El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia

Radicación No: 66001-31-05-003-2017-00352-01

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: Magda Liliana Santos Orduña

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 no puede permitir que se abuse de los derechos, en tanto por 19 años ha estado latente la posibilidad de acceder a las prerrogativas del RAIS, entre otras que sus herederos accedieran al contenido de su cuenta individual; pero ahora, cuando está próxima a cumplir la edad prevista en el RPM, sí demuestre su intención de traslado de régimen, acudiendo a la nulidad del traslado con una afirmación contraria a la realidad al no serle posible intentarlo de otra manera, por la limitante que impone el literal e) del artículo 13 de la Ley 100/93

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

Magistrada Ponente

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**AUDIENCIA PÚBLICA**

En Pereira, a los cinco (05) días del mes de 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 resolver el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia proferida el 07 de junio de 2018 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve la señora **Magda Liliana Santos Orduña** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES,** el **Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. y el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.,** radicado al N° 66001-31-05-003-2017-00352-01**.**

**Registro de asistencia:**

Demandante y su apoderado: Demandadas y sus apoderados:

**Traslado a las partes**

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

**ANTECEDENTES:**

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

La señora Magda Liliana Santos Orduña pretende la nulidad de la afiliación a las AFP Protección S.A. y Porvenir S.A.; en consecuencia, se declare válida y vigente la de Colpensiones.

Consecuente con lo anterior, se condene a Porvenir S.A. a realizar el traslado de las cotizaciones y a Colpensiones a recibirla como afiliada cotizante y que en el momento pertinente se de aplicación a la Ley 797/03 para estudiar su derecho pensional.

Fundamenta sus aspiraciones en que: (i) nació el 05/03/1961; (ii) se afilió al ISS el 01/08/1984 donde cotizó hasta noviembre de 1998 cuando se trasladó a Protección S.A.; (iii) motivó su traslado que el asesor le informara que podía pensionarse anticipadamente, que el RPM estaba a punto de quebrarse y desaparecería, que la pensión podría ser heredada, que tendría devolución de saldos en caso de no poderse pensionar, que su mesada iba a ser superior a la que recibiría en el RPM.

(iv) No se le informó que para retornar al RPM debía hacerlo antes de cumplir los 57 años de edad; (v) por todo lo anterior considera que la asesoría fue nefasta, engañosa e incompleta.

(vi) En octubre de 2006, una asesora de Porvenir S.A. le suministró la misma información que en otrora había recibió de Protección S.A.

(vii) Al realizar la proyección de su mesada pensional al cumplir los 57 años de edad en el fondo privado sería de $1´910.000 y en el ISS de $6´600.000, (viii) El 22/05/2017 solicitó a las AFP constancias de la información documentada y del consentimiento informado y se le indicó que no contaba con registro alguno, dado que fue entregada al finalizar la asesoría lo que se ratifica con la suscripción del formulario de afiliación.

(ix) Solicitó a Colpensiones su traslado, pero el 03/08/2017 le fue negado por no contar con 15 o más años de servicios al 01/04/1994.

La **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-** se opuso a la pretensión de nulidad del acto de traslado de régimen y a la condena en costas. Respecto a las demás refirió acogerse a lo ordenado por el Despacho. Interpuso las excepciones de mérito que denominó “Inexistencia de la obligación”, “Excepción de “Inexistencia de la obligación demandada” y “Prescripción”.

La **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.** se opuso a los pedimentos de la demanda y aclaró que el traslado de régimen se surtió a través de la AFP Protección S.A. Ya la vinculación con Porvenir S.A. data del 28/09/2006 y fue completamente válida desde el punto de vista legal, al considerar que la misma fue libre y voluntaria y con la manifestación expresa que acepta las condiciones establecidas en el respectivo formulario, el que por demás contaba con los requisitos exigidos por el artículo 11 del Decreto 692/94 y además no se ejerció el derecho de retracto.

Sostiene que la solicitud de nulidad desconoce la suscripción del formulario de afiliación y la realización de aportes por más de 18 años. De otro lado, afirma que la actora incumplió la carga de probar el error en que funda sus pretensiones.

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

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A.** se opuso a los pedimentos de la demanda al considerar que en el acto de traslado se atendieron cada uno de los requisitos previstos en el artículo 1502 del Código Civil. Además la parte actora no cumplió con la carga de probar lo contrario. Aduce que si plantea el error en el consentimiento por circunstancias que están previstas en la ley no puede predicarse la existencia del mismo.

Aclara que para la fecha del traslado no tenía la obligación legal de realizar proyecciones y que el deber de buen consejo se encuentra previsto a partir de la expedición del Decreto 2241/2010.

Por último, dice que la referencia jurisprudencial en que la actora basa sus pretensiones no puede aplicarse a su caso particular por cuanto carece de la calidad de beneficiaria del régimen de transición.

Interpuso las excepciones de mérito que denominó “Prescripción”, “Validez y eficacia del traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad”, “Buena fe y confianza legítima” y la “Innominada o genérica”.

