El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia, 28 de junio de 2018

Radicación No: 66001-31-05-005-2016-00012-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Luis Alberto Morillo

Demandado: Colpensiones y Protección S.A.

Juzgado de origen: Quinto Laboral del Circuito de Pereira.

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**Temas: INEFICACIA DEL TRASLADO / MOTIVOS PARA SU PROCEDENCIA / ACREDITACIÓN DE INFORMACIÓN ADECUADA Y SUFICIENTE AL MOMENTO DEL TRASLADO A RAIS / CARGA DE LA PRUEBA DE LA ENTIDAD / PRESCRIPCIÓN –** Artículo 1750 Código Civil **/ NO APLICA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL-** Progresividad **/ CONFIRMA /** Para resolver tal cuestionamiento, es menester advertir que la pérdida del régimen de transición no es el único motivo que impulsa a la jurisdicción ordinaria a acceder a la ineficacia del traslado de régimen pensional, como equivocadamente lo alega la recurrente, pues la validez o no del traslado de régimen también puede suscitarse cuando quiera que se discuta la veracidad de la información que se le brindó al afiliado, lo cual involucra necesariamente el análisis previo de si el acto jurídico que generó el traslado resulta o no eficaz, en punto al respeto a la libre y voluntaria escogencia de los afiliados. (…)

En el sub-lite, el fondo privado ningún elemento de prueba enlistó con el propósito de acreditar el cumplimiento a su deber de informar debidamente al afiliado sobre las consecuencias del traslado de régimen, pues únicamente se limitó a aportar pruebas documentales que dan cuenta de la afiliación del actor a esa entidad y de las cotizaciones que efectuó, sin que sea prueba suficiente, la mera suscripción del formulario de afiliación, pues como se dijo, esto solo es prueba de una expresión genérica vaciada de carga demostrativa en torno al cumplimiento al deber de información adecuada y suficiente de la entidad para la manifestación libre y consciente del traslado de régimen del afiliado.

(…)

Por último, en cuanto a la aplicación del artículo 1750 del Código Civil, traído a cuento por la recurrente para apoyar la negativa de las pretensiones, cuyo contenido establece que el plazo para interponer la acción rescisoria del acto o contrato es de máximo cuatro años contados a partir de la celebración del mismo, resulta imperativo recordar que, esta Sala ha venido sosteniendo que tal disposición es improcedente en materia de seguridad social, como quiera que el término preclusivo resulta regresivo y, contrario al ordenamiento superior, concretamente, a los principios consagrados en el artículo 48 de la Carta Política, que ampara a la seguridad social como un derecho irrenunciable y tiene como uno de sus báculos el principio de progresividad (SL 5470, sentencia de 30 de abril de 2014, radicación 43892).

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los veintiocho (28) días del mes de junio de dos mil dieciocho (2018), siendo las nueve y cuarenta y cinco de la mañana (9:45 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia las magistradas y el suscrito magistrado de la Sala Laboral No.4 del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación presentado por la Codemandada Protección S.A. frente a la sentencia proferida el 22 de agosto de 2017 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***Luis Alberto Morillo Rosero*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones*** y ***Protección S.A.***

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

1. **INTRODUCCIÓN**

Pretende el actor que se declare la nulidad de su afiliación al RAIS, en el fondo privado demandado, y en consecuencia, se ordene a esa entidad remitirle a Colpensiones los aportes con sus respectivos rendimientos, y a esta última a aceptar su retorno al régimen de prima media con prestación definida, y se les condene a ambas al pago de las costas procesales a su favor.

