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 respectiva Secretaría.

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia – Derrota

Radicación No: 66001-31-05-004-2017-00237-01

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: Gloria Lucía Cardona Giraldo

Demandado: Colpensiones y Protección S.A.

Juzgado de origen: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira.

**TEMAS: INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL / APLICA PARA BENEFICIARIOS DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y LA CARGA PROBATORIA RADICA EN LA AFP / PARA NO BENEFICIARIOS LA FIGURA A ESTUDIAR ES LA NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO, LA CARGA PROBATORIA INCUMBE AL DEMANDANTE Y DEBE PEDIRSE DENTRO DE LOS CUATRO AÑOS SIGUIENTES.**

… la intelección que se continuará efectuando por esta Sala Mayoritaria es que si el afiliado es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 hay lugar analizar la ineficacia del traslado conforme a la tesis expuesta inicialmente por la CSJ, evento en el que se invierte la carga de la prueba a la AFP, quien debe acreditar que le suministró la información debida para que pudiera adoptar conscientemente la decisión de traslado, específicamente, en lo relacionado con la pérdida del régimen de transición.

Pero, en caso contrario, de no ser beneficiario actual de dicho régimen, debe estudiarse bajo la óptica de la nulidad del acto jurídico del traslado por vicios en el consentimiento, evento en el cual, le corresponde al afiliado acreditar los respectivos hechos de acuerdo con los Principios del Onus Probandi, de conformidad con el artículo 167 del C.G.P., so pena de la improsperidad de sus pretensiones. (…)

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.

En cuanto a los vicios el consentimiento, según lo establece el artículo 1508 ibídem, lo son el error, la fuerza y el dolo.

El primero –error–, puede serlo de derecho y de hecho, pero aquel no vicia el consentimiento, conforme lo plantea el artículo 1509. (…)

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.

**SALVAMENTO DE VOTO: DOCTORA ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Es claro que las pruebas recaudadas en primera instancia no son suficientes para concluir que la AFP demandada cumplió con su deber de proporcionar a la demandante información clara, precisa, oportuna y comprensible de las implicaciones del cambio de régimen. Y aunque en efecto el RAIS, como lo mencionó el asesor de la AFP demandada en las reuniones que sostuvo con la demandante y sus compañeros de trabajo, tiene la ventaja de ofrecer una pensión anticipada (es decir antes de la edad mínima de pensión), ello y el monto de la misma depende de varios factores, tales como el rendimiento del saldo de la cuenta de ahorro, esto es, la fluctuación del mercado de valores y del portafolio de inversiones del Fondo; el valor del bono pensional, si a este hubiere lugar; la edad de los potenciales beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y la edad en la que el afiliado reclame tal prestación, etc., aspectos sobre los que no hay prueba de que se haya ofrecido alguna información por parte de la AFP.

En virtud de lo anterior, considero que debió revocarse la sentencia de primera instancia para, en su lugar, declarar la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad.

**LA SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, MEDIANTE SENTENCIA SL869-2022, RADICACIÓN Nº 84661, DE FECHA 15 DE MARZO DE 2022, QUE PUEDE SER CONSULTADA EN LA PÁGINA WEB DE DICHA CORPORACIÓN O EN EL ARCHIVO QUE ESTÁ A CONTINUACIÓN DE ÉSTE, CASÓ EL PRESENTE FALLO Y “EN SEDE DE INSTANCIA” REVOCÓ LA SENTENCIA PROFERIDA EL 26 DE ABRIL DE 2018 POR EL JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE LA CIUDAD. EN SU LUGAR, ACCEDIÓ A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.**

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**AUDIENCIA PÚBLICA**

En Pereira, a los quince (15) días del mes de febrero de dos mil diecinueve (2019), siendo las ocho y cuarenta y cinco minutos de la mañana (08:45 a.m.), la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora respecto de la sentencia proferida el 26 de abril de 2018 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve la señora **Gloria Lucía Cardona Giraldo** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** y el **Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.,** radicado al N° 66001-31-05-004-2017-00237-01**.**

**Registro de asistencia:**

Demandante y su apoderado: Demandadas y sus apoderados:

**Traslado a las partes**

En este estado se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos, de conformidad con lo establecido por el artículo 13 de la Ley 1149/07.

**ANTECEDENTES:**

1. **Síntesis de la demanda y su contestación**

La señora Gloria Lucía Cardona Giraldo pretende que por falta de los requisitos previstos en los numerales 3 y 4 del artículo 1611 del código civil –sic- y los artículos 13 y 271 de la Ley 100/93, se declare la nulidad del traslado y la ineficacia de la afiliación que efectuó a la AFP Protección S.A el 10/05/1995; en consecuencia, se declare válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación a Colpensiones y que tiene derecho a la aplicación de la Ley 797/2003, para que esta última le reconozca la pensión.

Consecuente con lo anterior, se condenen a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes y a esta que los reciba y reactive su afiliación.

Y de manera subsidiaria, que se condene a Protección a reconocerle a título de indemnización la diferencia mensual de su mesada pensional.

Fundamenta sus aspiraciones en que: (i) nació el 14/01/1961; (ii) se afilió al ISS el 25/09/1979 donde cotizó 761,29 semanas hasta el 10/05/1995 cuando se trasladó a Protección S.A.; (iii) en esta AFP cuenta con 1069,43 semanas cotizadas.

(iv) Su traslado fue parte de un “traslado masivo” cuando laboraba en la Compañía de Financiamiento comercial FINEVESA, en virtud de una reunión convocada por la accionada, cuyo argumento principal fue la inminente desaparición del ISS.

(v) No se le suministró una información adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta acerca de las consecuencias legales y económicas de su traslado y sobre todo de su cambio de régimen pensional y la posibilidad de retornar a él antes de faltarle 10 años para adquirir el derecho, ni se le dio reasesoría para esta época.

