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: 66001-31-05-003-2017-00364-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: María Fabiola Velandia Vanegas

Demandado: Colpensiones y Porvenir S.A.

Juzgado de origen: Tercero 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.

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**AUDIENCIA PÚBLICA**

En Pereira, a los diecinueve (19) días del mes de febrero de dos mil diecinueve (2019), siendo las nueve de la mañana (09:00 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 surtir el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia proferida el 07 de mayo de 2018 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve la señora **María Fabiola Velandia Vanegas** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** y **Porvenir S.A.,** radicado al N° 66001-31-05-003-2017-00364-01**.**

**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 María Fabiola Velandia Vanegas solicita que se declare: (i) la nulidad del traslado que efectuó del RPM al RAIS, por intermedio de Porvenir S.A.; (ii) consecuente con lo anterior, que tiene derecho a que su pensión se tramite en el RPM al cumplimiento de los 57 años de edad.

Consecuente con lo anterior, se ordene a Colpensiones recibirla como cotizante y a Porvenir S.A. a efectuar el traslado de sus cotizaciones al RPM.

Fundamenta sus aspiraciones en que: (i) nació el 24/12/1960; (ii) empezó su vida laboral del 04/09/1986 en la Contraloría de Cundinamarca, fecha en la que se vinculó al ISS –sic- donde cotizó hasta el 30/09/1995 –sic-, dado que a partir del siguiente se trasladó al Porvenir S.A.

(iii) El asesor de la AFP le prometió la posibilidad de pensionarse anticipadamente, sin mencionarle que debía contar con determinado capital; asimismo le indicó que el ISS iba a desaparecer, que la pensión podía ser heredada a familiares, que podía solicitar la devolución del capital sino quería pensionarse, que la mesada pensional sería superior en el RAIS frente a la del ISS, lo que se hizo sin contar con una proyección y no le informó que el plazo máximo para retornar al ISS era antes de cumplir los 47 años de edad.

(iv) Dicha información fue nefasta, engañosa e incompleta por lo que se le indujo a error y por lo tanto, su consentimiento en el acto de traslado está viciado.

(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) Aunque no es beneficiaria del régimen de transición, dado el monto de su capital acumulado en el RAIS solo tendría derecho a una devolución de saldos, mientras que en Colpensiones tendría una pensión de $1´823.305,66

(viii) El 26/07/2017 solicitó a Colpensiones el traslado, pero se le negó por faltarle menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse; (ix) el 28/06/2017 solicitó a Porvenir S.A. la proyección pensional efectuada al momento de la vinculación a ese fondo y constancia de la información documentada que se le suministró, sin que le fuera entregado algún documento.

(x) Al 16/06/2017 acumula en su cuenta de ahorro individual la suma de $147´460.437.

La **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-,** se opuso a las pretensiones de la demanda e indicó que revisada la historia laboral de la actora se observa que presenta un traslado aprobado del ISS –hoy Colpensiones- al RAIS administrado por Porvenir S.A. en el mes de octubre de 1995, el cual goza de plena validez. Interpuso como excepciones de mérito las que denominó “Inexistencia de la obligación demandada” 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 fue libre y voluntario y en el formulario de vinculación se hizo constar bajo la gravedad de juramento que entendía las condiciones establecidas en el anverso y reverso del mismo, el que por demás cuenta con los requisitos mínimos establecidos en el artículo 11 del Decreto 692/94 y además no ejerció su derecho de retracto. Resaltó la permanencia en el régimen por más de 21 años y el traslado entre administradoras del mismo. 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 Tercero 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, cargo que incumplió.

Incluso, lo que se advierte es la voluntad de permanecer en el RAIS, al trasladarse en 3 ocasiones entre administradoras que lo integran, sin considerar en alguna ocasión hacerlo al RPM, pese a que para la fecha del último traslado aún le hacían falta más de 10 años para cumplir la edad para pensionarse.

En cada uno de los formularios que suscribió se hizo constar que fue el producto de una decisión libre, voluntaria sin ninguna clase de constreñimiento o de información inadecuada.

De otro lado, precisó que cuando empezó a regir la Ley 100/93 muy seguramente se encontraba haciendo aporte a la caja de previsión municipal o a CAJANAL, pues no advirtió cotizaciones al ISS, por lo que no se podía considerar afiliada a esta.

Ahora, en ejercicio de su derecho a la libre escogencia, el 25/09/1995 optó por afiliarse a Porvenir S.A., por lo que automáticamente se sometió al RAIS.

Por último, el hecho de obtenerse una pensión menor en el RAIS a diferencia de lo informado al momento del traslado, no es un argumento suficiente para declarar la ineficacia, pues ello es solo una expectativa que se tenía en algún momento determinado de cumplir con un capital determinado.

**3. Del grado jurisdiccional de consulta**

Por resultar la anterior decisión totalmente adversa a las pretensiones de la parte actora, quien no la recurrió, se dispuso surtir el grado jurisdiccional de consulta de la misma, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.L.

**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 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 probatorios, 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, 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 y por lo necesario se hace de manera extensa:

***“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: RAZÓN 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 en este salvamento 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 María Fabiola Velandia Vanegas fue 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**

Al tenor del parágrafo del artículo 151 de la Ley 100/93, declarado exequible por la Corte Constitucional en C- 415 de 2014, en concordancia con el decreto 813 de 1994; los servidores públicos del orden territorial son beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, si al 30/06/1995 tuvieran 35 años de edad o más, de tratarse de mujeres o 15 o más años de servicios cotizados, a no ser que antes el ente territorial hubiere fijado la fecha de vigencia de la referida ley. Punto sobre el cual se ha pronunciado nuestra superioridad[[3]](#footnote-3).

