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: Apelación y consulta sentencia

Proceso: Ordinario Laboral

Radicación No: 66001-31-05-005-2017-00123-01

Demandante: Mary Eugenia Castillo Galvis

Demandado: Colpensiones y Porvenir S.A.

Juzgado de origen: Quinto 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 Y LA CARGA PROBATORIA INCUMBE AL DEMANDANTE / VICIOS DEL CONSENTIMIENTO / ERROR DE HECHO.**

… 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.

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, en casos como este, el error se podría traducirse, 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 o que se está trasladando a determinado fondo cuando quiere hacerlo a otro, respectivamente. (…)

Finalmente, debe precisar esta Sala que por más de 10 años la actora ha tenido latente la posibilidad de acceder a las prerrogativas del RAIS, entre otras, que sus herederos accedieran al contenido de su cuenta individual (fl. 17 c. 1); pero ahora, cuando está próxima a cumplir la edad prevista en el RPM, sí demuestre su intención de traslado de régimen, acudiendo a la ineficacia del traslado, que en realidad envuelve una nulidad de la afiliación, 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…

**LA SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, MEDIANTE SENTENCIA SL638-2022, RADICACIÓN Nº 85188, DE FECHA 21 DE FEBRERO 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” CONFIRMÓ Y MODIFICÓ LA SENTENCIA PROFERIDA EL 26 DE JULIO DE 2018 POR EL JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CIRCUITO DE LA CIUDAD, QUE ACCEDIÓ A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.**



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA SEGUNDA LABORAL**

Magistrada Sustanciadora

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

En Pereira, a los diecinueve (19) días del mes de marzo de dos mil diecinueve (2019), siendo las ocho y treinta minutos de la mañana (08:30 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 los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida el 26 de julio de 2018 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Mary Eugenia Castillo Galvis** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** y **Porvenir S.A.,** radicado al N° 66001-31-05-005-2017-00123-01**.**

**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**

Mary Eugenia Castillo Galvis pretende se declare la ineficacia y/o nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad realizada en el 2006; en consecuencia se remitan a Colpensiones los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, etc… y por ende, se ordene a Colpensiones a aceptar el traslado pensional y se mantengan los efectos del régimen de transición si a ello hubiere lugar.

Fundamenta sus aspiraciones en que *i)* el 23/01/1984 se afilió al ISS; *ii)* el 21/06/2006 se trasladó al RAIS – Porvenir S.A., sin que se brindara la asesoría legal requerida ni se realizó las proyecciones de su pensión; *iii)* el 14/09/2016 informó a Porvenir S.A. de su interés de traslado al RPM, que fue negada el 11/10/2016; *iv)* el 24/11/2016 solicitó a la AFP una proyección pensional, que contestó que la mesada sería igual a $689.455 al cumplir 57 años; *v)* el 27/09/2016 solicitó la afiliación al RPM, que fue negada por Colpensiones, porque le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, que allí su pensión ascendería a $2’090.272.

**Colpensiones** al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones porque la selección de uno de los dos regímenes pensionales existentes corresponde únicamente al afiliado, en ese sentido propuso las excepciones de mérito denominadas “*inexistencia de la obligación”,* “*excepción de buena fe”* e “*imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas”.*

A su turno, **Porvenir S.A.** se opuso a las pretensiones elevadas en contra suya, y en ese sentido censuró que la vinculación de la demandante al RAIS se realizó conforme a la ley, y en ese sentido, se otorgó la asesoría pertinente a Mary Eugenia Castillo Galvis. Además, argumentó que la demandante no hizo uso del derecho de retracto contenido en el art. 30 del Decreto 1161/94, por lo que quedó válidamente afiliada al RAIS. Para finalizar presentó como excepciones de mérito “*validez de la afiliación a Porvenir e inexistencia de vicios en el consentimiento”,* “*caducidad de la acción”, “prescripción” y “buena fe”.*

1. **Síntesis de la sentencia**

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS efectuado el 21/06/2006, efectivo a partir del 01/08/2006, en consecuencia ordenó a Porvenir S.A. que trasladara a Colpensiones los aportes y rendimientos de la demandante y a Colpensiones a recibirlos.