(vi) El 31/10/2014 solicitó a Colpensiones el traslado, pero le fue negado por estar a menos de 10 años para cumplir requisitos para acceder a la pensión de vejez, (vii) el 05/11/2014 elevó similar petición a Protección, donde le informó que no tenía competencia para ello.

(vii) De acuerdo a la proyección realizada, la mesada pensional con Colpensiones sería de $2´478.027 y con la AFP al cumplimiento de los 56 años de edad de $1´169.335 y a los 57 años de $1´310.790, diferencias que no le fue informada al momento del traslado.

La **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-,** se opuso a las pretensiones de la demanda y como razones de defensa indicó que la selección de régimen es una decisión libre y voluntaria del afiliado y así consta en la solicitud de vinculación que firmó y ahora no puede retornar porque le faltan menos de 10 años para pensionarse. Interpuso las excepciones de mérito que denominó “Inexistencia de la obligación”, “Excepción de buena fe”, “Imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas”; “Excepción innominada” y “Prescripción”.

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A**, se opuso a los pedimentos de la demanda al considerar que el acto de afiliación de la actora fue lícito y ajustado a derecho, en la medida en que fue consciente de las consecuencias jurídicas, lo que además ocurrió de manera libre y voluntaria. Afirma que resulta extraño que dejara transcurrir pacientemente tantos años para impugnar por nulidad relativa su afiliación, máxime cuando ha efectuada traslados entre AFP y no ejerció su derecho de retracto.

Adicionalmente, indica que la actora no es beneficiaria del régimen de transición, de tal manera que no puede retornar al RPM porque le faltan menos de 10 años para pensionarse.

Finalmente, aduce que la acción para intentar la nulidad se encuentra prescrita conforme lo dispone el artículo 1750 del Código Civil. Interpuso las excepciones de mérito que denominó “Genérica o innominada”, “Prescripción”, “Buena fe”, “Compensación”, “Exoneración de condena en costas”, “Ausencia de sujeto susceptible del régimen de transición”, “Inexistencia de la obligación”, “Falta de causa para pedir”, Falta de legitimación en la causa y/o ausencia de personería sustantiva por pasiva de Protección S.A.”, “Inexistencia de la fuente de la obligación”, “Ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados a la actora por parte de esta entidad llamada a juicio” y “Afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado”.

1. **Síntesis de la sentencia**

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas procesales a la parte actora.

Para arribar a la anterior decisión, indicó que como la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, conforme a los diferentes pronunciamientos de esta Corporación[[1]](#footnote-1), como su traslado no le acarrea consecuencias desfavorables, esto es, poderse pensionar a menor edad y con menor número de semanas, mayor porcentaje de tasa de reemplazo; para lograr la ineficacia o nulidad -*que para el caso es lo mismo*- le correspondía acreditar cual fue la información equivocada o falaz que la llevó a optar por el RAIS, sin que para tales efectos sea suficiente con afirmar que el valor de la mesada en el ISS sería superior, es decir, asumía la carga de la prueba.

En el caso concreto, conforme con el formulario de afiliación que obra a folio 37, se observa que declaró que el traslado lo hizo en forma libre, espontánea y sin precisiones, por lo que le debía desvirtuar esa manifestación, en los términos aducidos en la demanda.

Con el interrogatorio de parte, se determinó que los trabajadores de FINEVESA fueron en total 6, de ahí que no es acertado considerar que se trató de un traslado masivo y que además en la reunión se le informó la posibilidad de que en el RAIS sus beneficiarios obtuvieran herencia, podía pensionarse anticipadamente *–opción por la que no se interesó-*, que la mesada fuera superior, las dos primeras ciertas conforme con los artículos 54 y s.s. de la Ley 100/93 y, la última no probó que efectivamente eso se le hubiese indicado, máxime cuando no era obligatorio realizar proyecciones pensionales y que ellas dependen del capital ahorrado en su cuenta individual y el comportamiento el mercado.

La prueba testimonial tampoco ofrece mayores elementos, la declaración de la señora Martha Liliana es ambigua y el señor Restrepo Ángel no recuerda lo ocurrido para la época del traslado de la actora, porque para ese momento aún no estaba trabajando con ella.

En conclusión, la parte actora no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento del traslado fue engañada, siendo ese el único motivo en que se basan las pretensiones de la demanda, tanto las principales como subsidiarias.

1. **Recurso de Apelación**

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado judicial de la parte actora presentó recurso de apelación y argumentó que sí cumplió con la carga de probar que su representada recibió una información falaz de parte de la asesora del fondo privado porque (i) el valor de la mesada pensional no corresponde a lo ofrecido lo que se concluye ante la falta de la proyección; (ii) pese a que se le informó que podía pensionarse anticipadamente, no se le explicaron las condiciones para que ello se diera, fue una información superficial; (iii) la desaparición del ISS si bien se presentó, se decía que la entidad que lo iba a reemplazar iba a tener las mismas falencias.

Concluye, que brillan entonces por su ausencia los requisitos que la jurisprudencia ha trazado respecto al deber del buen consejo que está en cabeza de los fondos privados.

**CONSIDERACIONES**

**Del valor normativo de las decisiones emitidas por la Corte Suprema de Justicia**

Las decisiones adoptadas por el superior jerárquico, en nuestro caso por la Corte Suprema de Justicia, encargada de unificar la jurisprudencia, resulta ser como regla general de obligatorio acatamiento, lo que se traduce en una limitación de la autonomía judicial.

Sin embargo y a modo de excepción, el funcionario judicial puede apartarse de ellas, esgrimiendo las razones suficientemente fundadas que lo llevan a tomar esa determinación.