Ahora, en cuanto al cumplimiento de la exigencia del Acto Legislativo, no tendrá lugar si se satisfacen las condiciones para pensionarse con anterioridad al 31/07/2010, de lo contrario, deberá acreditar 750 semanas cotizadas para el 29/07/2005.

**2.3.2. Fundamento fáctico**

Según la historia laboral consolidada de Porvenir S.A. –fls. 26 y s.s. y 128 y s.s. del cd. 1-, así como del resumen de historia laboral para emisión de bono pensional –fls. 170 y s.s. del mismo cuaderno, se advierte que la actora inicio su vida laboral el 04/09/1986 al servicio de la Contraloría de Cundinamarca, por lo tanto, ostentaba la calidad de servidora pública del orden departamental, de ahí que su ingreso al sistema general de pensiones estaba dado por tardar para el 30/06/1995; por lo que la actora debía acreditar para ese momento los 35 años de edad o los 15 años de servicios para poder ser considerada beneficiaria del régimen de transición.

En lo que a la edad concierne, para esa calenda contaba con 34 años 6 meses y 6 días y, en relación con el tiempo de servicios, tenía 8 años y 9 meses, según lo informa la documental referida anteladamente, por lo que resulta evidente que no fue beneficiaria del régimen de transición, situación que por demás no fue cuestionada por la parte actora, quien desde el hecho décimo segundo de la demanda así lo afirmó; 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 su estudio bajo la figura de la nulidad del acto jurídico de traslado, conforme 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.

Así, el error se traduce entre otros, en 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 que no son ciertos 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 María Fabiola Velandia Vanegas, 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” N° 615638 suscrita el 25/09/1995 –fl. 111-.

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 56 del cd. 1 fue el 11/08/2017.

Sin que puedan tenerse como tal, el derecho de petición dirigido a la AFP Porvenir S.A. visible a folio 37 del cd. 1, pues con él lo que pretendió fue la entrega de documentación relacionada con la información que le fuera suministrada al momento del traslado al RAIS, proyección de su mesada pensional, constancias del consentimiento informado y copia de su historia laboral, entre otros.

Tampoco, la petición radicada en Colpensiones el 08/08/2018 y que obra en el medio magnético allegado –fl. 88 cd. 1-, toda vez que con ella lo que se pretendía era el traslado de régimen.

En ese entendido, resulta fácil colegir que para la fecha de radicación de la demanda transcurrieron en total 21 años, 10 meses y 15 días contabilizados a partir de la calenda en que se suscribió el formulario de afiliación al RAIS -25/09/1995-, 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 explica 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 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 de la actora, documentos que por demás no fueron desconocidos o tachados en la oportunidad correspondiente, de ahí que se presuman auténticos.

Respecto al error, ya de la sustancia o calidad esencial del objeto de la cosa o de sus calidades accidentales, como consecuencia de la información incompleta o falaz que se aduce en la demanda, nada probó la parte actora, en tanto el caudal probatorio no refiere que en efecto la información hubiese sido fragmentada, o inverosímil o las explicaciones dadas por el asesor no correspondan a la realidad o se basó en falsas promesas que finalmente no se cumplieron, como lo sería el monto de la mesada pensional que indica en el libelo.

Adicionalmente, recuérdese que la señora María Fabiola Velandia Vanegas no solo suscribió el formulario de vinculación al RAIS, efectuado conforme a los lineamientos fijados en la ley, sino que reiteró su voluntad de permanencia en dicho régimen, al trasladarse en dos ocasiones entre administradoras que lo conforman (Colpatria y Horizante), incluso, como lo advirtió la a-quo, el último de ellos se presentó el 28/02/2006 –fl. 113- calenda para la cual contaba con 45 años de edad, es decir, que todavía podía optar por cambiarse para el RPM por no estar afectada por la restricción contenida en el artículo 2 de la Ley 797/2003, pero fue su voluntad la de continuar en el RAIS, lo que supone que estaba conforme con los beneficios que venía disfrutando desde el año 1995 cuando ingresó a él.

Por último, debe precisarse que la inexistencia de las proyecciones de su expectativa pensional resulta insuficiente para el éxito de las pretensiones de la demanda, porque para la época en que se dio la vinculación al RAIS, a las administradoras no les asistía la obligación de realizar el 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[[4]](#footnote-4) y el Decreto 2071 de 2015[[5]](#footnote-5), en las condiciones y con los parámetros que se explicaron previamente en las consideraciones jurídicas de esta decisión que como dice la norma en cita es una mera proyección, no derecho consolidado al realizarse con supuestos futuros probables, sin certeza de su ocurrencia.

**CONCLUSIÓN**

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

Sin costas en esta instancia por tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

**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 07 de mayo de 2018 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por la señora **María Fabiola Velandia Vanegas** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES** y **Porvenir S.A.**, según lo dicho en precedencia.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia 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. CSJ, Sala de Casación Laboral, sentencias con radicados 31203 de 2007 y 43171 de 2016. [↑](#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)