 Como fundamento a esos pedimentos expone que el 8 de julio de 1997 se trasladó del RPM al RAIS mediante afiliación al fondo de pensiones y cesantías Protección S.A. Indica que el asesor comercial de esa entidad nunca le suministró información adecuada, suficiente y clara sobre las implicaciones del traslado de régimen, pues sólo le manifestó que el Instituto de Seguros Sociales se acabaría, y por ende, la plata se perdería, siendo la mejor opción la afiliación al fondo privado donde se podría pensionar en cualquier tiempo, sin recibir información alguna sobre la edad mínima y el saldo que debía reunir en su cuenta de ahorro individual. Refiere que el 8 de abril de 2015 solicitó ante Colpensiones el traslado de régimen, empero, le fue negado por faltarle 10 años o menos para cumplir el requisito de tiempo para pensión. Por último, refiere que estuvo afiliado al ISS desde 1983 hasta el 8 de julio de 1997.

***Colpensiones*** allegó contestación oponiéndose a las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que carecen de fundamento fáctico y legal. En su defensa, propuso como excepciones de fondo “Saneamiento de una presunta nulidad”, “Validez de la afiliación al RAIS” y “Prescripción”.

***Protección S.A.*** se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda, arguyendo que el actor al momento del traslado fue informado sobre todas las condiciones y características del régimen de ahorro individual en atención a las normas legales que rigen el tema. En su defensa, formuló como medios exceptivos “Validez de la afiliación al RAIS”, “Prescripción”, “Ausencia de causa para demandar”, “Buena fe y confianza legítima”.

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

 El Juzgado de conocimiento mediante fallo del 22 de agosto de 2017, accedió a las pretensiones de la demanda, para lo cual declaró ineficaz el traslado que realizó el actor el 29 de julio de 1996 del régimen de prima media al de ahorro individual. En consecuencia, condenó a Protección S.A. a trasladar con destino a Colpensiones todos los aportes y rendimientos que el señor Morillo Rosero posee en su cuenta de ahorro individual, debiendo esa última entidad proceder a aceptar sin dilaciones. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las codemandadas y condenó en costas al fondo privado y en favor del actor.

Para arribar a tal determinación, estimó con base en las pruebas arrimadas al plenario, que Protección S.A. no acreditó el cumplimiento al deber de información sobre las consecuencias propias del traslado de régimen, conforme lo tiene sentado la jurisprudencia, pues del contenido del formulación de afiliación del actor no se desprende que hubiese realizado alguna proyección del monto de la eventual pensión del actor o le hubiere presentado la edad aproximada en que podía adquirir la pensión en caso de mantener constante las cotizaciones. De otra parte, consideró que el plazo prescriptivo de 4 años que plantea la parte pasiva, no aplica frente al acto de vinculación y traslado de régimen pensional, al tenor de lo preceptuado en el artículo 48 de la Carta Política.

1. ***RECURSO DE APELACIÓN***

La vocera judicial del fondo privado se alzó contra la decisión en orden a que se revoque y se declaren prosperas las excepciones propuestas. Con tal propósito, indica que la jurisprudencia traída a colación por el despacho no es aplicable a este asunto, por cuanto el traslado de régimen no implicó la pérdida del régimen de transición, pues el actor nunca estuvo amparado por el mismo. De otra parte, sostiene que la entidad no estaba obligada a advertir al afiliado de las consecuencias negativas del traslado, pues este era consciente que para el momento en que efectuó el traslado, no tenía requisitos ni estaba próximo a adquirir la pensión en el RPM, de modo que, en ese momento ninguna desventaja le representaba el traslado, y menos en la actualidad, si se tiene en cuenta que en el régimen de ahorro individual estaría más próximo a adquirir el derecho pensional por virtud de la garantía de pensión mínima, o en caso de no acreditar los requisitos, le sería más benéfica la devolución de saldos.

Estima que el fallo recurrido aplicó en forma indebida la tesis de inversión de la carga de la prueba, pues con arreglo al artículo 167 del CGP, aplicable por remisión analógica, ella debe anunciarse antes de dictar el fallo, y además, sólo aplica para casos que implican la pérdida del régimen de transición. Alude además, que el demandante tenía el deber de autoprotección; que debe analizarse la existencia de un vicio en el consentimiento en aras de anular el acto del traslado, siendo ello carga exclusiva de la parte quien lo alega; y, la excepción de prescripción propuesta.