Frente al tema de la ineficacia del traslado sustentado en los artículos 13 literal b) y 271 inciso 1º de la Ley 100 de 1993, recientemente la SCL de la CSJ[[2]](#footnote-2), indicó que la misma procede para todos los afiliados al sistema pensional sin distingo a su pertenencia o no al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cuya carga probatoria recae en la AFP, quien deberá acreditar que informó las consecuencias del traslado; tesis que no se comparte por la Sala Mayoritaria.

Por lo tanto, la intelección que ha venido efectuando esta Sala Mayoritaria es que si el afiliado es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 hay lugar a analizar la ineficacia del traslado conforme a la tesis expuesta inicialmente por la SCL de la CSJ[[3]](#footnote-3), evento en el que se invierte la carga de la prueba a la AFP, quien debe acreditar que le suministró la información debida para que pudiera adoptar conscientemente la decisión de traslado, específicamente, en lo relacionado con la pérdida del régimen de transición.

Pero, en caso contrario, de no ser beneficiario actual de dicho régimen, debe estudiarse lo pedido bajo la óptica de la nulidad del acto jurídico del traslado por vicios en el consentimiento, evento en el cual, le corresponde al afiliado acreditar los respectivos hechos de acuerdo con los Principios del *Onus Probandi*, de conformidad con el artículo 167 del C.G.P., so pena de la improsperidad de sus pretensiones.

Sin que la anterior comprensión constituya un acto discriminatorio como lo aduce la recurrente, pues se trata de una interpretación válida y fusionada de la jurisprudencia y de las normas sustantivas que regulan la materia.

De este modo, se recoge cualquier argumentación que haya sido esgrimida con anterioridad y que difiera de lo inmediatamente expuesto.

Ahora, las razones que justifican la dimisión de la Sala Mayoritaria de la tesis actual de la SCL de la CSJ, son las mismas que fueron expuestas por el Mag. Julio César Salazar Muñoz en el salvamento de voto presentado en el proceso con radicado abreviado 2017-00090 de fecha 05/12/2018 donde fungió como demandante la señora Victoria Eugenia Echeverry Sarrazola, y que son las siguientes:

***“PRIMERA:*** ***RÉGIMENES PENSIONALES COEXISTENTES***

*La ley 100 de 1993 organizó dos regímenes pensionales solidarios excluyentes, que coexisten, cada uno de ellos con características diferentes, con pros y contras, pero, en todo caso, con prestaciones y beneficios equiparables. Ninguno de ellos mejor o peor que el otro y precisamente por ello, sin que, respecto a cualquiera de los dos se pueda pregonar, prima facie, un beneficio o un perjuicio que lo haga superior o inferior al otro.*

*Lo primero que cabe resaltar es que por la misma denominación de los regímenes los afiliados tienen una primera oportunidad de determinar su contenido. En efecto, si se observa el artículo 31 de la ley 100 de 1993 se tiene que en él se desarrolla el concepto de “régimen de prima media* ***con prestación definida”.*** *Es decir, desde allí se anuncia que la persona que se afilie a él, desde el principio sabe a cuánto puede aspirar a título de pensión, pues precisamente por definición la prestación está previamente establecida. Mientras que el artículo 59 ídem se precisa el concepto de régimen de* ***ahorro individual,*** *dando cuenta desde su denominación de la afectación de la prestación al esfuerzo personal que haga el afiliado.*

*Por definición entonces, se tiene un sistema de prima media basado en la certeza del monto prestacional frente a otro, de ahorro individual, basado en el resultado del esfuerzo personal durante el periodo de cotización. No obstante la inseguridad propia del segundo, se ve recompensada con disposiciones tales como: La garantía de pensión mínima 150 semanas antes que en el primero, pues mientras en este ocurre a las 1300 semanas en aquel sucede a las 1150 semanas; La devolución de saldos a los beneficiarios cuando el afiliado fallezca sin cumplir los requisitos para causar una pensión de sobrevivientes; La posibilidad de acceder a excedentes de libre disponibilidad; La opción de hacer aportes voluntarios para aumentar los saldos de la cuenta de ahorro individual; El beneficio de que, en caso de muerte del afiliado sin que existan beneficiarios de pensión de sobrevivientes, las sumas acumuladas en cuenta de ahorro individual hagan parte de la masa sucesoral.*

*De manera tal que, la anterior tesis de la Corte que sostenía la ineficacia de los traslados como medio de protección de los derechos a conservar el régimen de transición encontraba soporte en la diferencia que existe en las condiciones para acceder al derecho pensional (menos exigentes en la legislación anterior –acuerdo 049 de 1990- que en la actual –leyes 100 de 1993 y 797 de 2003-),* ***pero no tiene apoyo alguno en la nueva legislación en la que precisamente coexisten dos regímenes que si bien otorgan las mismas pensiones, las ofrecen con el lleno de requisitos diferentes y beneficios anexos disímiles, que no permiten bajo ninguna circunstancia señalar al uno como mejor o peor que el otro****, entre otras cosas porque la nueva legislación parte de la base de que existe una abierta y libre competencia entre Administradoras públicas y privadas por el mercado de la administración de los riesgos de IVM.*

***SEGUNDO: RAZON DE SER DE LA LIMITACIÓN DE TRASLADO CUANDO FALTEN MENOS DE 10 AÑOS. SENTENCIA C-1024 DE 2004***

*La Corte Constitucional fue clara en explicar que* ***para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema de prima media*** *es necesario que los aportes de los afiliados estén a su disposición, de manera tal que se permita que la administradora haga las inversiones necesarias para obtener altas tasas de rentabilidad. En efecto se dijo en la sentencia C-1024 de 2004 que:*

*“Desde esta perspectiva, el objetivo perseguido con el señalamiento del  período de carencia en la norma acusada,* ***consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida****, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende,* ***a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes****. No sobra mencionar en este punto, que el sustento actuarial es el que permite asumir los riesgos que se encuentran involucrados con el sistema y que, en ese orden de ideas, su falta de ajuste con la realidad económica del país, simplemente* ***podría llegar a poner en riesgo la garantía del derecho pensional para los actuales y futuros pensionados****.*

