Providencia: Sentencia del 4 de marzo de 2016

Radicación No.: 66001-31-05-002-2013-00132-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Marino Acosta Marulanda

Demandado: Protección S.A. y otros

Juzgado de origen: Segundo Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

**Tema:**

ERROR COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO EN TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL/ Fondo de pensiones debe acreditar que brindó información veraz y suficiente al afiliado sobre los efectos del cambio de régimen

“(…) la AFP COLMENA (Hoy Protección S.A.) no aportó ningún elemento probatorio del cual pueda deducirse que el demandante recibió la información necesaria y relevante que lleva consigo el cambio de régimen pensional, lo que deviene inevitablemente en la anulación del traslado, pues es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime en el caso del demandante, que cotizó a lo largo de su vida con un salario mínimo, lo que hace que sea muy difícil la acumulación del capital suficiente para pensionarse antes de los 62 años de edad.”

Citas: Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia No. 31989 del 9 de septiembre de 2008; Tribunal Superior de Pereira, Sala Laboral, providencias del 25 de abril de 2015 -rad. 2013-00604- y del 2 de octubre de 2015 -rad. 2013-0275-; doctrina: Josserand, Derecho Civil, Tomo II Vol. II, pg. 68, 1950.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

Magistrada Ponente: Ana Lucía Caicedo Calderón

Acta No. \_\_\_

**(Marzo 4 de 2016**)

Sistema oral - Audiencia de juzgamiento

Siendo las 9:30 a.m. de hoy, viernes 4 de marzo de 2016, la Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior de Pereira se constituye en audiencia pública de juzgamiento en el proceso ordinario laboral instaurado por **MARINO ACOSTA MARULANDA** en contra de **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTÍAS ING S.A. (HOY PROTECCIÓN S.A.)**, **ADMINISTRADORA BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS (HOY PORVENIR S.A.)** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.** Para el efecto, se verifica la asistencia de las partes a la presente diligencia: Por la parte demandante… Por la demandada…

**Alegatos de conclusión**

De conformidad con el artículo 82 del C.P.T y de la S.S., modificado por el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, se concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión. Por la parte demandante… Por la parte demandada…

**SENTENCIA**

Como quiera que los fundamentos de los argumentos expuestos en las alegaciones se tuvieron en cuenta en la discusión del proyecto, procede la Sala a resolver el recurso de apelación propuesto por la parte demandante en contra de la sentencia absolutoria emitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira el día 13 de noviembre de 2014.

**PROBLEMA JURIDICO A RESOLVER**

El problema jurídico se contrae a verificar si estuvo viciada la afiliación del demandante al RAIS, y en caso afirmativo, si resulta procedente la anulación del traslado de régimen pensional.

1. **LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN**

 El señor **MARINO ACOSTA MARULANDA**, a través de apoderado judicial, pretende que la justicia laboral declare que su traslado del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (HOY COLPENSIONES) a COLMENA PENSIONES Y CESANTÍAS (hoy PROTECCIÓN S.A.) es nulo por haber mediado *“un vicio en el consentimiento del afiliado, es decir, error de hecho”.*

 Como consecuencia de aquella primera declaración, pide igualmente que se declare válida y vigente su afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -Administrado por COLPENSIONES-, su calidad de beneficiario del Régimen de Transición estatuido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y la posibilidad de pensionarse bajo la egida del artículo 1º de la Ley 71 de 1988, por acreditar la edad mínima y más de 20 años de servicios entre tiempos públicos y privados.

 En suma de las anteriores declaraciones, pretende que se condene a las codemandadas, PROTECCIÓN S.A. y BBVA HORIZONTE, a trasladarle a la también codemandada COLPENSIONES, la totalidad de los aportes por él efectuados al RAIS; y que, a título de indemnización por los perjuicios, las dos primeras cancelen a COLPENSIONES la diferencia que pudiere llegar a darse entre los aportes realizados al RAIS y los que deben acreditarse en el Régimen de Prima Media.

