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, 04 de octubre 2018

Radicación No: 66001-31-05-003-2017-00225-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Luis Alberto Berrio Orozco

Demandado: Colpensiones y Porvenir S.A.

Juzgado de origen: Tercero Laboral del Circuito de Pereira.

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**Temas: TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL / INEFICACIA / DEBER DE INFORMACIÓN / REQUISITOS / CARGA PROBATORIA INCUMBE AL FONDO DE PENSIONES.**

De tal suerte, que en los términos del artículo 897 del código de comercio, cuando la disposición expresa que un acto no produce efectos se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial, y bajo esta nueva perspectiva es que el deber a cargo de las administradoras de pensiones de informar a sus eventuales afiliados, acerca de las implicaciones del traslado entre regímenes pensionales, se enmarca dentro de las precisas disposiciones legales y las pautas que la jurisprudencia ha trazado, por lo que la transgresión a este especifico deber no se enlaza con las precisas conductas reguladas en el régimen de nulidades.

Lo acabado de referir toca, también, con la definición de a quién pesa la carga de demostrar tal deber de información, que como se verá corresponde en todos los casos a la administradora de pensiones. (…)

En efecto, el órgano de cierre de la especialidad laboral ha sido enfático desde su pronunciamiento del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, en sostener que las administradoras de pensiones están obligadas, entre otras cosas: “obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares”. (Sublíneas fuera del texto)

Y concretamente en relación con el deber de información a sus posibles afiliados acerca del contenido e impacto de tal afiliación, decantó lo siguiente:

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional…

Además, expuso que: “En estas condiciones el engaño, no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada” (…)

En el sub-lite, el fondo privado no aportó ningún elemento de prueba con el propósito de acreditar el cumplimiento del deber informado, debidamente, al afiliado acerca de las consecuencias del traslado de régimen, pues únicamente se limitó a aportar pruebas documentales visibles – fls.81 a 128- que dan cuenta de la afiliación de del actor a esa entidad y de las cotizaciones que efectuó, sin que sea prueba suficiente, “que su traslado al régimen de ahorro individual …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”. Por tal motivo, esa es una expresión genérica vaciada de carga demostrativa en torno al cumplimiento del deber de información adecuada y suficiente a cargo de la entidad.

**SALVAMENTO DE VOTO: DOCTORA OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

… se ha diferenciado por esta Corporación, quién asume la carga de la prueba de acreditar si el traslado estuvo o no precedido de la suficiente información respecto de la totalidad de las consecuencias que ello representaba.

De ser destinatario del régimen de transición es la AFP a la que le corresponde demostrar que actuó de manera diligente en el asesoramiento de las implicaciones que evidentemente ello le generan; caso contrario, el afiliado estará en la obligación de demostrar que la información suministrada fue equivocada o engañosa; pero si lo que afirma es la ausencia de asesoría, se configura una negación indefinida que traslada el deber probatorio a la parte demandada.

Bien. Revisada la demanda, se tiene que la parte actora afirmó que el fondo de pensiones le informó que la mesada pensional iba a ser mayor en el RAIS y omitió darle a conocer las ventajas y desventajas de dicho trámite y ahora último, próximo a cumplir la edad para pensionarse se enteró de la proyección futura baja en comparación con RPM. Así se tiene que no se está en presencia de ausencia de información, y por ende, de una negación indefinida.

En este orden de ideas, le correspondía demostrar a la parte demandante tales aseveraciones; sin que lo lograra. Tampoco se puede considerarse que se presentó una omisión en la asesoría, dado que en el momento de cambio de régimen -1996- no podía saberse lo que podría serle desfavorable en el RAIS y favorable en el RPM…

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrado Ponente: **FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

***OBJETO.***

En Pereira, a los cuatro (04) días del mes de octubre de dos mil dieciocho (2018), siendo las nueve y cuarenta y cinco (9:45 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia las magistradas y el suscrito magistrado de la Sala Laboral No.4 del Tribunal Superior de Pereira, declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante frente a la sentencia proferida el 15 de enero de 2018 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***Luis Alberto Berrio Orozco*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones*** – ***Colpensiones*** y ***Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías*** – ***Porvenir.***

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

1. **INTRODUCCIÓN**

Pretende ***el actor*** que se declare la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, y en consecuencia, se ordene a Colpensiones activar la afiliación con que contaba en actor y, a Porvenir S.A. girar el total del monto de la cuenta pensional, con los aportes, sus rendimientos y, se les condene a ambos fondos al pago de las costas procesales a su favor.