La jueza del conocimiento concedió el recurso de apelación y se abstuvo de hacerlo respecto al grado de consulta en favor de Colpensiones, por no haberse proferido en la sentencia condenas pecuniarias en su contra.

***Del problema jurídico.***

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

*¿Hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó el actor el 29 de julio de 1996 del ISS a Protección S.A.?*

*¿Procede en este caso la inversión de la carga de la prueba que impone a las entidades administradoras de pensiones acreditar el cumplimiento al deber de información a sus afiliados en consideración al traslado de régimen pensional?*

***Alegatos en esta instancia***:

En este estado de la diligencia, alegan los voceros judicial, si asistieron y si es la voluntad de ellos hacerlo. Escuchadas las anteriores intervenciones que en síntesis se refirieron a los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir de fondo, previa las siguientes:

**III. CONSIDERACIONES:**

* 1. ***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

La entidad recurrente alude entre sus descontentos, que la a-quo se equivocó al aplicar la jurisprudencia que el órgano de cierre de esta especialidad laboral ha desarrollado frente al tema de la nulidad o ineficacia del traslado de régimen, pues la misma sólo es aplicable para aquellos eventos en que, por virtud de la migración entre regímenes, el afiliado pierde los beneficios de la transición contenida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Para resolver tal cuestionamiento, es menester advertir que la pérdida del régimen de transición no es el único motivo que impulsa a la jurisdicción ordinaria a acceder a la ineficacia del traslado de régimen pensional, como equivocadamente lo alega la recurrente, pues la validez o no del traslado de régimen también puede suscitarse cuando quiera que se discuta la veracidad de la información que se le brindó al afiliado, lo cual involucra necesariamente el análisis previo de si el acto jurídico que generó el traslado resulta o no eficaz, en punto al respeto a la libre y voluntaria escogencia de los afiliados.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STL 11385 de 2017, en sede de tutela, puntualizó que: “*no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición”,* motivo por el cual concluyó que el Tribunal accionado vulneró el derecho fundamental al debido proceso de la accionante, al revocar la decisión del inferior que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, fundado en que este no implicaba la pérdida del régimen de transición.

En ese orden, la Sala considera que aun cuando el traslado de régimen implicase o no la perdida del régimen de transición, siempre seguirá gravitando en contra del ente privado de pensiones, la obligación de acreditar que ofreció la información adecuada y eficaz, que no cualquiera puede apuntar a ese fin, en la medida en que ésta debe ser relevante, o sea que abarque todos los perfiles y elementos indicativos de una buena elección.

Deber de asesoría y de debida información que ha existido desde la creación de tales administradoras del Sistema General de Pensiones, acorde con los artículos 13 y 271 de la Ley 100/93, amén de los artículos 97 y 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Y que se refuerza con la regla establecida en el artículo 1604 C.C.

Solo que si el susodicho cambio implique la pérdida del régimen de transición, resulta más evidente la falencia en cuanto a la información brindada al afiliado. Y en cuanto a otros motivos, que pudiera argüirse, en orden a reversar el cambio entre régimen pensionales, es oportuno destacar que si bien con antelación a este traslado, aún no habían entrado en vigencia las leyes: 795 de 2003, 1328 de 2009 y 1748 de 2014, y sus desarrollos legislativos a través de los decretos: 2241 y 2555 de 2010, amén del 2071 de 2015, suficiente resultaba el compendio normativo existente al momento de aquel.

De tal suerte, que no hay lugar a trasladarle tal carga probatoria al demandante, en contraste, ese traslado de la prueba opera en contra de la Administradora de Pensiones, cual lo definió el órgano de cierre de la especialidad laboral, mediante sentencia de nueve (9) de septiembre de dos mil ocho (2008), expediente No. 31989:

*“En estas condiciones el engaño, no sólo 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”*.