1. **Síntesis de la sentencia**

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira declaró que el traslado que la actora realizó del RPM al RAIS es plenamente eficaz y conserva validez, por lo que declaró probadas las excepciones.

Para arribar a la anterior decisión, indicó que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, por lo que al solicitar la nulidad del traslado o su ineficacia tenía la carga de probar, en el primer evento, el vicio del consentimiento alegado y, en el segundo, que su decisión no fue libre ni voluntaria, lo que incumplió.

Lo dicho, por cuanto en el interrogatorio de parte fue clara en señalar que estaba consciente de la decisión y que no fue obligada a hacerlo. Lo que se corrobora con la suscripción de los formularios en los que consta que se trata de una decisión libre, voluntaria y sin precisiones. Voluntad que reiteró con la segunda afiliación al otro fondo privado.

Además, confesó que en el año 1998 sí se cumplió con la obligación de suministrarle la información que echa de menos en la demanda, pues refirió que se le preguntó cuánto llevaba de historia laboral, cuánto devengaba y dónde estaba afiliada y explicó que ello fue determinante en el caso de sus compañeros de trabajo para no trasladarse. Y que se le indicó que no era beneficiaria del régimen de transición.

También, que le hicieron unas proyecciones y se concluyó que le beneficiaba estar en el RAIS, condiciones que no deben haber variado al no presentarse modificación a dicho régimen con la expedición de la Ley 797/2003, como sí ocurrió con el RPM.

**3. Del grado jurisdiccional de consulta**

El que se surte a favor de la parte actora, al resultar la anterior decisión totalmente adversa a sus pretensiones, dado que mediante proveído del 17/07/2018 se inadmitió el recurso de apelación que se había interpuesto al no encontrarse debidamente sustentado.

**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:*** ***RÉGIMENES PENSIONALES COEXISTENTES***

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*a) Lugar y fecha;*

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

*c) Nombre y apellidos del afiliado;*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*(…)*

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

**2.1.1. Fundamento jurídico**

De conformidad con la copia de la cédula de ciudadanía –fls. 28 del cd. 1-, se observa que la demandante nació el 05/03/1961 por lo que para el 1º de abril de 1994 tenía 33 años de edad cumplidos, calenda para la cual contaba con 436,75 semanas, según consta en la historia laboral expedida por Colpensiones y actualizada al 25/04/2017, que hace parte del expediente administrativo que se allegó en medio magnético –fl. 92 cd. 1-.

Siendo así las cosas, resulta evidente que la señora Magda Liliana Santos Orduña 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, conforme fue peticionado en la demanda.

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

De conformidad con el artículo 1741 del Código Civil, la nulidad de los actos jurídicos o de los contratos es absoluta cuando se produce por un objeto o causa ilícita o por falta de las formalidades. Mientras que cuando tiene un origen diverso como por ejemplo un vicio del consentimiento, sólo se genera nulidad relativa, que da lugar a la rescisión del acto o contrato.

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

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

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

Así, 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.

Por su parte, el artículo 1750 del Código Civil prevé que para alegar la rescisión en los eventos en que se alegue la ocurrencia de error o dolo, se cuenta con un plazo de cuatro años contados desde el día de la celebración del acto o contrato.

De otro lado el artículo 1743 *ibídem* dispone que la nulidad relativa se sanea por el paso del tiempo o por ratificación de las partes.

Lo anterior significa que si la acción de nulidad no se incoa en el término de 4 años contados a partir del acto jurídico cuestionado, de un lado se extingue el derecho a demandar y de otro, se sanea la nulidad o convalida el acto.

* 1. **Fundamento fáctico**

La señora Magda Liliana Santos Orduña en su demanda plantea la posibilidad de que se declare la nulidad del acto de traslado al RAIS a través de la AFP Protección S.A., que se hizo constar en formulario N° 9870514 diligenciado el 15/10/1998 –fl. 176 cd. 1-, así como el efectuado a la AFP Porvenir S.A. el 28/09/2006 –fl. 118- por lo que primero debe verificarse si la nulidad solicitada se presentó en el término en que podía hacerse.

Revisado el expediente, se advierte la inexistencia de petición formulada a las accionadas pretendiendo la aludida nulidad, por lo que la única inconformidad que plantea la demandante en ese sentido lo constituye la demanda que dio origen a este proceso, que conforme con el acta individual de reparto visible a folio 63 del cd. 1 fue el 04/08/2017.

En ese entendido, resulta fácil colegir que para ese momento transcurrieron en total 18 años, 9 meses y 19 días, contabilizados a partir de la calenda en que se suscribió el formulario de traslado del RPM al RAIS -15/10/1998- y, respecto del traslado a la administradora Porvenir S.A. a su vez pasaron 10 años, 10 meses y 6 días lo que implica que los actos jurídico de los que se pretende la nulidad adquirieron firmeza y legalidad al sobrepasar los 4 años a su realización y por lo tanto, la nulidad relativa que se pide por vicio del consentimiento, de haber existido además, ha quedado saneada por el transcurso del tiempo, lo que de suyo genera la improsperidad de la pretensión de nulidad.