 El demandante narró como sustrato fáctico de las anteriores peticiones los hechos que a continuación se compendian: que llegó a la edad de 60 años el 24 de noviembre de 2011, y que a lo largo de su vida laboral, entre 19 de diciembre de 1980 y el 31 de agosto de 2012, efectuó aportes del Sistema General de Pensiones, así: al Fondo de Previsión Social CASERIS (por medio del Departamento de Risaralda) entre el 19 de diciembre de 1980 y el 30 de julio de 1991 (553,71 semanas); que el 13 de noviembre de 1991 se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (Hoy COLPENSIONES), fondo donde cotizó un total de 349,29 semanas y en el que estuvo afiliado hasta el 13 de agosto de 1998, cuando se trasladó a COLMENA PENSIONES Y CESANTÍAS (Hoy PROTECCIÓN S.A.), fondo del que a su vez se trasladó a COLPATRIA PENSIONES Y CESANTÍAS (Hoy BBVA HORIZONTE) el 4 de noviembre de 1999.

 Señala igualmente que el traslado de régimen pensional obedeció a que el asesor con quien suscribió el acta de afiliación a COLMENA omitió su deber de información pues lo indujo a firmar el formulario argumentando **1)** que la AFP para la cual trabajaba era la mejor para la época, pues le garantizaba una pensión con una mesada mayor y con menos años de los que se requería en el ISS; **2)** que el ISS se acabaría y que sus cotizaciones se perderían. Debido a esa información, el demandante, temeroso de perder sus cotizaciones, decidió trasladarse a COLMENA.

 A lo anterior agrega que jamás le explicaron las desventajas que suponía trasladarse de Fondo teniendo en cuenta su condición de beneficiario del régimen de transición.

 **PROTECCIÓN S.A.** (Fls. 126 al 157)se opone a la totalidad de las pretensiones de la demanda y propone como excepciones la de “falta de causa para pedir”, “inexistencia de las obligaciones demandadas”, “buena fe de la AFP Protección S.A.”, “prescripción”, “innominada o genérica”, “compensación” y “falta de requisito de las 750 semanas cotizadas que permite la libre movilidad entre regímenes pensionales”. Frente a los hechos, reconoce que el demandante se afilió al RAIS inicialmente ante la AFP COLMENA S.A., lo cual en efecto ocurrió el 13 de agosto de 1998. Advirtió, sin embargo, que no es cierto que COLMENA S.A. posteriormente pasara a ser ING S.A. porque antes de ello fue pensiones SANTANDER S.A., no obstante es cierto que hoy COLMENA S.A. es PROTECCIÓN S.A. De otro lado, asegura que el traslado a Colmena Pensiones y Cesantías, luego a COLPATRIA S.A., son producto de la libre voluntad del afiliado, *“quien en dos oportunidades distintas uso (sic) de su derecho a escoger el Fondo al cual quería pertenecer, sin que en ningún momento manifestara su inconformidad frente al proceso de vinculación ante el RAIS”.*

En relación a la entidad del engaño al que supuestamente fue sometido el afiliado por parte del asesor de la AFP COLPATRIA S.A., según lo indicado en la demanda, pese a que PROTECCIÓN S.A. no intervino de manera directa en aquel del traslado de régimen, dijo que es temeraria una afirmación en tal sentido, puesto que todos los Fondos Privados adelantan exhaustivos procesos de capacitación a sus asesores comerciales con el fin de garantizar una orientación profesional a sus afiliados en el momento de la vinculación al RAIS, circunstancia que ratifica el trabajador con su propia firma en el formulario de afiliación, dentro de la cual se deja constancia expresa en el sentido de que la decisión de vincularse a la entidad ha sido libre, voluntaria y espontánea.

 Asimismo, indicó que no es razonable que de manera deliberada se lancen acusaciones contra los Fondos Privados para definir una estrategia de ataque procesal sin siquiera demostrar lo que se argumenta, pues no debe ponerse en duda que, por ejemplo, nada impide que el RAIS reconozca un pensión de vejez antes de que el afiliado llegue a la edad de 60 años, para lo cual, obviamente, resulta indispensable que este último acredite que el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, lo que incluye el valor del bono pensional, si lo hubiere, es suficiente para financiar una pensión de al menos un salario mínimo mensual vigente.

 Por su parte, **BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS (**Hoy **PORVENIR)**, acepta que el demandante se vinculó a la AFP Horizonte, lo cual hizo de manera libre, espontánea y sin presiones, tal como consta en el documento anexo a la contestación; que antes de su vinculación a Horizonte, el demandante se afilió al RAIS primigeniamente con la AFP COLMENA (Hoy Protección S.A.).