Como fundamento a esos pedimentos expone que, nació el 22 de mayo de 1958, en la ciudad de Manizales, inició cotización en el seguro social hasta el 06 de mayo de 1996, fecha en la cual mediante engaño, se trasladó al fondo privado de pensiones Porvenir, debido a que los asesores le manifestaron que el ISS iba a desaparecer, que su mesada pensional iba a ser mayor en el régimen de ahorro individual, pero que en ningún instante le suministraron la información adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta sobre la consecuencias del traslado del RAIS. El día 24 de marzo de 2017 el actor elevó petición de traslado de régimen ante Colpensiones, el cual negó la solicitud arguyendo que “*No es procedente dar trámite e su solicitud, por cuanto la información consultada indica que se encuentra a diez años o menso del requsito de tiempo para pensionarse”.*

*Admitida la demanda, se dio traslado a* ***La Administradora Colombiana de Pensiones*** – ***Colpensiones*** quien allegó contestación –fls 54 a 57– oponiéndose a las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que éstas no vinculan a la Administradora, por lo tanto, se atiene a lo que resulte probado en el proceso. En su defensa, propuso como excepciones de fondo “inexistencia de la obligación demandando” y “prescripción”.

*Por su parte,* ***Porvenir S.A.*** –*fls 67 a 80*–se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda, arguyendo que el actor el día 08 de mayo de 1996, suscribió formulario de solicitud de vinculación a ese fondo, como traslado de régimen, el cual surtió efecto el 1 de julio de 1996, decisión que se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones. En su defensa, formuló como medios exceptivos “validez de la afiliación a porvenir e inexistencia de vicios en el consentimiento”, “saneamiento de la supuesta nulidad relativa”, “prescripción”, “buena fe” e “Innominada o genérica”.

***II.******SENTENCIA DEL JUZGADO***

La Juzgadora de conocimiento mediante fallo del 15 de enero de 2018, negó las pretensiones de la demanda y declaró probada las excepciones de Inexistencia de vicios en el consentimiento y saneamiento de la supuesta nulidad relativa propuestos por Protección S.A., y la de Inexistencia de la obligación realizada por Colpensiones.

Para arribar a tal determinación, estimó con base en las pruebas arrimadas al plenario, que Porvenir S.A. acreditó el cumplimiento al deber de información sobre las consecuencias propias del traslado de régimen, tanto así que, el mismo demandante lo admitió en su interrogatorio, al ser asesorado y motivado para poder adquirir la pensión de vejez en forma anticipada; así como, de que la rentabilidad que tendrían sus aportes al sistema de seguridad social serían mayores a los que se poseerían en el régimen en el que se encontraba en ese momento; resalta la funcionaria que tampoco ejecutó el derecho de traslado entre regímenes por una sola vez cada 5 años o hasta que le faltare mínimo 10 años para cumplir la edad.

1. ***RECURSO DE APELACIÓN***

El demandante se alzó contra la decisión en orden a que se revoque y se declaren prosperas las pretensiones propuestas.

Estima que lo solicitado en la demanda se debió generar, ya que si bien, en la asesoría se le dijo que podía acceder a una pensión anticipada, el monto no concuerda con el que realmente le pudo resultar al momento de cumplir con los requisitos para la pensión de vejez, por lo que la asesoría no fue clara ni trasparente; así mismo, manifestó que, es el fondo de pensiones el que debe demostrar que hizo una asesoría idónea e informó al beneficiario de todas las ventajas y desventajas que le traería el cambio de régimen pensional, caso , en el presente proceso no ocurrió, ni tampoco una proyección en su momento para explicar cuál sería el futuro de su pensión.

1. ***CONSIDERACIONES***

***Del problema jurídico.***

Visto el recuento anterior, la Sala formula el problema jurídico en los siguientes términos:

*¿Hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó del actor el 08 de mayo de 1996 del ISS a Porvenir S.A.?*

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

Para resolver la instancia, de entrada es menester analizar las normas que posibilitan la efectividad de lo pretendido por la parte actora, que no es otra cosa que su retorno al régimen de prima media, administrado actualmente por la administradora Colombia de pensiones – Colpensiones, régimen del cual había emigrado en el año 1996, para ingresar al régimen de ahorro individual con solidaridad en Porvenir S.A.

Sobre este tópico, la jurisprudencia patria había enfocado en un comienzo el asunto dentro del régimen de nulidades previsto en el código civil, esto es, en su título segundo del libro cuarto, referente a los actos y declaraciones de la voluntad, amén de su título XX, relativo a la nulidad y la recisión. Sin embargo, la posición jurisprudencial varió dicha perspectiva, tomando en cuenta las previsiones del artículo 13 lit. b) de la Ley 100 de 1993, que a la letra reza:

“*b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la presente ley*”.

