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: Consulta Sentencia

Proceso: Ordinario Laboral

Radicación No: 66001-31-05-003-2017-00274-01

Demandante: Graciela Monsalve Parra

Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección 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 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 20 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. 15 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…

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

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

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

**LA SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, MEDIANTE SENTENCIA SL5623-2021, RADICACIÓN Nº 85557, DE FECHA 16 DE NOVIEMBRE DE 2021, QUE PUEDE SER CONSULTADA EN LA PÁGINA WEB DE DICHA CORPORACIÓN O EN EL ARCHIVO QUE ESTÁ A CONTINUACIÓN DE ÉSTE, CASÓ EL PRESENTE FALLO Y “EN SEDE DE INSTANCIA” REVOCÓ LA SENTENCIA PROFERIDA EL 10 DE MAYO DE 2018 POR EL JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE LA CIUDAD. EN SU LUGAR, ACCEDIÓ A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.**



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA PRIMERA LABORAL**

Magistrada Sustanciadora

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

En Pereira, a los dieciocho (18) días del mes de marzo de dos mil diecinueve (2019), siendo las nueve y treinta minutos de la mañana (09:30 a.m.), la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de surtir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida el 10 de mayo de 2018 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Graciela Monsalve Parra** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, Porvenir S.A.** y **Protección S.A.,** radicado al N° 66001-31-05-003-2017-00274-01**.**

**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**

Graciela Monsalve Parra pretende se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; en consecuencia active su afiliación en Colpensiones, y se ordené a Porvenir S.A. que gire el valor total que reposa en su cuenta de ahorro individual a Colpensiones.

Fundamenta sus aspiraciones en que i) nació el 28/03/1962; *ii)* hizo cotizaciones al ISS; *iii)* el 28/06/1997 se trasladó al RAIS – Colmena, hoy Protección S.A. - mediante engaños, pues le informaron del desaparecimiento del ISS y que su mesada pensional sería más alta allí que en el anterior régimen, sin indicarle las consecuencias de la desafiliación al RPM; *iv)* el 31/01/2003 se vinculó a Porvenir S.A.; *v) ad portas* de alcanzar la edad pensional conoció la proyección de su pensión realizada por Porvenir S.A. que arrojó una mesada de $737.717, cuando en Colpensiones obtendría una pensión igual a $1’054.715.

**Colpensiones** al contestar la demanda no se opuso a las pretensiones y se atuvo a lo ordenado por la judicatura, pero propuso las excepciones de mérito que denominó “*inexistencia de la obligación demandada”* y “*prescripción”.*

A su turno, **Protección S.A.** se opuso a las pretensiones formuladas en su contra para lo cual argumentó que el traslado al RAIS surtió plenos efectos el 01/08/1997, traslación que ocurrió de manera libre, espontánea y sin presiones; sin que la sociedad atentara contra la libertad de escogencia de regímenes pensionales, máxime que tampoco acreditó que tuviera un derecho adquirido o fuera beneficiaria del régimen de transición. En ese sentido, adujo que la asesoría otorgada se realizó conforme a la normatividad vigente para la época. Por último, propuso las excepciones de mérito denominadas “*validez y eficacia del traslado al régimen de ahorro individual”.*

Por último, **Porvenir S.A.** se opuso a las pretensiones elevadas en contra suya, y en ese sentido censuró que ninguna inducción a error hubo al momento del traslado, ni se perdieron beneficios de la transición pensional. Para finalizar presentó como excepciones de mérito “*prescripción”,* “*buena fe”,* “*compensación”,* “*exoneración de condena en costas”,* “*ausencia de sujeto susceptible de beneficio del régimen de transición”,* “*falta de legitimación en la causa por pasiva”,* “*inexistencia de la obligación”,* “*falta de causa para pedir”,* “*inexistencia de la fuente de la obligación”,* “*inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad”,* “*ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados a la actora por parte de esta entidad”* y “*afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado”.*

1. **Síntesis de la sentencia**

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira negó la totalidad de las pretensiones y declaró plenamente válida y eficaz la afiliación realizada por Graciela Monsalve Parra el 28/06/1997 al RAIS.

Para arribar a la anterior decisión explicó en primer lugar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia compete a los jueces laborales únicamente declarar ineficacias de traslados, por lo que cualquier discusión en torno a la nulidad de afiliación escapa a las normas de la seguridad social.