*Así las cosas, el período de carencia o de permanencia obligatoria, permite, en general, una menor tasa de cotización o restringe la urgencia de su incremento, al compensar esta necesidad por el mayor tiempo que la persona permanecerá afiliado a un régimen, sin generar los desgastes administrativos derivados de un traslado frecuente y garantizando una mayor utilidad financiera de las inversiones, puesto que éstas pueden realizarse a un largo plazo y, por ello, hacer presumir una creciente rentabilidad del portafolio conformado por la mutualidad del fondo común que financia las pensiones en el régimen de prima media con prestación definida.*

*Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas.* ***Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional****, cuyo propósito consiste en: “obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social. Este principio en materia pensional se manifiesta en el logro de la sostenibilidad financiera autónoma del sistema integral de seguridad social en pensiones, en aras de garantizar ‘el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales’, en los términos previstos en el artículo 53 del Texto Superior”.”*

*Permitir entonces, la declaración de ineficacia de traslados de personas que, sin pertenecer al régimen de transición, han estado largos años en el RAIS y a última hora perciben que, gracias a los subsidios del Régimen de Prima Media, su pensión podría ser superior en este a la que obtendrían en aquel, no solo es desconocer que la coexistencia de regímenes implica que ninguno de los dos es mejor o peor que el otro, sino también cohonestar con que algunas personas obtengan beneficios que se derivan de esfuerzos en los que no participaron, y cuyo otorgamiento –dada esa circunstancia-* ***puede llegar a poner en riesgo la garantía del derecho pensional para los actuales y futuros pensionados que sí lo hicieron.***

***TERCERO: REALIDAD NORMATIVA SOBRE LA SUPUESTA FALTA DE INFORMACIÓN QUE GENERA LA INEFICACIA DE LOS TRASLADOS (ARTÍCULO 11 DEL DECRETO 692 DE 1994 HOY 2.2.2.1.8 DEL D.U.R 1833/2016)***

*Se viene insistiendo reiteradamente en que la ineficacia del traslado se genera porque los Fondos Privados no dieron la suficiente y clara información a las personas que les permitiera tomar una libre decisión informada.*

*Tal afirmación, no responde a la realidad. La reglamentación que dio desarrollo a la ley 100 de 1993 fue específica sobre el contenido de los formularios de afiliación y los traslados, de manera tal que* ***las AFP –que también son sujetos con derechos y a quienes también debe respetárseles el principio de confianza legítima****-, simplemente siguieron las indicaciones que sobre estos temas fueron señaladas en el decreto 692 de 1994, así:*

*ARTICULO 11. DILIGENCIAMIENTO DE LA SELECCION Y VINCULACION.**<Artículo compilado en el artículo*[*2.2.2.1.8*](https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/decreto_1833_2016_pr001.htm#2.2.2.1.8)*del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.*

*La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.*

*La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.*

*Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.*

*Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:*

*a) Lugar y fecha;*

*b) Nombre o razón social y NIT del empleador;*

*c) Nombre y apellidos del afiliado;*

*d) Número de cédula o NIT del afiliado;*

*e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;*

*f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.*

*El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.*

*No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.*

***Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.***

*Nótese como, no solo la norma dispuso la información que debía contener el formulario sino que, tratándose de traslados, advirtió que debería haber una leyenda expresa –****que podía estar preimpresa****- en la cual constara que la decisión de traslado se tomó de manera libre, espontánea y sin presiones.*

*Adicionalmente, sobre el tema cabe presentar dos preguntas: ¿En qué consiste la supuesta obligación de la administradora de dar información completa a quien pretende el traslado?, ¿Cuál es la información que se acusa a las AFP de no haber dado a las personas que se trasladaron al RAIS?:*

*Las respuestas son necesarias y resultan contundentes para entender la insostenibilidad de la exigencia de la tesis de falta de información, así: Las proyecciones sobre los montos pensionales en cada régimen, no pueden ser la información que se echa de menos, porque solo fueron dispuestas por la Ley 1748 de 2014, mientras que las demás precisiones que se pudieran hacer sobre los pormenores de los regímenes no son nada distinto que los contenidos de la Ley que regula los dos sistemas, cuyo conocimiento no hay que repetirlo a las partes, toda vez que el mismo se presume de derecho conocido por las ellas según el artículo 9 del Código Civil, pues a nadie le está permitido ignorar las leyes.*

*En efecto, resulta claro que la obligación de hacer proyecciones, apenas vino a imponerse a las administradoras con la ley 1748 de 2014, en cuyo parágrafo 1º del artículo 2º se destaca:*

***“PARÁGRAFO 1o.****Adicionar un inciso 2o al artículo*[*9*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1328_2009.html#9)*o de la Ley 1328 de 2009, que regula el contenido mínimo de la información al consumidor financiero, cuyo texto es el siguiente:*

*En desarrollo de lo anterior, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deberán garantizar que los clientes que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes.* ***Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia****.”*

*Norma que permite evidenciar que con anterioridad no existía la obligación de hacer cálculos comparativos de las eventuales pensiones en cada régimen, toda vez que la misma disposición establece que la obligación que por ella se crea, solo puede ser cumplida “de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia”; previsión que para hacerse viable exigió a su vez la expedición del decreto 2071 de 2015 que precisamente en sus considerandos pregona:*

*“Que el 26 de diciembre de 2014 se expidió la Ley 1748 por medio de la cual se establece la obligación de brindar información transparente a los consumidores de los servicios financieros y se dictan otras disposiciones. Para el efecto en su artículo 2° dispuso la información mínima y la periodicidad con la que le deben ser remitidos los extractos a los afiliados al Sistema General de Pensiones;*