A su turno, la disposición a la que se remite la norma anterior, reza:

“*ARTICULO. 271.-Sanciones para el empleador. El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. (…) La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador*.”

De tal suerte, que en los términos del artículo 897 del código de comercio, cuando la disposición expresa que un acto no produce efectos se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial, y bajo esta nueva perspectiva es que el deber a cargo de las administradoras de pensiones de informar a sus eventuales afiliados, acerca de las implicaciones del traslado entre regímenes pensionales, se enmarca dentro de las precisas disposiciones legales y las pautas que la jurisprudencia ha trazado, por lo que la transgresión a este especifico deber no se enlaza con las precisas conductas reguladas en el régimen de nulidades.

Lo acabado de referir toca, también, con la definición de a quién pesa la carga de demostrar tal deber de información, que como se verá corresponde en todos los casos a la administradora de pensiones.

En efecto, el órgano de cierre de la especialidad laboral ha sido enfático desde su pronunciamiento del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, en sostener que las administradoras de pensiones están obligadas, entre otras cosas:

“obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares”. (Sublíneas fuera del texto)

Y concretamente en relación con el deber de información a sus posibles afiliados acerca del contenido e impacto de tal afiliación, decantó lo siguiente:

“*La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

*“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad*”.

Además, expuso que:

*“En estas condiciones el engaño, no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada”*.

Agrega la ameritada providencia:

“*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”.*

De tal suerte, se equivocó la operadora judicial de primer grado al trasladarle tal carga probatoria al demandado, en contraste, ese traslado de la prueba opera en contra de la Administradora de Pensiones, cual lo definió el órgano de cierre de la especialidad laboral, puesto que itera, ese deber “*se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares*”, toda vez que no cualquiera puede apuntar a ese fin, en la medida en que ésta debe ser relevante, o sea que abarque todos los perfiles y elementos indicativos de una buena elección, máxime si se tiene en cuentas las previsiones de los artículo 1603 y 1604 del C. Civil.

Es más, en providencia más reciente, SL17595, del 18 de octubre de 2017, recaba el órgano de cierre de la especialidad laboral, que tal deber informado debe abarcar una ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado. Rechaza por lo tanto, la simple expresión genérica alusiva a la obligación de informar, por cuanto, la administradora debe poner de manifiesto que documentó clara y suficientemente acerca de los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.

Idéntica perspectiva se ofrece en la sentencia SL12136 de 2014, radicación 46.292, la que en su parte pertinente reza: “…*será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales*”.

Deber de asesoría y de debida información que ha existido desde la creación de tales administradoras del Sistema General de Pensiones, acorde con los artículos 13 y 271 de la Ley 100/93, amén de los artículos 97 y 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y que se refuerza con la regla establecida en el artículo 1604 C.C.

Solo que, si el susodicho cambio implica la pérdida del régimen de transición, resulta más evidente la falencia en cuanto a la información brindada al afiliado. Y en cuanto a otros motivos que pudieran argüirse, en orden a reversar el cambio entre régimen pensionales, es oportuno destacar que si bien con antelación a este traslado, aún no habían entrado en vigencia las leyes: 795 de 2003, 1328 de 2009 y 1748 de 2014, y sus desarrollos legislativos a través de los decretos: 2241 y 2555 de 2010, amén del 2071 de 2015, suficiente resultaba el compendio normativo existente al momento de aquel.

Esto por cuanto, también, el deber de información no se agota exclusivamente al momento de la afiliación, sino que este permea *“todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional”*.

En el sub-lite, el fondo privado no aportó ningún elemento de prueba con el propósito de acreditar el cumplimiento del deber informado, debidamente, al afiliado acerca de las consecuencias del traslado de régimen, pues únicamente se limitó a aportar pruebas documentales visibles – fls.81 a 128– que dan cuenta de la afiliación de del actor a esa entidad y de las cotizaciones que efectuó, sin que sea prueba suficiente, “*que su traslado al régimen de ahorro individual …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”.* Por tal motivo, esa es una expresión genérica vaciada de carga demostrativa en torno al cumplimiento del deber de información adecuada y suficiente a cargo de la entidad.

Respecto a lo informado por el demandante en el interrogatorio de parte que rindió, se tiene lo siguiente: que el asesor comercial le dijo que era más rentable el fondo privado en razón a que las ventajas que le ofrecía, especialmente era que le iban a constituir un capital con intereses; que los dineros iban a estar seguros, adujo que confió en la información que le suministró en ese momento el asesor; por último, indica que le informaron que podía pensionarse en forma anticipada, pero no le explicaron de cuánto sería el monto y que de no hacer el traslado del ISS perdería los aportes realizados a esa entidad.