En segundo lugar, adujo que en tanto la demandante no era beneficiaria del régimen de transición, pues para el 01/04/1994 no tenía ni 35 años de edad ni 15 años de servicios, Graciela Monsalve Parra debía probar que el traslado había ocurrido como consecuencia de un error, ante las falencias de la información suministrada por la AFP.

Carga probatorio que omitió, porque ninguna prueba allegó con el propósito de evidenciar que la AFP le había dado información y generado expectativas falsas, que por el contrario aparece adecuada, pues la misma demandante en el interrogatorio dio cuenta de la asesoría recibida, tanto de sus características como de sus diferencias, máxime que obra su firma tanto en el formulación de traslado realizado el 28/06/1997, ratificada en el año 2003, época para la cual contaba con la posibilidad de retornar al RPM, pero optó fue por cambiar de administradora pensional de fondo privado.

**3. 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 la demandante.

**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.

Así, 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 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 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 por ser necesario se expondrán de manera extensa y que se comprenden de tres argumentos, así:

***“PRIMERA:*** ***REGÍMENES 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 […], el que establece los parámetros técnicos para poder cumplir tal cometido, al disponer:*

*(…)*

*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, 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; 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. ¿Graciela Monsalve Parra 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. 32 c. 1), se observa que la demandante nació el 28/03/1962, por lo que para el 1º de abril de 1994 tenía 32 años de edad cumplidos, calenda para la cual contaba con 125 semanas, según consta en la historia laboral expedida por Colpensiones y actualizada al 28/02/2018 (fl. 223 c.1).

Siendo así las cosas, resulta evidente que Graciela Monsalve Parra 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; por lo tanto, no es posible orientar sus pedimentos bajo el análisis de ineficacia del traslado atendiendo la nueva postura de la Sala Mayoritaria expuesta atrás. Por ende, se efectuará su estudio bajo la figura de la nulidad del acto jurídico de traslado.

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, 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.

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 Graciela Monsalve Parra en su demanda pretende la ineficacia del traslado, no obstante como se explicó anteriormente, en tanto carece de los beneficios de la transición pensional, el traslado efectuado únicamente puede cuestionarse a través de la nulidad de dicho acto jurídico, pues no aparece probado que se le haya desconocido el derecho a escoger el régimen, que es el actuar que genera la ineficacia.

En ese sentido, la demandante pretende invalidar el traslado ocurrido el 28/06/1997 del RPM al RAIS (fl. 2 c. 1), de la que da cuenta el formulario suscrito ante Colmena AIG No. 1010338842 – hoy Protección S.A. - (fl. 15 c. 1), además obra un segundo formulario, esta vez de traslado a Porvenir S.A. el 31/01/2003 (fl. 20 c. 1), por lo que se procede a verificar la presencia de algún vicio en el consentimiento que lleve consigo a la nulidad.

En cuento a la **fuerza y el dolo,** de entrada se descartan como quiera que en ambos formularios 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. 15 y 20 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.

Aunado a ello, la actora en el interrogatorio de parte confirmó que decidió trasladarse a Colmena – hoy Protección S.A. – y luego a Protección S.A. de manera libre y voluntaria (fl. 249 cd c. 1).

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; en tanto el caudal probatorio obrante no refiere que en efecto la información hubiese sido fragmentada o inverosímil y que en tal virtud, las consideraciones y explicaciones dadas por el asesor no correspondieron a la realidad.

Por el contrario, lo que se demostró es que el traslado estuvo precedido de la debida asesoría, pues ello se desprende en primer lugar, de la firma que estampó en el formulario de traslado entre regímenes, así para el 28/06/1997 se realizó la “*solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias”* Colmena (fl. 15 c. 1), el que una vez revisado, cuenta con la información que para esa época era la exigida por la Ley, conforme a las directrices previstas en el Decreto 692 de 1994 a través del cual se reglamentó en lo pertinente la Ley 100/93. *–Principio de confianza legítima-,* lo que a su vez lleva consigo a 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.