*Que en el mismo artículo se estableció la necesidad de reglamentar los cálculos para que las administradoras de fondos de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad realicen la proyección de la expectativa pensional, con la finalidad de que los afiliados cuenten con información adecuada sobre su futuro pensional y la procedencia de obtener una asesoría personalizada para este fin;*

*Que el parágrafo 1° del mismo artículo adicionó un inciso al artículo 9° de la Ley 1328 de 2009, el cual determina la obligación de garantizar que los afiliados al sistema general de pensiones reciban una asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para el traslado, con miras a que el afiliado tome una decisión informada;”*

*Y fue, solo producto de tal desarrollo que finalmente se dispuso en el decreto en cita, en el artículo 2.6.10.2.3., que la asesoría que debe brindarse por ambas administradoras debe contener una proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, si a ello hubiere lugar, y del valor de la pensión, haciéndose la precisión que “para el caso de la proyección del beneficio pensional en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la Administradora deberá realizar una asesoría en los términos descritos en el artículo 2.6.10.4.3 del presente decreto”; aspecto que pone de manifiesto que antes del decreto en comento, las Administradoras no tenían mecanismo para dar tal información pues es, este artículo 2.6.10.4.3., el que establece los parámetros técnicos para poder cumplir tal cometido, al disponer:*

*“****Artículo 2.6.10.4.3. Proyección del beneficio pensional en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.****El afiliado podrá solicitar una proyección del valor del beneficio pensional a la Administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en la que se encuentre afiliado. Para ello suministrará a la Administradora respectiva la información adicional que ésta requiera. Para el cumplimiento de esta obligación por parte de la Administradora, el afiliado tiene derecho a contar con una asesoría personalizada por parte de la Administradora, de conformidad con el numeral 5 del artículo 2.6.10.1.3 y el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto número 2555 de 2010, y las normas aplicables que regulen la materia.*

*Las administradoras deberán indicar de manera expresa al afiliado que la simulación corresponde a la modalidad de pensión de retiro programado, calculada con base en las cotizaciones obligatorias y no incluye aportes voluntarios.*

*Para el cálculo de la proyección antes mencionada se deberán tener en cuenta los siguientes parámetros técnicos:*

*a) La tasa de interés técnico que se encuentra establecida por la Superintendencia Financiera de Colombia o la que la modifique o sustituya;*

*b) Las tablas de mortalidad de rentistas y de inválidos expedidas por la Superintendencia Financiera de Colombia;*

*c) Las tasas de inflación y crecimiento de los beneficios pensionales;*

*d) Demás parámetros y supuestos que imparta sobre el particular la Superintendencia Financiera de Colombia.*

*Para finalmente concluirse en el parágrafo 2º que:*

***“Parágrafo 2°.****La proyección de que trata este artículo, proporcionada por la Administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de las herramientas financieras, deberá entenderse como un cálculo estimado de la eventual futura pensión. La Administradora deberá informar al afiliado que la mesada pensional resultante es una mera proyección y no un derecho consolidado, por fundamentarse en una simulación de supuestos futuros probables, pero sin certeza sobre la ocurrencia”.*

*Salta a la vista entonces, que con anterioridad a estas normas, no estaban establecidos los parámetros que permitieran dar una información técnica a título de proyección y por ello tal obligación no puede exigirse en estos asuntos.*

*Adicionalmente debe tenerse en cuenta que las personas que procedieron al traslado en la década de los años 90 y principios de la siguiente, eran afiliados que apenas estaban empezando su etapa productiva y por ello, en realidad, los aportes realizados hasta el momento del traslado eran tan limitados que no permitían conocer una tendencia que abriera la puerta a cálculos con significado”.*

Y, más adelante se refirió a la diferencia que existe entre los eventos de ineficacia y nulidad de los traslados de régimen, así:

***“IMPORTANCIA DE LA DIFERENCIACIÓN ENTRE LOS CASOS DE INEFICACIA Y LOS CASOS DE NULIDAD***

*Para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema resulta vital hacer las claridades que preceden, porque de persistir en considerar como ineficaces los traslados en que no hay pérdida del régimen de transición, no solo: se atenta contra la dualidad de regímenes pensionales que organizó el legislador en la ley 100 de 1993; se contravienen los derechos de las AFP en cuanto por confianza legítima dieron cumplimiento a las precisas normas de afiliación que se expidieron; se convierte en regla general la incertidumbre de la validez de un acto jurídico que por el fenómeno de la ineficacia no tiene límite para su convalidación; sino que también y sobre todo, se atenta de manera grave contra la sostenibilidad financiera de Colpensiones, en la forma que quedó explicada en la sentencia C- 1024 de 2004, pues permite que todos aquellos que al final de sus cotizaciones no hayan conseguido reunir el capital con el que pretendían obtener altas pensiones, busquen el regreso al RPM y con él obtengan los subsidios que, de haber continuado con sus aportes a ese sistema hubieran podido obtener, pero que, como dejaron de hacerlos por buscar los otros beneficios que ofrece el RAIS, no dieron lugar a que con ellos la Administradora Pública hiciera las inversiones que garantizaran los rendimientos necesarios para otorgar las prestaciones ofrecidas”.*

1. **De los problemas jurídicos**

Visto el recuento anterior, la Sala formula los siguientes:

* 1. ¿La señora Gloria Lucía Cardona Giraldo es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 y por tanto, se encuentra legitimada para solicitar la ineficacia de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?
	2. Si la respuesta al anterior interrogante fuere negativa ¿Es viable declarar la nulidad de la afiliación por vicios en el consentimiento?
1. **Solución a los problemas jurídicos**
	1. **Del régimen de transición**

**2.1.1. Fundamento jurídico**

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dispone que para ser beneficiario del régimen de transición allí previsto se requiere que en el caso de las mujeres al 01/04/1994 tuvieran 35 o más años de edad o 15 o más años de servicios cotizados.

