1994, por cuanto a dicha calenda apenas encumbraba 726.72 semanas, situación que le impediría 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.

Ello, por cuanto no había lugar a declarar la existencia de mora patronal en el pago de los aportes desde junio de 1983 hasta diciembre de 1994, pues la documental adosada al infolio ofrece que durante dicho periodo existieron no sólo afiliaciones con otros empleadores sino también cotizaciones simultáneas, las cuales, como es sabido, no pueden contabilizarse de forma independiente en la medida en que únicamente valen para incrementar el Ingreso Base de Cotización del respectivo ciclo. Prospera, entonces, el recurso propuesto por el fondo privado, Porvenir S.A.

En cuanto a la inconformidad presentada por la vocera judicial de la demandante, consistente en la indebida valoración probatoria que hizo la sentenciadora de primer grado y que impidió la declaratoria de nulidad del traslado del RPM al RAIS a través de la afiliación a Colfondos S.A., habrá que decir que 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 a la afiliada, 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 Colfondos 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 a la actora 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 de la actora a esa entidad y de las cotizaciones que esta efectuó al sistema –fls.115 a 117-.

Adicional a ello, los dichos de los testigos traídos a juicio a instancias de la parte actora, fueron enfáticos en manifestar que Colfondos S.A. no analizó de manera particular la situación de la demandante ni de las demás personas que asistieron a la reunión convocada por el fondo; que tampoco realizó proyecciones económicas de la pensión, ni explicó las implicaciones de la eventual decisión de trasladarse de régimen.

Acorde con lo anterior, se tiene que la AFP Colfondos S.A. incumplió la carga que le corresponde, de acreditar la existencia de una decisión informada a la actora, 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 la afiliada 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 a la señora María Esperanza Hurtado Arango, por la AFP Colfondos 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 tales condiciones, es evidente que la Jueza a-quo se equivocó al declarar la validez de la afiliación a Colfondos S.A., y en razón de ello, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS.

Ahora, en virtud de los efectos de dicha declaratoria de ineficacia, se entiende que los actos posteriores a la afiliación primigenia al RAIS, tampoco tienen validez, pues el acto que perfeccionó el traslado no produce efectos jurídicos.

Por ende, la movilidad dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, esto es, de la AFP Colfondos a BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A. sigue la misma suerte del traslado inicial y será igualmente declarado ineficaz.

Así las cosas, se revocará la decisión de primera instancia, y en consecuencia, se declarará la ineficacia del traslado de la actora a Colfondos S.A y de ésta a BBVA Horizonte hoy Porvenir S.A., siendo del caso ordenar a dicha Administradora de Fondo de Pensiones, que en el término improrrogable de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta providencia, realice el traslado de los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses, a la administradora del régimen de prima media, en cabeza de Colpensiones, quien deberá aceptar dicho traslado sin dilación alguna.

Así mismo, se declarará que en principio la actora es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Adicionalmente, con lo expuesto, quedan implícitamente resueltas negativamente las excepción propuestas por las demandadas.

De esta manera quedan solventadas las inconformidades presentadas por la demandante y el vocero judicial de Porvenir S.A. y el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de Colpensiones.

Costas en ambas instancias a cargo de la AFP Colfondos 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 abril de 2015 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de *María Esperanza Hurtado Arango* contra la *Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones*, *Porvenir S.A. y Colfondos S.A*., como consecuencia de ello:

 *Declara*la ineficacia del traslado que *María Esperanza Hurtado Arango* efectuó al RAIS a través de la *AFP Colfondos S.A****.*** el 30 de agosto de 1996, así como la afiliación posterior a BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A. dadas las consideraciones que preceden.

2. *Declara q*ue *María Esperanza Hurtado Arango* es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

*3****.*** *Ordena a 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 de la señora *María Esperanza Hurtado Arango*, del régimen de ahorro individual, al de prima media con prestación definida.
2. Declara no probadas las excepciones de fondo propuestas por las demandadas.
3. Costas en ambas instancias a cargo de la AFP Colfondos S.A. y a favor de la actora.

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

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

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

 Magistrada Magistrada