Y si no fuera suficiente lo anterior frente al formulario inicial de vinculación, también obra un segundo formulario, esta vez de traslado entre AFP (fl. 20 c. 1), documento que cuenta con una casilla de manifestación de la voluntad en la que se registra que ha “*sido asesorado además sobre todos los aspectos propios de este Régimen, particularmente, sobre el Régimen de Transición, bonos pensionales y sobre los requisitos legales para acceder a las pensiones que otorga el sistema (…) habiendo sido informado 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 Mayoritaria 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, máxime que dicho escrito fue acercado directamente por la demandante con el libelo inicial, de ahí que se entienda que estuvo conforme con su contenido.

Por lo mismo, los formularios firmados son la prueba del cumplimiento de las AFP, y no como lo afirma la SCL de la CSJ que solo da cuenta de que fue libre y voluntaria, pues con ello se desconoce el artículo antes referido y las reglas que se fijaron para cumplir tal acto jurídico (argumento del que disentimos).

Sumado a lo anterior, llama la atención de esta Sala Mayoritaria lo dicho por la actora en su interrogatorio de parte, en cuanto a que el asesor la interrogó acerca de su edad, tiempo de cotizaciones y salarios; aspectos básicos con los cuales podía determinar no solo si era beneficiaria del régimen de transición, sino también si en su caso particular le reportaba mejores condiciones pensionales trasladarse al RAIS, que se infiere fue lo que concluyó la demandante, contrario a lo que pasó con otros compañeros de trabajo, pues algunos no se trasladaron, y los que así lo hicieron retornaron hace unos 4 o 5 años.

Así mismo, se desprende que la información suministrada a la demandante fue clara en tanto, en el interrogatorio de parte se le dijo sobre la posibilidad de pensionarse anticipadamente, de trasladar el saldo de su cuenta individual a su masa herencial en caso de fallecimiento y de tener la posibilidad de devolución de saldos de no poderse pensionar; en estos términos no puede tildarse de engañosa o falaz la asesoría que se le brindó, pues precisamente son ellas características propias del RAIS y que se encuentran consagradas en la Ley 100 de 1993 a partir del artículo 64 y s.s.

Además, resaltó con fluidez cuáles eran las características diferenciadoras de ambos regímenes y por qué razón decidió trasladarse, incluso relató que para el 2014 se acercó a la AFP porque su deseo era pensionarse anticipadamente; también la demandante en su interrogatorio siempre resaltó las posibilidades que tenía para incrementar sus ahorros y con ello obtener una mejor prestación vitalicia.

Así mismo indicó que la decisión de trasladarse ocurrió en tanto que ella contaba con un bono pensional de más de 8 años, que junto con el tiempo que alcanzaría a cotizar, aproximadamente 35 años, sería suficiente y rentable para obtener la pensión.

Merece en este punto insistir, que estándose frente a una persona que no fue beneficiaria del régimen de transición y que estuvo afiliada al ISS por más de 5 años (fl. 223 c. 1), y por ello supone su conocimiento del RPM, mal puede exigirse a la AFP privada 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; dependiendo de las circunstancias particulares del afiliado al final de la vida laboral o de presentarse un siniestro, poder precisar cuál de los dos le es más conveniente, antes de ello solo es partir de meras conjeturas y, vaticinar la vida del afiliado 20 años.

Adicionalmente, pese a que Graciela Monsalve Parra indicó en los hechos de la demanda que sería mejor la pensión en el RPM, no se probó que eso fue producto de engaño conforme se explicó anteladamente, máxime que tal obligación no se encontraba regulada, pues la proyección de la pensión solo apareció con la Ley 1748 de 2014[[3]](#footnote-3) y el Decreto 2071 de 2015[[4]](#footnote-4), por lo que ello no implica necesariamente un mal asesoramiento, pues como se dice en esta normativa, tal proyección no es un derecho consolidado, al basarse en hechos futuros probables, que pueden no darse.

Ahora bien, la demandante también anunció en el interrogatorio 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.

Igualmente recuérdese que Graciela Monsalve Parra no solo suscribió el formulario de vinculación al RAIS a través de Colmena – hoy Protección S.A.-, que cumplió los lineamientos fijados en la ley, sino que reiteró su voluntad de permanencia en dicho régimen, al trasladarse a Porvenir S.A. en el 31/01/2003 (fl. 20 c. 1), calenda para la cual contaba con 40 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 2º de la Ley 797/2003, pero fue su voluntad continuar en el RAIS, lo que supone que estaba conforme con los beneficios que venía disfrutando desde el año 1997 cuando ingresó a él.