Por su parte, el Acto Legislativo 01 de 2005, exige acreditar 750 semanas de cotización al 29 de julio de 2005, salvo para aquellas personas que eran beneficiarias de dicho régimen por cumplir la densidad de semanas cotizadas, de que trata la Ley 100/93.

**2.3.2. Fundamento fáctico**

Para el 01/04/1994 la actora tenía 33 años de edad, al ser su natalicio el 14/01/1961, según consta en la copia de la cédula de ciudadanía visible a folio 25 del cd. 1 y, tener para esa fecha 711,7 semanas cotizadas o algo más de 13 años, según se extrae de la historia laboral expedida por Colpensiones y que obra a folio 26 del mismo cuaderno, por lo que resulta evidente que no es beneficiaria del régimen de transición, situación que por demás no fue cuestionada por la parte actora; por lo tanto, no es posible orientar sus pedimentos bajo el análisis de ineficacia del traslado como se había indicado en otros asuntos por esta Sala Mayoritaria, por ende, se efectuará su estudio bajo la figura de la nulidad del acto jurídico de traslado, como también fue peticionado en la demanda.

1. **Nulidad de los actos jurídicos y oportunidad para alegarla.**
	1. **Fundamento jurídico**

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.

En cuanto a los vicios el consentimiento, según lo establece el artículo 1508 *ibídem,* lo son el error, la fuerza y el dolo.

El primero –error-, puede serlo de derecho y de hecho, pero aquel no vicia el consentimiento, conforme lo plantea el artículo 1509.

Por su parte, el error de hecho, puede presentarse en 5 formas, (i) acerca de la naturaleza del acto o negocio, (ii) acerca de la persona; (iii) de la identidad de la cosa específica; (iv) de la sustancia o calidad esencial del objeto o cosa; (v) de las calidades accidentales de la cosa u objeto.

Pese a la anterior determinación, a juicio de la Sala solo tienen lugar a presentarse frente al acto jurídico de traslado los cuatro primeros, toda vez que el último tiene relación con negocios jurídicos sobre bienes.

Así las cosas, los errores se traducen a que se tenga la convicción de que a través del formulario se está realizando un acto jurídico diferente al traslado de régimen pensional, o que se está haciendo un traslado entre AFP mas no de régimen, frente a los beneficios ofrecidos en cada uno de los regímenes pensionales o que se está trasladando a determinado fondo cuando quiere hacerlo a otro, respectivamente.

La fuerza y el dolo, por su parte se refieren a la presión física o moral o artificios que se ejercen sobre la persona para que se obligue.

Por su parte, 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.

* 1. **Fundamento fáctico**

La señora Gloria Lucía Cardona Giraldo, en su demanda plantea la posibilidad de que se declare la nulidad del acto de traslado al RAIS a través de la AFP Protección S.A., que se hizo constar en formulario Nº 2663 diligenciado el 10/05/1995 –fl. 37-.

Revisado el expediente, se advierte la inexistencia de petición formulada a las accionadas pretendiendo la aludida nulidad, pues las únicas solicitudes que elevó fueron relacionadas con la posibilidad de traslado a Colpensiones –fls. 38 a 41 del cd. 1- o de la realización de proyección pensional –fl. 161 del mismo cuaderno-, de información de la cuenta individual y de la liquidación del bono pensional –fl. 164- y de la expedición de copia del formulario de vinculación –fl. 167-

De tal manera que la única inconformidad que plantea la demandante en ese sentido lo constituye la demanda que dio origen a este proceso que lo fue el 24/05/2017, según consta en el acta individual de reparto –fl. 50 vto.-

En ese entendido, resulta fácil colegir que para ese momento transcurrieron en total 22 años y 14 días contabilizados a partir de la calenda en que se suscribió el formulario de afiliación al RAIS -10/05/1995-, lo que implica que el acto jurídico del que se pretende la nulidad adquirió firmeza y legalidad, al sobrepasar los 4 años a su realización y por lo tanto, la nulidad relativa que se pide por vicio del consentimiento, de haber existido, ha quedado saneada por el transcurso del tiempo, lo que de suyo genera la improsperidad de la pretensión de nulidad.

Al margen de lo anterior, se considera necesario precisar que de todas maneras las pretensiones estarían llamadas al fracaso dado que le correspondía a la parte actora la carga de acreditar el vicio del consentimiento, en los términos aducidos en la demanda, obligación que incumplió como se explicará a continuación.

En cuento a la fuerza y el dolo, de entrada se descartan como quiera que en cada uno de los formularios de afiliación -fls. 130 y 132- se cuenta con una casilla destinada a dejar constancia que la selección del RAIS se efectúa de manera libre, espontánea y sin precisiones, campo en el cual se encuentra plasmada la firma del actora, documentos que por demás no fueron desconocidos o tachados en la oportunidad correspondiente, de ahí que se presuman auténticos.

Respecto al error, la información incompleta o falaz que se aduce en la demanda, quedaría lugar a la configuración del error acerca de la sustancia o calidad esencial del objeto de la cosa; la parte actora incumplió la carga de probar que en efecto la información hubiese sido fragmentada o inverosímil y que en tal virtud, las consideraciones y explicaciones dadas por el asesor no corresponden a la realidad o se basó en falsas promesas que finalmente no se cumplieron, como sería el monto de la mesada pensional que refiere; pues ningún elemento probatorio allegó para tal efecto.

Es que al solo contarse con la prueba documental antes referida, que se insiste, ninguna relación tiene con lo que ella señala como una indebida asesoría o información incompleta como generadores del vicio del consentimiento alegado o los pormenores que suscitaron el cambio de régimen del que ahora se duele, pues se itera, se refieren a peticiones relacionadas entre los años 2016 y 2017 a las demandadas tendientes a obtener información o el retorno al RPM, de la cuenta individual, realización de proyecciones, entre otros.