Para arribar a la anterior decisión explicó en primer lugar que de conformidad con la posición contenida en los salvamentos de voto de la Magistrada Ana Lucía Caicedo Calderón, integrante de esta Colegiatura, corresponde a la AFP acreditar la asesoría brindada al afiliado, independientemente de que sea beneficiario o no del régimen de transición pensional.

En segundo lugar, explicó que la AFP Porvenir S.A. no cumplió con dicha carga probatoria, en tanto que apenas se allegó la mera suscripción del formulario de afiliación, que contiene una letra minúscula en cuanto a las condiciones de afiliación, que a todas luces es abusiva, sin que se aportara prueba alguna de que el asesor de la AFP hubiere presentado a la demandante las proyecciones sobre su pensión o explicado las condiciones de afiliación; además, que no se advirtiera confesión alguna en el interrogatorio absuelto por la demandante.

**3. Del recurso de apelación**

**Porvenir S.A.** presentó su inconformidad frente a la sentencia, para lo cual argumentó que al momento del traslado obró conforme a las reglas normativas vigentes; además, recriminó que aparece contradictorio que hubiese firmado un formulario de afiliación en el que bajo la gravedad de juramento se indica que sí había sido informada de las condiciones del traslado y, que de permanecer en el ISS podría acceder a pensiones especiales, pero que ante el juzgado afirme lo contrario.

Por otro lado, señaló que para la época del traslado ninguna obligación se había impuestos a las AFP de realizar cuadros comparativos de las pensiones, máxime que Porvenir S.A. ningún derecho cercenaría porque allí podría acceder a la garantía de pensión mínima. Por último, reprochó que el interrogatorio de parte absuelto por la demandante fue valorado únicamente en relación a las afirmaciones que beneficiaban a Mary Eugenia Castillo Galvis.

A su turno **Colpensiones** censuró la decisión de primer grado para lo cual arguyó que con la firma del formulación de vinculación se ratificó la afiliación de Mary Eugenia Castillo Galvis al RAIS, quien mantenía la opción de retornar al RPM sin que así lo hiciera, y solo hasta que buscó la asesoría de un profesional en derecho 10 años después del traslado es que decidió regresar.

**4. Del grado jurisdiccional de consulta**

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 69 del C.P.L. se ordenó el grado jurisdiccional de consulta respecto de la anterior decisión, al haber resultado adversa a los intereses de Colpensiones.

**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.

Así, la intelección que ha venido efectuando la 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 de transición, 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.

De este modo, se recoge cualquier argumentación que haya sido esgrimida con anterioridad y que difiera de la que se expondrá seguidamente.

Ahora, las razones que justifican la dimisión 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 por ser necesario se expondrán de manera extensa y que se comprenden de tres argumentos, así:

***“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:*

*(…)*

*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:*

*(…)*

*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, en el salvamento que se viene refiriendo, se señaló 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; (…) 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. ¿Mary Eugenia Castillo Galvis 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**

De conformidad con la copia de la cédula de ciudadanía (fl. 15 c. 1), se observa que la demandante nació el 12/10/1962, por lo que para el 1º de abril de 1994 tenía 31 años de edad cumplidos, calenda para la cual contaba con 340,85 semanas, según consta en la historia laboral expedida por Colpensiones y actualizada al 23/02/2017 (fl. 30 c.1).

Siendo así las cosas, resulta evidente que Mary Eugenia Castillo Galvis no fue beneficiaria del régimen de transición en los términos que señala el artículo 36 de la Ley 100/93, situación que por demás no fue cuestionada en la primera instancia, pues para la *a quo*, dicha situación transicional resultaba prescindible, postura que no comporte esta Sala conforme lo expuesto en precedencia.

Puestas de ese modo las cosas, no es posible orientar los pedimentos de Mary Eugenia Castillo Galvis bajo el análisis de ineficacia del traslado y por el contrario, se efectuará su estudio bajo la figura de la nulidad del acto jurídico de traslado.

1. **Nulidad de los actos jurídicos**
	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, en casos como este, el error se podría traducir, 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 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 frente a una persona para que se obligue a hacer algo.