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 respecto 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 pueden realizar dentro de la entidad, como sería el caso, a manera de ejemplo, de elegir el portafolio con el que se va a invertir 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 20 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. 15 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 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, 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 1997 cuando se vinculó al RAIS, decisión que se confirmó cuando cambió a otra AFP del mismo régimen en el año 2003 y que se reitera con la continuidad de sus cotizaciones por más de 20 años.

**CONCLUSIÓN**

Conforme lo expuesto, la decisión revisada será confirmada.

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

**DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 10 de mayo de 2018 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Graciela Monsalve Parra** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, Porvenir S.A. y Protección S.A.**, según lo dicho en precedencia.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia, por lo mencionado.

Notificación surtida en estrados.

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

Quienes integran la Sala,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Ponente

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

 Magistrado Magistrada

 (Salva voto)

Providencia: Sentencia del 18 de marzo de 2019

Radicación No.: 66001-31-05-003-2017-00274-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: Graciela Monsalve Parra

Demandado: Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones

Magistrada ponente: Olga Lucía Hoyos Sepúlveda

Magistrada que salva voto: Ana Lucia Caicedo Calderón

# SALVAMENTO DE VOTO

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

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

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

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

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

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

 **1.4** En numerosas sentencias del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, se ha establecido que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen la incidencia que el traslado de régimen pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica o con la suscripción de un formato; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones *“dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.”*.

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

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

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

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

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

**2. Caso concreto**

Se pretende por esta vía ordinaria que se declare la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, dada la omisión de información clara y precisa, que ha debido brindarle la A.F.P. a la actora, en orden a conocer las condiciones y consecuencias de migración de régimen.

De conformidad con lo anterior, tal como se dijo en líneas anteriores, según las voces del artículo 1604 del C.C., la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo y, en este tipo de asuntos, corresponde a la administradora de pensiones, a cuyo cargo estaba el deber de suministrar la información suficiente y completa al afiliado, acerca del impacto del cambio de régimen pensional.

Así pues, el vicio en que eventualmente incurren tales administradoras de pensiones, al no suministrar la información adecuada y precisa al afiliado, recaerá en la eficacia del acto, dado que con la omisión o la defectuosa información se ha inducido en error al afectado. Contrario a lo manifestado por la Jueza de instancia, en curso del proceso la AFP Porvenir S.A. no cumplió con la carga que se le impone, esto es**, acreditar haber transmitido a la actora la información concreta y cierta, acerca de la implicación del traslado de régimen pensional.**

De acuerdo a lo visto precedentemente, la jueza de instancia erró al afirmar que al no ser beneficiaria del régimen de transición, le correspondía a la demandante acreditar que la AFP Porvenir S.A. no le brindó la información suficiente que le permitiera tomar una decisión consiente, en los términos establecidos en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, pues para ello basta traer a colación uno de los apartes de la sentencia transcrita de la Corte Suprema de Justicia en la que se refiere al formulario de afiliación, así:

*“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.*

Aunado a lo anterior, en sentencia del pasado 14 de noviembre de 2018, radicado 54814, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, la Sala de Casación Laboral no hizo diferenciación entre quienes se beneficiaron del régimen de transición y los que no a efectos de declarar la ineficacia del traslado con ocasión de la falta de información. En estos términos se pronunció el Alto Tribunal:

“Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que “*en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante”,* es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **encontrándose o no la persona en transición**.” (Negrilla para resaltar)

A tono con lo antes discurrido, es dable afirmar que la omisión o defectuosa información brindada a la señora Graciela Monsalve la AFP COLMENA AIG, hoy protección, fue la causa de su migración al régimen de ahorro individual con solidaridad, con las consecuencias adversas de ver frustrada con el tiempo la posibilidad de obtener una mesada con la que pudiera conservar una vida en condiciones dignas, en virtud del mal asesoramiento que se le impartió.

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

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

 En estos términos sustento mi salvamento de voto.

### ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

### Magistrada

1. M.P. 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 55 años (fl. 34 c. 1). [↑](#footnote-ref-5)
6. Estatuto Orgánico del Sistema Financiero [↑](#footnote-ref-6)