Ahora, lo que se demostró es que el traslado efectuado por la actora al RAIS en el año 1995 estuvo precedido de la debida información, pues ello se desprende de la firma que estampó en el respectivo formulario –fl. 37 y 131-, el que una vez revisado, cuenta con la información que para esa época era la exigida por la Ley, conforme a las directrices previstas en el Decreto 692 de 1994 a través del cual se reglamentó en lo pertinente la Ley 100/93. *–Principio de confianza legítima-.*

Intelección que se corrobora con lo por ella confesado en el interrogatorio de parte, donde señaló que al momento del traslado el asesor le indicó que se podía pensionar antes de tiempo, que el dinero de su cuenta individual podría hacer parte de su herencia; información que reiteró la declarante Martha Liliana Jaramillo Castrillón quien estuvo en la misma reunión con la demandante; sin que puedan considerarse otros aspectos, como quiera que no fueron referidos por ellas y el testigo Jaime Restrepo Ángel ningún elemento aporta, como quiera que su conocimiento lo adquirió de lo referido por la señora Cardona Giraldo *–testigo de oídas-*

Toda esa información resulta veraz, dado que es totalmente acorde con la ley la posibilidad de devolución de saldos en el evento de no ser posible otorgarse una pensión mínima (artículos 66,72 y 78 de la Ley citada) o hacer parte de la masa sucesoral los aportes ante la no existencia de beneficiarios en caso de fallecimiento del afiliado (art. 76 ibídem) y demás características del régimen que se encuentran claramente descritas en la Ley 100/93.

Ahora, si bien manifestó que el valor de la mesada pensional prometido por el asesor al momento del traslado no corresponde a lo que en la actualidad puede percibir, lo cierto es que no allegó prueba alguna para demostrar lo inverosímil de dicha información, máxime cuando esta Sala Mayoritaria ha expresado que las proyecciones realizadas en épocas pretéritas parten de suposiciones, en tanto para ello, deben tenerse en cuenta varios aspectos, como por ejemplo, el comportamiento del mercado y los aportes reales de la afiliada, durante los años futuros, continuidad en el vínculo laboral, esfuerzo personal de ahorro de la afiliada, es decir, los ahorros que acumularía en su cuenta de ahorro individual y sus rendimientos, alteraciones de las tasas de interés; incluso, el Decreto 692/94 que impone hoy la obligación de hacer las proyecciones, expresa que se trata de meras proyecciones sustentadas en supuestos futuros probables sin certeza de su ocurrencia. Decreto 692/94 que como ya se dijo, en esta parte se adicionó por el decreto reglamentario.

Pero en todo caso, lo que debe quedar claro es que para la época en que se dio el traslado de régimen, al RAIS no le asistía la obligación de realizar un cálculo o proyección para determinar el valor de la mesada pensional que pudiese recibir en ese régimen, como lo indicó la a-quo, pues esta solo surgió con la expedición de la Ley 1748 de 2014[[4]](#footnote-4) y el Decreto 2071 de 2015[[5]](#footnote-5), entre otras cosas porque para esa época no se había expedido reglas técnicas que establecieran los parámetros que permitieran realizar esa clase de cálculo, pues no se olvide que estas solo aparecieron en el artículo 2.6.10.4.3.

Ahora, en lo que tiene que ver la crisis financiera del ISS y su posible extinción, esa información no puede considerarse falaz, pues para nadie es un secreto que por la entrada en operación de los fondos privados y la competitividad que se emprendió entre esas entidades, financieramente el ISS se vio afectado.

Finalmente, debe precisar esta Sala que no puede permitir que se abuse de los derechos, en tanto por 23 años ha estado latente la posibilidad de acceder a las prerrogativas del RAIS, entre otras que sus herederos accedieran al contenido de su cuenta individual; pero ahora, cuando alcanzó a cumplir la edad prevista en el RPM, sí demuestre su intención de traslado de régimen, acudiendo a la nulidad, inexistencia o ineficacia del traslado con una afirmación contraria a la realidad al no serle posible intentarlo de otra manera, por la limitante que impone el literal e) del artículo 13 de la Ley 100/93, modificado por el artículo 2 de la Ley 797/03, que en su momento estuvo a su disposición.

**CONCLUSIÓN**

Conforme lo expuesto, la decisión revisada será confirmada.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora al fracasar su alzada, conforme lo disponen los numerales 1º y 3º del artículo 365 del C.G.P.

**DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 26 de abril de 2018 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por la señora **Gloria Lucía Cardona Giraldo** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y Protección S.A.**, según lo dicho en precedencia.

**SEGUNDO:** Costas en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de las demandadas por partes iguales, por lo expuesto.

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se eleva y firma esta acta por las personas que han intervenido.

Quienes integran la Sala,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Ponente

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

 Magistrado Magistrada

 Salva voto

Providencia: Sentencia del 15 de febrero de 2019

Radicación No.: 66001-31-05-004-2017-00237-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: Gloria Lucía Cardona Giraldo

Demandado: Protección S.A.

Magistrado ponente: Olga Lucía Hoyos Sepúlveda

Magistrada que salva voto: Ana Lucia Caicedo Calderón

# SALVAMENTO DE VOTO

Como quiera que mi proyecto fue derrotado por la mayoría de la Sala, mi salvamento de voto se edifica sobre lo que en su oportunidad propuse respecto al caso en cuestión, cuyos argumentos fueron los siguientes:

1. **Las reglas sobre la ineficacia del cambio de régimen no distinguen entre beneficiarios del régimen de transición y los que no lo son**

 Dado que las Administradoras de Fondos de Pensiones son organismos profesionales, como pasa a explicarse, considero aplicable en estos casos el artículo 1604 del Código Civil, según el cual la prueba de la debida diligencia y cuidado incumbe a quien ha debido emplearla, dadas las siguientes razones:

 **1.1** Las Administradoras de Fondos de Pensiones tienen deberes de carácter profesional con sus afiliados y con los consumidores del mercado potencial en general.