* 1. **Fundamento fáctico**

Rememórese que Mary Eugenia Castillo Galvis en su demanda pretende *la ineficacia del traslado y/o la nulidad del acto jurídico de traslado*, no obstante como se explicó anteriormente, en tanto carece de los beneficios de la transición pensional, el traslado efectuado únicamente podía invalidarse a través de la nulidad de dicho acto jurídico, como se estudiará en adelante.

En ese sentido, la demandante pretende invalidar el traslado ocurrido el 21/06/2006 del RPM al RAIS (fl. 2 c. 1), de la que da cuenta del formulario suscrito ante Porvenir S.A. No. 11595034 (fl. 17 c. 1); por lo que se procederá a verificar la presencia de algún vicio del consentimiento que lleve consigo a la nulidad.

En cuento a la fuerza y el dolo, de entrada se descartan como quiera que en el formulario 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 (fls. 17 y 91 c. 1).

Documentos que por demás no fueron desconocidos o tachados, máxime que fueron allegados junto con la demanda, de ahí que se presuman auténticos, según lo dispuesto por el artículo 244 del C.G.P. en concordancia con el 269 *ibídem* que se aplican por remisión del artículo 145 del C.P.L., deba considerarse auténtico.

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 que se aduce en la demanda se le dio, nada probó la parte actora; pues a lo sumo obra el interrogatorio de parte en el que señaló que apenas recibió una asesoría general, sin que se explicara detalladamente el ahorro en cuentas individuales, el capital que debía alcanzar, ni tampoco cómo se liquidaría su pensión. Declaración que en nada aporta a cambiar el rumbo de la controversia, pues a nadie es dable la constitución de su propia prueba.

Por el contrario, lo que se demostró es que el traslado estuvo precedido de la asesoría pertinente, como se desprende en primer lugar, de la firma que estampó en el formulario de traslado entre regímenes, así para el 21/06/2006 se realizó la “*solicitud de vinculación”* a Porvenir S.A. (fl. 17 c. 1) 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-,* lo que a su vez lleva consigo la aceptación de las condiciones propias del régimen; presunción que se consagró expresamente en el artículo 11 Decreto 692/94, al decir “*la selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste (…)”,* lo que necesariamente supone que se le brindó la información necesaria para llegar a adoptar tal decisión.

Además, se advierte que el formulario cuenta con una casilla de manifestación de la voluntad en la que se registra que ha “*sido asesorado además sobre todos los aspectos propios del mismo [régimen], particularmente sobre la pérdida del Régimen de Transición, sobre los bonos pensionales y la forma de las pensiones y sobre los requisitos vigentes para acceder a las pensiones en este régimen (…) habiendo sido informado también en forma previa del derecho que me asiste de retractarme de mi decisión dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud”.* Por lo que para la Sala es indubitable que la actora leyó ese contenido, de ahí que su firma constituya la aceptación de que el asesoramiento en esos términos efectivamente se le brindó.

Y si bien, en el interrogatorio de parte expresó que había firmado el formulario de afiliación pero “*no le puso el suficiente cuidado en esa parte en especial donde yo decía que había recibido la asesoría”,* ello de ninguna manera implica la acreditación de este vicio, pues con la firma se entiende aceptado su contenido y mal haría esta jurisdicción en beneficiar a la demandante con su propia culpa, pues ella tuvo a su alcance tal documento.

Por lo mismo, el formulario firmado es la prueba del cumplimiento de la AFP en efectuar la asesoría y no como lo afirma en esta instancia la actora de que la AFP no demostró que había hecho la asesoría pertinente.

Merece en este punto insistir, que estándose frente a una persona que no fue beneficiaria del régimen de transición y que estaba afiliada al ISS antes del traslado por más de 10 años, supone su conocimiento del RPM, mal puede exigirse a la AFP desanimar a la demandante de su traslado al RAIS, cuando tanto este como el RPM están concebidos en la misma Ley 100/93, sin que uno sea mejor que el otro sino diferentes, por lo que depende de las circunstancias particulares del afiliado al final de la vida laboral o de presentarse un siniestro, poder precisar cuál de los dos es más conveniente al afiliado, antes solo es partir de meras conjeturas y, vaticinar la vida del afiliado 10 años.