 De otra parte indica que **BBVA HORIZONTE** tiene implementado un programa de capacitación a todos los asesores comerciales, tendiente a que transmitan la información de manera clara y veraz a los potenciales afiliados, y que en todo caso no puede obviarse que toda persona tiene la posibilidad de pensionarse a cualquier edad, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, porque en este Régimen poco o nada importa la edad, sino el monto de dinero depositado en la cuenta de ahorro individual, que permita financiar la pensión de vejez. Agrega que el RAIS reporta algunos beneficios que no están garantizados en el Régimen de Prima Media con Prestación definida: 1) la posibilidad pensionarse antes de cumplir la edad de 62 años (hombre) y 57 (mujeres), 2) la garantía de una rentabilidad mínima del ahorro, 3) garantía de pensión mínima cuando los afiliados no alcancen a ahorrar el capital mínimo requerido para obtener derecho a una pensión; 4) posibilidad de incrementar el capital pensional por medio de rendimientos acumulados, aportes voluntarios a la cuenta individual o el valor del bono pensional; 5) el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual hace parte de la masa sucesoral del afiliados, 6) la posibilidad de recibir excedentes de la pensión de vejez, etc. Con sustento en todo ello, rechaza la prosperidad de las pretensiones y antepone las excepciones de “validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad”, “caducidad de la acción”, “prescripción”, “buena fe” y la “innominada o genérica”.

 Por último, **COLPENSIONES** también se opone a las pretensiones de la demanda y promueve en su defensa las excepciones de “no beneficiario del régimen de transición”, “inexistencia de la obligación” y “prescripción”.

1. **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

 La jueza de primer grado absolvió de las pretensiones a los demandados, para lo cual argumentó que el demandante no acreditaba más de 15 años de servicios o su equivalente en semanas cotizadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (lo cual ocurrió el 1º de abril de 1994), lo que impide su libre movilidad entre regímenes pensionales. Ello se traduce en que, una vez que el afiliado se traslada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pierde de manera definitiva los beneficios transicionales establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y aunque puede retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES (Antes ISS), su situación pensional habrá de resolverse aplicando las normas del marco general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993.

 De otra parte, indicó que los hechos de la demanda NO coinciden con la versión de los deponentes, quienes nada dijeron acerca de la supuesta información engañosa que incidió sobre la voluntad del demandante y que lo llevó a tomar la mala decisión de trasladarse de régimen pensional; al contrario, le endilgaron toda la responsabilidad del traslado al empleador, quien, según ellos, bajo la amenaza de despido, presionó el traslado de sus trabajadores, más de 70, a la AFP COLMENA S.A.

 Adicional a ello, los deponentes no eran creíbles, como quiera que, por ejemplo, uno de ellos, Fray Martin Barrera, aseguró que asistió a la reunión en la que una asesora de COLMENA S.A. diligenció el traslado del demandante al RAIS, reunión que debió haberse llevado a cabo en el año 1998; sin embargo, el mismo deponente reconoció que ingresó a trabajar en la misma empresa del demandante entre el año 2000 ó 2001; y el otro declarante, JAIME LORENZO LOAIZA, hizo evidente el resentimiento con la empresa, y fue quien más insistió en hacer responsable del traslado al empleador.

 En los alegatos de conclusión el demandante señaló como hecho nuevo que su afiliación a la AFP COLMENA S.A. se registró con los datos inscritos en su cédula de ciudadanía, en la que se registra como fecha de nacimiento el día 24 de noviembre de 1951, cuando la fecha correcta es la que aparece en su Registro Civil de Nacimiento, esto es, el 2 de diciembre de 1951, ello viciaba de nulidad absoluta la afiliación, pues el documento idóneo para probar el estado civil de las personas es el registro civil y no la cédula de ciudadanía. En respuesta a esto, la a-quo indicó que ese error no afecta la validez del documento y que nadie puede alegar a su favor su propia culpa.

1. **RECURSO DE APELACIÓN**

La apoderada judicial del demandante promueve recurso de apelación en contra de la decisión acabada de resumir, insiste en la nulidad del acto de afiliación por el errado registro de la fecha de nacimiento del afiliado y señala además que la AFP COLMENA S.A. (HOY PROTECCIÓN S.A.) incumplió de manera flagrante con el deber profesional de asesorar debidamente al demandante, a quien jamás le advirtieron los efectos negativos del traslado de régimen, pues este se afilió al RAIS sin saber que con ello perdería los beneficios transicionales que le permitían pensionarse a los 60 años de edad con tan sólo 1000 semanas cotizadas.