 **1.2** Las actividades de las entidades financieras en general, de las aseguradoras y de los Fondos de Pensiones y Cesantías, en particular, se encuentran reguladas por el Decreto 663 de 1993[[6]](#footnote-6), norma en la que se destaca la importancia de los principios de debida diligencia, transparencia e información cierta, suficiente y oportuna.

 **1.3** Dispone el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, que los trabajadores y servidores públicos que se trasladen por primera vez del RPM al RAIS, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones.

 **1.4** En numerosas sentencias del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, se ha establecido que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen la incidencia que el traslado de régimen pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica o con la suscripción de un formato; 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.”*.

 Es por todo lo anterior que no encuentro justificación alguna para que solo se exija a la AFP prueba de la documentación clara y suficiente de la información trasmitida a los afiliados trasladados por primera vez del RPM al RAIS, en los eventos en estos hayan sido beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal como lo ha sostenido esta Sala Mayoritaria.

 Considero que en todos los casos en que un afiliado ponga en cuestión la falta de información veraz, oportuna y completa de las incidencias del cambio del régimen, y bajo tal premisa persiga la ineficacia de su traslado, la defensa de la AFP demandada debe encaminarse a demostrar, bajo los medios probatorios a su alcance, que cumplió con el deber de buen consejo al transmitirle al afiliado toda aquella información que resultaba relevante para que tomara una decisión de esa trascendencia.

 Dicho deber es exigible desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de la afiliación a la administradora, pues el sistema pensional, del que obviamente hacen parte las Administradoras de Fondos de Pensiones, se supone que actúa mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que deben resultar confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

 Por último, en mis salvamentos de voto he expresado la tesis según la cual, en términos generales, en los procesos en los que se busca la ineficacia del traslado al RAIS, es comprensible que las AFPs demandadas se encuentran en una situación que les permite aportar las evidencias respecto a si se le brindó al afiliado la información cierta, suficiente, comprensible y oportuna a la hora de convencerlo de trasladarse de régimen.

En conclusión, he sostenido y sigo sosteniendo que en esta clase de asuntos el deber de información y buen consejo que la ley impone a las Administradoras de Fondos de Pensiones no depende de la calidad del contratante del Seguro de Vejez, Invalidez y Muerte, esto es, de si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición. Considero con todo respeto, que la tesis mayoritaria de la Sala se muestra contraria al significado de un deber profesional, con lo cual se desconoce el principio que desde el antiguo derecho romano enseña que *la “prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo (Art. 1604 C.C.)”,* como lo expresé en precedencia.

**2. Caso concreto**

 De los testimonios practicados en primera instancia y del contenido de la declaración de parte rendida por la demandante, se desprende lo siguiente:

**2.1** Con el propósito de afiliar nuevas personas al RAIS, el Fondo de Pensiones demandado hizo una reunión conjunta con todos los empleados de la entidad financiera en la que trabajaba la demandante, llamada FINEVESA. Dicha empresa tenía entre 6 y 10 empleados, y producto de la información ventilada en aquella reunión, se afiliaron a dicho fondo la demandante y otro número importante de compañeros suyos.

**2.2** La señora **MARTHA LILIANA JARAMILLO CASTRILLÓN**, quien recuerda haber asistido a dicha reunión, manifestó que ella no pudo ser afiliada a PROTECCIÓN, pues recientemente se había vinculado a otro fondo y no tenía el tiempo mínimo de permanencia para poder trasladarse. Recordó, en la misma línea de la interrogada, que allí se habló del riesgo de liquidación del ISS, y básicamente les informaron que en un Fondo Privado se pensionarían antes que en el ISS y con una mayor mesada.

**2.3** el señor **JAIME RESTREPO ÁNGEL**, por su parte, dice que algo recuerda de aquella reunión, que fue conjunta y en las instalaciones de la empresa, pero dijo ser ignorante en los temas de los fondos, por lo que no recuerda exactamente de que se habló en aquel entonces.

Es claro que las pruebas recaudadas en primera instancia no son suficientes para concluir que la AFP demandada cumplió con su deber de proporcionar a la demandante información clara, precisa, oportuna y comprensible de las implicaciones del cambio de régimen. Y aunque en efecto el RAIS, como lo mencionó el asesor de la AFP demandada en las reuniones que sostuvo con la demandante y sus compañeros de trabajo, tiene la ventaja de ofrecer una pensión anticipada (es decir antes de la edad mínima de pensión), ello y el monto de la misma depende de varios factores, tales como el rendimiento del saldo de la cuenta de ahorro, esto es, la fluctuación del mercado de valores y del portafolio de inversiones del Fondo; el valor del bono pensional, si a este hubiere lugar; la edad de los potenciales beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y la edad en la que el afiliado reclame tal prestación, etc., aspectos sobre los que no hay prueba de que se haya ofrecido alguna información por parte de la AFP.

En virtud de lo anterior, considero que debió revocarse la sentencia de primera instancia para, en su lugar, declarar la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad.

 En estos términos sustento mi salvamento de voto.

### ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Magistrada

1. M.P. Julio Cesar Salazar Muñoz. Radicado 2016-00394 del 24/01/2018. [↑](#footnote-ref-1)
2. M.P. Gerardo Botero Zuluaga SL4964 del 14/11/2018. Radicado 54814. [↑](#footnote-ref-2)
3. M.P. Clara Cecilia Dueñas, SL 12136 de 2014. [↑](#footnote-ref-3)
4. Artículo 2, parágrafo 2º [↑](#footnote-ref-4)
5. Artículos 2.6.10.2.3. y 2.6.10.4.3 [↑](#footnote-ref-5)
6. Estatuto Orgánico del Sistema Financiero [↑](#footnote-ref-6)