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

En cuento a la fuerza y el dolo, de entrada se descartan como quiera que en ambos formularios de vinculación se cuenta con una casilla destinada a dejar constancia que la selección del RAIS se efectúa de manera libre, espontánea y sin precisiones, campo en el cual se encuentra plasmada la firma de la actora.

Documentos que por demás no fueron desconocidos o tachados en la oportunidad correspondiente, de ahí que se presuman auténticos. Aunado a ello, la actora en el interrogatorio de parte confirmó que decidió trasladarse a Protección S.A. de manera libre y voluntaria.

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 o se basó en falsas promesas que finalmente no se cumplieron.

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 respectivo formulario –fl. 13 y 81-, 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 conlleva la aceptación de las condiciones propias del régimen; presunción que se consagró expresamente en el artículo 11 Decreto 692/94, lo que necesariamente supone que se le brindó la información necesaria para llegar a adoptar tal determinación, que está en concordancia con el artículo 97 numeral 1° del Estatuto Financiero.

Por lo mismo, el formulario firmado es la prueba del cumplimiento de la 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, lo que al parecer fue lo que concluyó el asesor, contrario a lo que pasó con otros compañeros de trabajo de la actora a quienes les indicaron que era mejor continuar en el ISS como esta misma lo dijo, así que se infiere que no ocultó información.

Así mismo, refirió la demandante que la información que se le suministró por parte del asesor fue clara. Y esta, al corresponder a 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 -*que fue lo que se informó en la demanda*-, en realidad no puede tildarse de engañosa o falaz, 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.

Merece en este punto insistir, que estándose frente a una persona que no fue beneficiaria del régimen de transición, 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, no se califica al uno mejor que el otro. Siendo diferentes y depende 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 al afiliado.

Adicionalmente, la señora Magda Liliana Santos Orduña confesó que Protección S.A., a través del asesor le hizo unas cuentas “en papel” para mostrarle que la rentabilidad del fondo privado era mejor; de lo que se infiere que la gestión de aquel fue en realidad proactiva y analizó en el caso particular de la afiliada su situación particular para concluir que las particularidades del RAIS le generaban mayores beneficios o ventajas económicos que de continuar en el RPM, lo que se hizo, con supuestos fácticos de los que se ignoraba siguieran imperando en el futuro. Máxime que para el momento no se encontraban regulados los parámetros técnicos para hacerlo que aparecen en la Ley 1748 de 2014[[3]](#footnote-3) y el Decreto 2071 de 2015[[4]](#footnote-4), por lo que ello no implica un mal asesoramiento.

Por eso, de haberse hecho proyecciones con los datos que para ese momento existían, que como dicen los artículos 2.6.10.2.3. y 2.6.10.4.3 al basarse en supuestos futuros, que pueden no llegar a darse, la proyección no es un derecho consolidado, de tal manera que de haberse dado una información de una mesada pensional en el pasado, que no corresponda a la actual, no lleva consigo a una mala asesoría o engaño, por lo mismo de ser incierto el futuro, pues solamente con los datos que se tengan al momento de poderse adquirir la pensión se puede tener un grado de certeza de su valor.

Ahora, en lo que tiene que ver la crisis financiera del ISS y su posible extinción, esa información 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, recuérdese que la señora Magda Liliana Santos Orduña no solo suscribió el formulario de vinculación al RAIS a través de 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. el 28/09/2006 –fl. 118- calenda para la cual contaba con 45 años de edad, es decir, que todavía podía optar por cambiarse para el RPM por no estar afectada por la restricción contenida en el artículo 2 de la Ley 797/2003, pero fue su voluntad la de continuar en el RAIS, lo que supone que estaba conforme con los beneficios que venía disfrutando desde el año 1998 cuando ingresó a él.

Finalmente, debe precisar esta Sala que no puede permitir que se abuse de los derechos, en tanto por 19 años ha estado latente la posibilidad de acceder a las prerrogativas del RAIS, entre otras que sus herederos accedieran al contenido de su cuenta individual; pero ahora, cuando 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 del traslado con una afirmación contraria a la realidad al no serle posible intentarlo de otra manera, por la limitante que impone el literal e) del artículo 13 de la Ley 100/93, modificado por el artículo 2 de la Ley 797/03, que en su momento estuvo a su disposición y no hizo.

**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 Segunda de Decisión Laboral,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 07 de junio de 2018 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por la señora **Magda Liliana Santos Orduña** 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 FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

 Magistrado Magistrado

 (Salva voto)

1. M.P. Gerardo Botero Zuluaga SL4964 del 14/11/2018. Radicado 54814. [↑](#footnote-ref-1)
2. M.P. Clara Cecilia Dueñas, SL 12136 de 2014. [↑](#footnote-ref-2)
3. Artículo 2, parágrafo 2º [↑](#footnote-ref-3)
4. Artículos 2.6.10.2.3. y 2.6.10.4.3 [↑](#footnote-ref-4)
5. A la fecha de presentación de la demanda [↑](#footnote-ref-5)