1. **CONSIDERACIONES**
	1. **VICIOS DEL CONSENTIMIENTO**

 Para la validez de un acto jurídico es necesaria la manifestación de la voluntad del agente o agentes que intervienen en su declaración; de modo que es indispensable que dicha voluntad sea sana, es decir, que no adolezca de vicios, pues su presencia destruye la libertad y la conciencia que la ley presupone en el agente o agentes al reconocerles poder suficiente para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

 Al respecto el artículo 1502 del Código Civil, dice que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario que consienta en dicho acto o declaración de voluntad y su consentimiento no adolezca de vicios. A su vez, el artículo 1508 ídem dispone que los vicios del consentimiento son: el error, la fuerza y el dolo.

* + 1. **EL DOLO COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO**

 En lo que hace referencia particular al dolo, sinónimo de la supuesta trampa tendida por el asesor de la AFP, cabe recordar que éste implica *“una maquinación, un atentado voluntario contra el derecho y los intereses del prójimo (...) se trata de una astucia, de un engaño que tiene como resultado sorprender el consentimiento de la víctima, el cual, por consiguiente, queda con ello viciado*” (Josserand, Derecho Civil, Tomo II Vol. II, pg. 68, 1950).

 Así, habrá dolo siempre que alguien con la intención positiva de inferir daño observe cualquier conducta apta para inducir a otra persona a celebrar un acto jurídico o a aceptar ciertas condiciones de éste. El dolo, vale advertir, puede presentarse mediante un acto afirmativo o mediante una omisión. Al respecto, el inciso final del artículo 63 del Código Civil, define que el dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

 Con ponencia del Magistrado Julio Cesar Salazar Muñoz (sentencia del 2 de mayo de 2013, Rad. 2012-00078), a la luz del tenor literal del artículo 1515 del Código Civil, la Sala precisó que el dolo solo tiene la virtualidad de viciar el consentimiento cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él (sin el dolo) no habría sido suscrito el contrato.

A su vez, el artículo 1516 ibídem, establece que el dolo solo se presume en los casos especialmente señalados por la ley, siendo en los demás eventos necesaria su prueba por parte de quien lo alega. Así, como regla general, es necesario que quien alega la existencia de un vicio de consentimiento por dolo, encamine las pruebas a demostrar el carácter malicioso de quien alentó el cambio de régimen.

El tratadista Eduardo Zuleta Ángel considera que la configuración del dolo como elemento que vicia el consentimiento requiere de la materialización de cinco requisitos: 1º) que el dolo haya sido empleado a sabiendas de que se engañaba; es, pues, necesario un criterio intencional; 2º) que sea reprensible, contrario al orden social, inmoral, distinto a las costumbres; 3º) que sea ejecutado por el co-contratante; 4º) que el móvil tenga el carácter de determinante; 5) que sea probado.

* + 1. **EL ERROR COMO VICIO DE CONSENTIMIENTO**

 Otro vicio del consentimiento en la celebración de los [actos jurídicos](http://derecho.laguia2000.com/parte-general/hechos-y-actos-juridicos) es el error de hecho, que aparece cuando se tiene conocimiento de algo, pero de manera falsa, distinguiéndose de la ignorancia, donde el sujeto cognoscente directamente nada conoce del objeto. Sin embargo, jurídicamente la ignorancia equivale al error en sus efectos, tornando [nulo](http://derecho.laguia2000.com/parte-general/la-nulidad-de-los-actos-juridicos) o anulable (rescindible) el acto por [vicio de voluntad](http://derecho.laguia2000.com/parte-general/los-vicios-de-la-voluntad). Se trata de una autentica causa de inculpabilidad, en la que no existe dolo alguno, aunque contempla la posibilidad de que pueda provenir de culpa.

 Según el Código Civil Colombiano, no todo error que cometan los agentes repercute sobre la eficacia de los actos jurídicos, sino solamente aquel que, real o presuntamente, llegue a convertirse en el móvil determinante de la voluntad, o sea, en la causa de la prestación de dicha voluntad, pues el artículo 1524 no puede haber obligación sin una causa real y licita, de manera que el error accesorio o no esencial, no repercute en la eficacia del acto en que incide. En consecuencia el error como vicio de consentimiento es aquel que por ser esencial, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial[[1]](#footnote-1).