Adicionalmente, pese a que Mary Eugenia Castillo Galvis indicó que en la asesoría de traslado no se realizó un cálculo de la rentabilidad que podría obtener, no se probó que aquello fuera producto de un engaño, máxime que tal obligación no se encontraba regulada, pues tal proyección solo apareció con la Ley 1748 de 2014[[3]](#footnote-3) y el Decreto 2071 de 2015[[4]](#footnote-4), por lo que su ausencia no implica necesariamente un mal asesoramiento, pues como se dice en esta normativa, tal proyección no es derecho consolidado, al basarse en hechos futuros probables, que pueden no darse.

Ahora bien, la demandante al absolver el interrogatorio anunció que uno de los motivos del traslado había sido el desaparecimiento del ISS, información que no puede considerarse engañosa, 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; además, la demandante en el interrogatorio admitió que tampoco se interesó por asistir al ISS a verificar la información dada por el asesor, momento para el cual se encontraba en el RPM.

Y si bien, la casilla del formulario destinada a la inscripción de los beneficiarios de la demandante aparece en blanco (fl. 17 c. 1), a pesar de que esta anunció en el interrogatorio que contaba con una hija menor de edad en situación de discapacidad cognitiva, ello no implica *ipso facto* engaño alguno, y tampoco sería suficiente para acreditarlo.

Tampoco podría afirmarse que la AFP demandada hubiese trasgredido el consentimiento informado de la demandante, al omitir la aplicación del artículo 97 del Decreto 663/93, modificado por el artículo 23 de la Ley 795/2003, que exige a las entidades suministrar a sus usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, para que estos a su vez puedan escoger las mejores opciones del mercado y en ese sentido, tomar decisiones informadas; contrario a ello, nótese que el artículo está dirigido a los usuarios respectos de quienes se exige la “*información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen”,* es decir, la información a que se hace referencia es aquella relativa a las diferentes operaciones que pueden tomar los usuarios sobre las transacciones o elecciones que puede realizar dentro de la entidad, como sería el caso, a manera de ejemplo, de elegir el portafolio con el que se va a manejar su ahorro (conservador, moderado y alto riesgo).

Además, el mencionado canon, de manera evidente se refiere a las “*mejores opciones del mercado”* respecto a las inversiones del dinero ahorrado. No se trata entonces de una información sobre las características de los regímenes del sistema pensional, sino de la solidez de la AFP y de las operaciones financieras para el manejo del dinero depositado en la cuenta de ahorro individual.

Finalmente, debe precisar esta Sala que por más de 10 años la actora ha tenido latente la posibilidad de acceder a las prerrogativas del RAIS, y entre otras, que sus herederos accedan al contenido de su cuenta individual (fl. 17 c. 1); pero ahora, cuando está próxima a cumplir la edad prevista en el RPM[[5]](#footnote-5), sí demuestre su intención de traslado de régimen, acudiendo a la nulidad de afiliación, 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 2º de la Ley 797/03, que en su momento estuvo a su disposición y no hizo.

Con todo lo anterior, emerge que la voluntad de actora era permanecer en el RAIS, lo que supone que estaba conforme con los beneficios que venía disfrutando desde el año 2006 cuando se trasladó al RAIS y que se reitera con la continuidad de sus cotizaciones por más de 10 años.

**CONCLUSIÓN**

Conforme lo expuesto, la decisión revisada será revocada.

Costas en ambas instancias a cargo de la demandante y a favor de las demandadas.

**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: REVOCAR** la sentencia proferida el 26 de julio de 2018 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Mary Eugenia Castillo Galvis** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** y **Porvenir S.A.,** para en su lugar absolverlas de las pretensiones elevadas en su contra.

**SEGUNDO:** Costas en ambas instancias a cargo de la demandante y a favor de las demandadas.

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

 Ausencia justificada

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

 Magistrado Magistrado

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)
5. A la fecha de presentación de la demanda contaba con 54 años (fl. 48 c. 1). [↑](#footnote-ref-5)