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

Radicación No: 66001-31-05-002-2017-00299-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Martha Lucía Díaz Bonilla

Demandado: Colpensiones y Porvenir S.A.

Juzgado de origen: Segundo 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.

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.

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**AUDIENCIA PÚBLICA**

En Pereira, a los cinco (05) días del mes de febrero de dos mil diecinueve (2019), siendo las ocho de la mañana (08:00 a.m.), la Sala Segunda 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 20 de abril de 2018 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve la señora **Martha Lucía Díaz Bonilla** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** y **Porvenir S.A.,** radicado al N° 66001-31-05-002-2017-00299-01**.**

**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 Martha Lucía Díaz Bonilla solicita que se declare: (i) la ineficacia o la nulidad del traslado que efectuó del régimen de prima media al RAIS, por intermedio de Porvenir S.A.; (ii) consecuente con lo anterior, válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación al ISS -hoy Colpensiones- y; (iii) se ordene a Porvenir a trasladar el monto de los aportes de la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos financieros.

Fundamenta sus aspiraciones en que: (i) nació el 05/12/1960; (ii) se vinculó al ISS el 20/02/1990; (iii) el 25/03/1998 suscribió formulario de afiliación a Porvenir S.A.; (iv) motivó su traslado que el asesor de la AFP le indicó que la mesada pensional sería superior y que podía optar por pensionarse o retirar lo ahorrado.

(v) No se le suministró información suficiente y adecuada sobre las ventajas y desventajas del traslado, ni de la edad o saldo de la cuenta individual para obtener la pensión anticipada de vejez y mucho menos se le realizó un paralelo aproximado de la mesada pensional entre uno y otro régimen; lo que demuestra que la AFP incumplió con su deber de información.

(vi) El 11/07/2016 radicó ante Colpensiones solicitud de nulidad y/o ineficacia del traslado, que fue decidida negativamente, por encontrarse a menos de 10 años para cumplir el requisito de pensión; (vii) el 30/03/2017 efectuó la misma solicitud a Porvenir S.A., que también fue resuelta de manera desfavorable.

(viii) El 30/03/2017 solicitó a la AFP copia de los documentos donde conste la información brindada al momento del traslado, pero pese a recibir respuesta, no se le entregó alguna documentación.

(ix) Se le indicó que en el fondo privado recibiría una pensión equivalente a 1 SMLMV para el año 2017, esto es, $737.717, mientras que en Colpensiones sería de $1´326.078.

La **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-,** se opuso a las pretensiones de la demanda y como razones de defensa indicó que la selección de cualquiera de los regímenes existentes es única y exclusiva del afiliado, quien por demás lo hace de manera libre y voluntaria. Interpuso como excepciones de mérito las que denominó “Inexistencia de la obligación”, “Excepción de buena fe”, “Imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas”, “Excepción innominada” y “Prescripción”.

Por su parte, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías** **Porvenir S.A**, se opuso a los pedimentos de la demanda al considerar que el acto de afiliación de la actora al RAIS no adolece de vicios en el consentimiento, bajo inducción a error por cuanto el traslado de régimen fue un acto voluntario y totalmente libre de apremio y precedido de la debida información y eso se demuestra con la suscripción del formulario donde ello se hizo constar, su permanencia en él por más de 18 años y no haber hecho uso del derecho de retracto. Finalmente, precisó que la parte actora no acredita la ocurrencia de algún vicio del consentimiento.

Interpuso como excepciones de mérito las que denominó: “Validez de la afiliación a Porvenir e inexistencia de vicios en el consentimiento”, “Saneamiento de la supuesta nulidad relativa”, “Prescripción”, “Buena fe” y la “Innominada o Genérica”.

**2. Síntesis de la sentencia apelada**

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

Para arribar a la anterior conclusión, indicó que la actora no es beneficiaria del régimen de transición, por lo tanto, le correspondía acreditar que su consentimiento de traslado al RAIS estuvo viciado o que no estuvo precedido de la información suficiente para ello.

Conforme con laS manifestaciones efectuadas por la actora el en interrogatorio de parte y por el testigo, se advierte que la información suministrada por la AFP en el momento del traslado fue veraz, dado que se ajusta a la regulación contenida en el artículo 53 y s.s. de la Ley 100/93, aunado a que no existía la restricción de traslado, dado que solo fue introducida con la Ley 797/03 y le era imposible realizar las proyecciones de la mesada pensional por la incertidumbre de los salarios de la actora y del comportamiento del mercado; por lo que no se advierte la inducción a error que se aduce en la demanda.

**3. Síntesis del recurso de apelación**

Inconforme con la anterior decisión, la parte actora la recurrió y argumentó que se probó que Porvenir incumplió con su deber de información, puesto que se acreditó que tuvo una agresiva estrategia de venta más que de capacitación y en tales circunstancias ofreció una mesada pensional mayor a la que podía tener la demandante en el ISS y omitió informarle de las variables que influían para determinar el monto de su prestación, entre ellas, la edad de cónyuge e hijos.

Reitera que el traslado fue generado por el ofrecimiento de una pensión superior, sin que ello haya sido posible, lo que demuestra el engaño.

Sostiene que de la lectura de los artículos 13 y 271 de la Ley 100/93, de ninguna manera se puede extraer alguna diferenciación entre beneficiarios y no beneficiarios al régimen de transición, por lo que se está en presencia de un acto discriminatorio.

**CONSIDERACIONES**

**Cuestión Previa**

**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 en su Sala de Casación Laboral, 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[[1]](#footnote-1), 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 analizar la ineficacia del traslado conforme a la tesis expuesta inicialmente por la CSJ[[2]](#footnote-2), 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 del 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 Martha Lucía Díaz Bonilla 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 1° de abril de 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.