Es habitual que la falta de información o la desinformación en uno de los sujetos contratantes produzca una voluntad deformada que implique el afloramiento del error. En este sentido la insuficiente y equivocada información puede sugerir un error que suponga un vicio de voluntad invalidante del consentimiento. De esta manera surge la obligación o el deber de informar debidamente, por ejemplo, a los compradores de los impedimentos o deficiencias del objeto del contrato en base a los principios de confianza y buena fe que debe presidir toda relación jurídica inter partes. Verbigracia, la adquisición de un predio destinado a vivienda que, sin embargo, carece de habitabilidad legal al resultar imposible obtener licencia de construcción. En este caso, la información facilitada por los vendedores y por el agente inmobiliario induce a error puesto que lo que en realidad creían adquirir los compradores era una vivienda cuando este fin quedaba frustrado a raíz de las circunstancias legales que no permitían la habitabilidad. En consecuencia, se ha producido un error sobre las condiciones esenciales de la cosa objeto del contrato, lo que ha frustrado la causa del mismo y la voluntad negocial.

La doctrina jurisprudencial en materia de error como determinante de la nulidad de los contratos realiza una lectura restrictiva del error invalidante, incluso excluye la posibilidad de error de derecho, ello por principios inherentes y afianzados en nuestra cultura jurídica como bien puede ser el principio de conservación del contrato y el principio de seguridad jurídica.

* 1. **VICIOS DEL CONSENTIMIENTO EN MATERIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN – PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL**

Ahora bien, en reciente decisión del 2 de octubre de 2015, Rad. 2013-0275, M.P. Francisco Javier Tamayo Tabares, la Sala Mayoritaria indicó que *“el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, emana 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”.*

Se precisó en la precitada providencia, que la 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.

 Dicha postura se acompasa a la expresada por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que señaló que “*la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, lo que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial 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. En esa medida, agregó, "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”,* (al respecto se puede ver también entre otras la sentencia la sentencia No. 31314 y la No. 33083).

 En efecto, en Sentencia del 9 de septiembre de 2008, Radicado No. 31989, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, la Corte declaró la nulidad del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual de una persona que, al momento del traslado, ya había reunido los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media, por lo tanto, consideró que se configuró el engaño por parte de la entidad administradora de pensiones, pero no por lo que se le afirmó al afiliado, sino por el silencio que guardó, se reitera, pues se trataba de una información que resultaba relevante para tomar la decisión.

 Así mismo, en sentencia del 22 de noviembre de 2011, Radicado No. 33083, M.P. Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, nuestro máximo tribunal en lo laboral declaró la nulidad del traslado del régimen de una persona que en ese momento ya tenía las semanas requeridas para acceder a la pensión de vejez pero solo contaba con 58 años de edad, es decir, que estaba solo a la espera de que transcurrieran 2 años para cumplir la edad requerida, por lo tanto, a juicio de la Corte, se trataba de un afiliado que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales por estar próximo a cumplir los requisitos, concluyendo que también el fondo de pensiones incurrió en una grave omisión al no advertir dicha situación particular al actor.

 En ese orden de ideas, retomando, el error como vicio que afecta a la formación de la voluntad de uno de los contratantes, es aquel que significa un falso conocimiento de la realidad capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida. Ahora bien, partiendo de la esfera interna y personal que implica la propia voluntad, de la imposibilidad de una manifestación puramente objetiva de la misma por su insondable naturaleza, la actividad probatoria será la que constate la existencia del error, con miras a determinar si finalmente éste tiene la entidad suficiente para convertirse en invalidante del consentimiento.

1. **CASO CONCRETO**

Bajo los anteriores parámetros, puesta la mirada en la demanda, es evidente que el engaño denunciado por el demandante tuvo como escenario las instalaciones de la empresa LA JIRAFA S.A., lugar donde se llevó a cabo una reunión en la que un asesor -asesora, según lo dicho por los deponentes- lo convenció de cambiarse de régimen pensional -del ISS al COLMENA S.A.- como única manera de esquivar los potenciales riesgos derivados de la inminente desaparición del Régimen de Prima Media administrado por el ISS (hoy Colpensiones), pero además, bajo la promesa de que su pensión la reconocerían anticipadamente, esto es, antes de que cumpliera la edad de 60 años.

Además de ese supuesto engaño, atribuido al agente de COLMENA S.A., también en la demanda se indicó que la AFP omitió informarle al actor los efectos adversos del traslado de régimen, en razón de lo cual no pudo advertir a tiempo que al suscribir la afiliación al RAIS, de contera perdería las ventajas y prerrogativas reconocidas por la ley a los beneficiarios del régimen de transición.