Agrega la ameritada providencia:

“*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”.*

Allí también decantó que los fondos de pensiones, por comprometer el campo de la responsabilidad profesional están:

“obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares”. (sublíneas fuera del texto)

E igualmente refirió que:

“*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*”.

Es más en providencia más reciente, SL17595, del 18 de octubre de 2017, copiada en su acápites pertinentes en la sentencia de la que me separo, recaba el órgano de cierre de la especialidad laboral, que tal deber informado debe abarcar una 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. Rechaza por lo tanto, la simple expresión genérica alusiva a la obligación de informar, por cuanto, la administradora debe poner de manifiesto que documentó clara y suficientemente acerca de los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.

En el sub-lite, el fondo privado ningún elemento de prueba enlistó con el propósito de acreditar el cumplimiento a su deber de informar debidamente al afiliado sobre las consecuencias del traslado de régimen, pues únicamente se limitó a aportar pruebas documentales que dan cuenta de la afiliación del actor a esa entidad y de las cotizaciones que efectuó, sin que sea prueba suficiente, la mera suscripción del formulario de afiliación, pues como se dijo, esto solo es prueba de una expresión genérica vaciada de carga demostrativa en torno al cumplimiento al deber de información adecuada y suficiente de la entidad para la manifestación libre y consciente del traslado de régimen del afiliado.

Obviamente, que las expresiones contenidas en el interrogatorio de parte rendido por el actor, no pueden enervar esa obligación a cargo de la demandada, en la medida en que ésta no allegó documento que acreditara si cumplió con ese deber y que medios utilizó para ello, pues se itera, no basta la simple expresión genérica, sino que ésta debe estar documentada clara y suficientemente, situación que acá no se satisfizo.

 Por último, en cuanto a la aplicación del artículo 1750 del Código Civil, traído a cuento por la recurrente para apoyar la negativa de las pretensiones, cuyo contenido establece que el plazo para interponer la acción rescisoria del acto o contrato es de máximo cuatro años contados a partir de la celebración del mismo, resulta imperativo recordar que, esta Sala ha venido sosteniendo que tal disposición es improcedente en materia de seguridad social, como quiera que el término preclusivo resulta regresivo y, contrario al ordenamiento superior, concretamente, a los principios consagrados en el artículo 48 de la Carta Política, que ampara a la seguridad social como un derecho irrenunciable y tiene como uno de sus báculos el principio de progresividad (SL 5470, sentencia de 30 de abril de 2014, radicación 43892).

Aunado a que el artículo 1750 del C.C. se ubica en el régimen de nulidades reglado por el ordenamiento jurídico ordinario, al paso que el fenómeno presentado en el sub-lite, se inscribe en la ineficacia como de manera uniforme y reiterada lo ha decantado el órgano de cierre de la especialidad laboral a propósito de lo disciplinado en el artículo 13 lit.b) y el precepto 271 de la Ley 100/93, por lo que equivocada resulta la invocación de la disposición que no toca con la ineficacia, relevante en este asunto, sino con el régimen de nulidades, que acorde con la jurisprudencia actual no se edifica el vicio atinente a la falta de información veraz y oportuna a causa de las administradoras de pensiones.

Por ende, no prospera el recurso de apelación propuesto, siendo forzosa la confirmación de la sentencia materia de apelación que declaró ineficaz el tránsito del actor del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro individual con Solidaridad.

Las costas en esta instancia correrán a cargo de la entidad recurrente y en favor del demandante.

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*

1. *Confirma* la sentencia proferida el 22 de agosto de 2017 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.
2. Costas en esta instancia a cargo de la entidad recurrente y en favor del demandante.

*NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.*

La anterior decisión queda notificada en estrados.

FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES

Magistrado Ponente

ANA LUCIA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

 Magistrada Magistrada