**2.1.2. Fundamento fáctico:**

De conformidad con las copias del registro civil de nacimiento y de la cédula de ciudadanía que obran a folios 14 y 15 del cd. 1 y se observa que la demandante nació el 05/12/1960-, por lo que para el 1º de abril de 1994 tenía cumplidos 33 años de edad.

De otro lado, con base en la historia laboral expedida por Colpensiones –fl. 31 del cd. 1-, entre el 20/02/1990 y el 01/04/1994 la actora logra acreditar un total de 212,39 semanas, que equivalen a algo más de cuatro (04) años.

Siendo así las cosas, es claro que la señora Martha Lucía Díaz Bonilla no es beneficiaria del régimen de transición y 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 y fue la forma en que la a-quo desató el presente asunto y por ende, se efectuará el análisis bajo la figura de la nulidad del acto jurídico de traslado, conforme fue peticionado en la demanda como pretensión subsidiaria.

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.

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.

* 1. **Fundamento fáctico**

La señora Martha Lucía Díaz Bonilla, en su demanda plantea la posibilidad de que se declare la nulidad del acto de traslado al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., que se hizo constar en la “Solicitud de vinculación al fondo de pensiones obligatorias” N° 1025643 suscrito el 25/03/1998 –fl. 20-.

Revisado el expediente, se advierte la inexistencia de petición formulada a las accionadas pretendiendo la aludida nulidad, por lo que la única inconformidad que plantea la demandante en ese sentido lo constituye la demanda que dio origen a este proceso que conforme con el acta individual de reparto visible a folio 38 del cd. 1 fue el 29/06/2017.

En este punto, es necesario precisar que resulta alejado de la realidad lo indicado en la demanda –hechos 9 y 12-, en relación a que los días 11/07/2016 y 30/03/2017 la parte actora solicitó a Colpensiones y Porvenir S.A., respectivamente, la ineficacia o nulidad del traslado de régimen, dado que conforme a la documental visible a folios 26 a 28, se advierte que lo que pretendió a través de esos escritos fue el traslado de régimen y la entrega de documentación relacionada con la información que le fuera suministrada al momento del traslado al RAIS, proyección de su mesada pensional, formulario de afiliación y reporte de semanas cotizadas; pero que en todo caso, de haber sido cierto, no tienen la virtualidad de impedir que se configure el termino previsto en el artículo 1750 del C.C, pues no solo se realizaron una vez transcurrido dicho lapso y, además se trata de una actuación que no cumple las previsiones del artículo 94 del C.G.P.

En ese entendido, resulta fácil colegir que para la fecha de radicación de la demanda transcurrieron en total 19 años, 3 meses y 3 días contabilizados a partir de la calenda en que se suscribió el formulario de afiliación al RAIS -25/03/1998-, 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 al solo contarse con su declaración de parte donde confesó que asistió a una capacitación que duró aproximadamente dos horas y que lo más importante es que le dijeron que iba a tener una mejor pensión y que no recuerda que otra información le suministraron; de lo cual se puede colegir que esa característica no fue la única que le fue indicada, máxime cuando se trató de una reunión de dos horas y de la cual aclara no recordar que fue lo otro que escuchó por cuanto la posibilidad de obtener una mejor mesada pensional fue lo que la atrajo, de tal manera que bien pudo no prestarle la debida atención a lo demás.

Ahora, la prueba testimonial del señor José Wilson Castaño Marín itera lo dicho por la actora en cuanto a la realización de la capacitación y adiciona que sí se les informó que podían pensionarse a cualquier tiempo; lo que ratifica la intelección antecedente acerca de que la capacitación abordó ampliamente las características del RAIS.

Y, la prueba documental antes relacionada nada agrega, pues de ella solo puede extraerse que el acto jurídico de traslado contó con el consentimiento de la parte actora, pues en la solicitud de vinculación se hizo contar que su decisión la tomó de manera libre, espontánea y sin precisiones, voluntad que ella misma afirmó en su interrogatorio al indicar que no fue obligada a firmarlo.

Por último, debe precisarse que la inexistencia de las proyecciones de su expectativa pensional resulta insuficiente para el éxito de sus pretensiones, porque para la época en que se dio el traslado de régimen, a las administradoras no les asistía la obligación de realizar un cálculo o proyección para determinar el valor de la mesada pensional que pudiese recibir en ese régimen, pues esta solo surgió con la expedición de la Ley 1748 de 2014[[3]](#footnote-3) y el Decreto 2071 de 2015[[4]](#footnote-4), en las condiciones y con los parámetros que se explicaron previamente en las consideraciones de esta decisión.

**CONCLUSIÓN**

Conforme lo expuesto, la decisión revisada será confirmada en su integridad.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora al fracasar la alzada (artículo 365 numerales 1 y 3 del C.G.P.).

**DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 20 de abril de 2018 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por la señora **Martha Lucía Díaz Bonilla** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES** y **Porvenir S.A.**, según lo dicho en precedencia.

**SEGUNDO:** **CONDENAR** en costas a la parte actora por lo mencionado en la parte motiva.

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 FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Magistrado

(Salva voto)

1. M.P. Gerardo Botero Zuluaga SL4964 del 14/11/2018. Radicado 54814. [↑](#footnote-ref-1)
2. M.P. Clara Cecilia Dueñas, SL 12136 de 2014. [↑](#footnote-ref-2)
3. Artículo 2, parágrafo 2º [↑](#footnote-ref-3)
4. Artículos 2.6.10.2.3. y 2.6.10.4.3 [↑](#footnote-ref-4)