En suma de lo dicho, si en verdad los hechos ocurrieron tal cual se narra en demanda, la afiliación del demandante al RAIS se provocó con dolo, pues aparentemente fue víctima de un engaño por parte de un asesor(ra) de la AFP Colmena; pero también por error, dado que la mentada AFP no le suministró información veraz y suficiente que permitiera anticipar los efectos adversos derivados de la afiliación a un régimen pensional diferente al de prima media con prestación definida al cual se encontraba afiliado antes de trasladarse al RAIS, máxime cuando el actor era beneficiario del régimen de transición al contar con 42 años al 1º de abril de 1994.

Conviene recordar que en aquel primer escenario, la carga de la prueba, se itera, recae sobre quien alega el dolo; empero, en el segundo, corresponde a la AFP demostrar que actuó con la debida diligencia y cumplió con el deber de proporcionar información veraz y suficiente que permitiera al afiliado tomar en consideración, con suficientes elementos de juicio, las consecuencias concretas de su traslado al RAIS; porque incluso, a pesar de que el conocimiento sea accesible al leer la norma, eso no significa que se haya accedido a él, y como se ha podido constatar en la jurisprudencia nacional reseñada, las Administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con solidaridad (RAIS) tienen el ineludible deber de advertir al potencial nuevo cliente, siempre que sea uno de aquellos que la Ley hace beneficiario del régimen de transición, que su vinculación al Fondo supone la automática renuncia a los beneficios legales previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

 De modo que a la AFP correspondía, valga recabar en ello, demostrar que su afiliado recibió información clara, veraz y suficiente, encaminada a urdir en él un moderado entendimiento del acto jurídico de traslado de régimen. Es decir, resulta indispensable, para la validación del traslado de régimen, que en sede judicial haya quedado demostrado que pese a que el afiliado conocía el riesgo de perder la calidad de beneficiario del régimen de transición, prefirió trasladarse al RAIS movido por una u otra utilidad, provecho o ventaja no ofertada por el Régimen de Prima Media con Prestación Definida al cual se encontraba afiliado.

 Todo ello cobra especial relevancia jurídica, en la medida que de haber continuado el demandante afiliado al ISS, habida cuenta de su calidad de beneficiario del régimen de transición, tendría derecho a recibir la pensión de vejez al llegar a la edad mínima de 60 años, siempre que hubiere cotizado al menos 1000 semanas o su equivalente en tiempo de servicios -cuando lo reclamado sea la jubilación por aportes (Art. 1º de la Ley 71 de 1988)-; mientras que, debido al traslado, en el RAIS, así se diga que allí la pensión depende de la suficiencia del saldo de la cuenta de ahorro individual del afiliado, es claro que cotizando con la base salarial más baja, esto es, con un salario mínimo, no le quedaba otra opción que optar por la pensión mínima a la edad de 62 años.

 Teniendo en cuenta que el sub-lite reviste las mismas particularidades de un caso recientemente decidido por esta Sala, el 25 de abril de 2015, con ponencia del Magistrado Francisco Javier Tamayo Tabares, resulta viable la remisión a los argumentos expuestos en dicha providencia, puesto que ellos sirven afinadamente a resolver de fondo el presente asunto. Señaló la Sala:

*“(..) el vicio en que eventualmente incurren tales administradoras de pensiones, al no suministrar la información adecuada y precisa al afiliado, deviene 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 Colpatria hoy Porvenir S.A., que 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 el traslado de régimen pensional, pues únicamente allegó pruebas documentales que dan cuenta de la afiliación a esa entidad y de su movilidad entre las AFP´s.*

*Así pues, esta Sala concluye que la AFP Colpatria, hoy Porvenir S.A., no cumplió con la carga que se le impone, esto es, haber transmitido a la actora la información diáfana, precisa y cierta, acerca de la implicación de su cambio 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.*

*(…) A tono con lo antes discurrido, la omisión o defectuosa información brindada a la señora Luz Elena Espinoza Cortes, por la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A., la indujo erróneamente a migrar al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo tanto, existió el vicio del consentimiento, del que se duele la parte actora, 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 Colpatria a Colmena AIG, sigue la misma suerte del traslado inicial y será igualmente declarado nulo.*

*Por último, debe decirse en torno a la aplicación del artículo 1750 del Código Civil, que limita el accionar de la demandante en un plazo de 4 años, en el caso de error o de dolo, desde el día de la celebración del acto o contrato, y que fue traída a colación por la A-quo para fundar la negativa de las pretensiones de la demanda, que la mayoría de los integrantes de esta Sala recogió dicha tesis, para en su lugar, declarar su improcedencia en materia de seguridad social, en la medida en que, tal término preclusivo resulta regresivo y contrario al ordenamiento superior, concretamente a los principios consagrados en el artículo 48 de la Carta Política, que entroniza a la seguridad social como un derecho irrenunciable y tiene en el principio de progresividad uno de sus báculos (SL 5470, sentencia de 30 de abril de 2014, radicación 43892).*

*Es que el transcurso del tiempo, no puede ser un obstáculo en la aspiración de que se anule la mutación de régimen pensional, por cuanto eso sería tanto como otorgarle consecuencias jurídicas a un acto viciado de nulidad, con menoscabo de la pérdida de un derecho irrenunciable, cual es el régimen de transición en la seguridad social, cuya dimensión el afiliado como lego en el tema, apenas la viene a percibir, cuando cree reunir los requisitos para acceder a su pensión y, no al momento de efectuar su traslado, instante en el cual solo dimensiona la falsa o tergiversada información que se le brinda”.*

 En este como en aquel asunto, la AFP COLMENA (Hoy Protección S.A.) no aportó ningún elemento probatorio del cual pueda deducirse que el demandante recibió la información necesaria y relevante que lleva consigo el cambio de régimen pensional, lo que deviene inevitablemente en la anulación del traslado, pues es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime en el caso del demandante, que cotizó a lo largo de su vida con un salario mínimo, lo que hace que sea muy difícil la acumulación del capital suficiente para pensionarse antes de los 62 años de edad.

 Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; porque ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales, como reiteradamente lo ha precisado la Corte Suprema.

 Así las cosas, se revocará la decisión de primera instancia, y en consecuencia, se declarará la nulidad del traslado del actor a Colmena AIG (Hoy Protección) y de ésta a Colpatria S.A. (Hoy Porvenir S.A.), siendo del caso ordenar a dicha Administradora de Fondo de Pensiones, hoy PORVENIR S.A., el traslado de los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses a COLPENSIONES. Asimismo y dado que fue COLMENA (Hoy Protección) la que indujo en error al demandante se la condenará a pagar a COLPENSIONES la diferencia que pudiere llegarse a dar entre aportes realizados al RAIS y los que deben acreditarse en el régimen del Prima Media. Por su parte, COLPENSIONES estará obligado a aceptar el traslado de dichos aportes, y a su vez, a computarlos como semanas efectivamente cotizadas al Régimen de Prima Media. Costas en ambas instancias a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A. y a favor de la actora. Liquídense en el juzgado de origen.

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

**FALLA**

**Revocar**la sentencia proferida el 13 de noviembre de 2014 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de **MARINO ACOSTA MARULANDA** contra **Porvenir S.A., Protección S.A.** y **Colpensiones*,*** como consecuencia de ello:

**1.Declarar**la nulidad del traslado que **MARINO ACOSTA MARULANDA** efectuó el 13 de agosto de 1998 a la AFP Colmena AIG (hoy Protección S.A.), así como el posterior traslado a Colpatria S.A. (hoy Porvenir S.A.) dadas las consideraciones que preceden. En consecuencia el señor ACOSTA MARULANDA, es beneficiario del régimen de transición.

**2.Ordenar**a **Porvenir S.A.**trasladar a COLPENSIONESlos saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses de la cuenta de ahorro individual del demandante.

**3. Condenar** a **PORVENIR S.A.** a pagar a favor del demandante la diferencia que pudiere llegar a darse entre los aportes realizados al RAIS y los que deben acreditarse en el Régimen de Prima Media, pago que debe hacerse ante COLPENSIONES.

**4. Ordenar** a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones que una vez la **AFP PORVENIR** **s.a.** y la **AFP PROTECCIÓN S.A.** den cumplimiento a lo aquí ordenado, proceda a aceptar el traslado de los aportes del señor MARINO ACOSTA MARULANDA, del régimen de ahorro individual al de prima media con prestación definida, y a su vez a computarlos como semanas efectivamente cotizados dentro del Régimen que Administra.

**5.** **Condenar** en costas procesales de segunda instancia a la parte demandada a prorrata, y a favor del demandante.

 **Notificación surtida en estrados. Cúmplase** y **devuélvase** el expediente al Juzgado de origen. No siendo otro el objeto de la presente diligencia, se termina siendo las \_\_\_\_\_ de la mañana, se levanta el acta y firman las personas que en la misma intervinieron.

La Magistrada,

### **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Los Magistrados,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

 Salva voto

**JELYNE MONSALVE OSPINA.**

Secretaria Ad-Hoc.

***SALVAMENTO DE VOTO***

*Pereira, cuatro (4) de marzo de dos mil dieciséis*

Respetando la opinión mayoritaria, salvo mi voto en el presente asunto pues considero que la sentencia de primer grado debió ser confirmada, dadas las siguientes razones.

Hasta hace poco se venía diciendo por unanimidad por la Sala en esta clase de asuntos que:

“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.”

De manera tal que, si verificado el traslado, el afiliado considera que existió un vicio del consentimiento en ese acto, por motivos de seguridad jurídica, debe alegarlo dentro de los cuatro años siguientes, so pena de que si no lo hace sanea la eventual nulidad que pudiere existir. De lo contrario se sujetaría a las Administradoras a una permanente incertidumbre sobre sus afiliados y las obligaciones reales que respecto de estos tienen en un determinado momento.

En realidad la afiliación a uno u otro régimen implica la realización de un acto jurídico que se guía por las reglas propias del derecho civil y ese acto como tal, si existe un vicio del consentimiento, es el que es susceptible de adquirir firmeza, si no se reclama su nulidad en el término de cuatro años contados a partir de su realización. No se trata entonces de la negación de un derecho propio de la seguridad social sino de la verificación de la validez de un acto jurídico, para lo cual la normatividad que se debe aplicar es la Civil, pues las normas propias de la Seguridad Social, por no ser ese su objeto, nada prevén al respecto.

Permitir, la alegación de la nulidad en cualquier tiempo a la postre implicará que todas las personas que se trasladaron del ISS y se trasladen ahora de Colpensiones al Régimen de ahorro individual con solidaridad, muchos años después, cuando estén ad portas de reunir los requisitos para pensión en el régimen de prima media, si las expectativas que tuvieron para escoger una AFP privada (por ejemplo aspiraban a percibir salarios altos y a tener vinculaciones laborales por muchos años) no se cumplieron, alegarán un vicio del consentimiento 10, 15 o 20 años después, aduciendo engaño, falta de información etc, **y frente a la dificultad probatoria que genera el transcurso del tiempo**, seguramente obtendrán por decisión judicial, el regreso a Colpensiones, para que sea esta Institución Pública quien asuma su pensión. En términos gráficos, si a ellos les fue bien en sus proyecciones se pensionaran en el régimen de ahorro individual, pero si estas no cumplieron los niveles que permitan una buena pensión en el régimen de ahorro individual, no tendrán problema alguno para regresar al régimen de prima media, pues bastará alegar falta de información en el traslado realizado en esos 10, 15 o 20 años anteriores.

Resulta inaceptable la explicación que da la mayoría de la Sala en esta providencia para negar la aplicación del artículo 1750 del Código Civil que hizo la juez de primera instancia. Es que, como decir que el término de cuatro años previsto en esa norma como límite para iniciar la acción rescisoria resulta **regresivo** y como tal atentatorio del principio de la **progresividad**, cuando, en primer lugar la norma en mención es original del Código Civil y por ende anterior a la legislación de Seguridad Social, y en segundo lugar es una disposición sin contenido sustancial, esto es, no modifica el alcance de las prestaciones que otorga el sistema, sino que determina reglas para la validez de los actos jurídicos, por lo que no puede considerarse regresiva respecto de beneficios de la Seguridad Social.

Adicionalmente, en el presente asunto, resulta inaceptable que, habiendo realizado aportes al fondo privado desde el año 1998 y habiéndose cambiado varias veces entre Administradoras de ese régimen, ahora se declare que el traslado ocurrió sin la libre aceptación del actor, máxime si se tiene en cuenta que como lo hizo notar la *a-quo*, su versión no encontró soporte con la de los deponentes quienes además entraron en contradicciones sobre las razones que tuvo el actor para decidir su traslado.

El derecho tiene que ser generador de seguridad, no de inestabilidad y de situaciones indefinidas, como las que propicia ahora esta posición, que extrañamente se niega a reconocer que la validez de los actos jurídicos, sus nulidades y los saneamientos de estas se rigen por la legislación civil.

Son estas las razones del salvamento de voto.

***JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ***

Magistrado

1. CSJ civil. 29 de septiembre de 1944. M. P. Fulgencio Lequerica Vélez, LVII, 600-609 (Corte de oro) [↑](#footnote-ref-1)