Esa fragmentaria información, no posee la capacidad de enervar la obligación a cargo del demandante, en la medida en que, por otro lado, no allegó documento que acreditara si cumplió con ese deber, individualizando los medios que utilizó para ello, puesto que se itera, no basta la simple expresión genérica, dado que la administradora debe poner de manifiesto que documentó clara y suficientemente, al afiliado, acerca de los efectos que acarreaba el cambio de régimen, so pena de que se pueda declarar ineficaz ese tránsito.

De otra manera, no son de recibo las normas consagradas en el Código Civil, que limitan o restringen el ejercicio de la acción judicial, en tanto que, el fenómeno presentado en el sub-lite, se inscribe como de manera uniforme y reiterada lo ha decantado el órgano de cierre de la especialidad laboral.

Y no puede ser de otra manera, por cuanto, el precepto contenido en el artículo 1.750 del C.C. riñe en esta materia, con el ordenamiento superior, en concreto, el artículo 48, que ampara a la seguridad social como un derecho irrenunciable, siendo uno de sus báculos el principio de progresividad (sentencia SL 5470, de 30 de abril de 2014, radicación 43892).

Por ende, se revocará la sentencia de primer grado, para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que el demandante efectuó el 08 de marzo de 1996.

Costas en ambas instancias a cargo de las AFP demandadas y en favor del actor.

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

***FALLA***

**Revocar** la sentencia proferida el 15 de enero de 2018 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, para en su lugar:

**1. *Declara****r* la ineficacia del traslado que *Luis Alberto Berrio Orozco* efectuó al RAIS a través de la *AFP Porvenir S.A****.*** el 08 de mayo de 1996, dadas las consideraciones precedentes.

**2. *Ordenar*** *a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.* que en el término improrrogable de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta providencia, proceda a trasladarlos saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses, a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones.

**3. *Ordenar*** a la *Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones* que una vez la *Porvenir S.A.* dé cumplimiento a lo aquí ordenado, proceda aceptar traslado de Luis Alberto Berrio Orozco, del régimen de ahorro individual, al de prima media con prestación definida.

**4. *Declarar*** no probadas las excepciones de fondo propuestas por las demandadas.

**5**. ***Costas*** en ambas instancias a cargo de las AFP demandadas y a favor del actor.

***NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.***

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

**Magistrado Ponente**

**ANA LUCIA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**Magistrada Magistrada**

Salva voto

Providencia: Sentencia del 4-10-2018

Radicación No.: 66001-31-05-003-2017-00225-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: Luis Alberto Berrio Orozco

Demandado: Colpensiones y Porvenir SA

Magistrado ponente: Dr. Francisco Javier Tamayo Tabares

Tema: Ineficacia del traslado – carga probatoria

# SALVAMENTO DE VOTO

Con el debido respeto disiento de la decisión adoptada por la Sala Mayoritaria, en tanto considero debió ser confirmada la sentencia objeto de apelación.

Y se afirma esto, dado que el supuesto fáctico a demostrar está dado por el contenido del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en sus literales b) y e).

El primero, refiere a la escogencia de cualquiera de los regímenes contemplados que es libre y voluntaria por parte del afiliado; consentimiento que se manifiesta por escrito al momento del diligenciamiento de la vinculación o traslado, situación que de desconocerse acarrea la sanciones previstas en el inciso 1º del artículo 271 ibídem, consistentes en multas pecuniarias y dejar sin efecto la afiliación, la que podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El segundo, reafirma la posibilidad que tienen los afiliados de escoger el régimen que prefieran, pero agrega, que una vez efectuada la selección, solo pueden trasladarse una sola vez cada cinco años, contados desde la fecha inicial en que se optó, y que no es posible trasladarse de régimen cuando le falten diez o menos años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; situación que fue declarada exequible de manera condicionada como bien se sabe.

Así, se ha diferenciado por esta Corporación[[1]](#footnote-1), quién asume la carga de la prueba de acreditar si el traslado estuvo o no precedido de la suficiente información respecto de la totalidad de las consecuencias que ello representaba.

De ser destinatario del régimen de transición es la AFP a la que le corresponde demostrar que actuó de manera diligente en el asesoramiento de las implicaciones que evidentemente ello le generan; caso contrario, el afiliado estará en la obligación de demostrar que la información suministrada fue equivocada o engañosa; pero si lo que afirma es la ausencia de asesoría, se configura una negación indefinida que traslada el deber probatorio a la parte demandada.

Bien. Revisada la demanda, se tiene que la parte actora afirmó que el fondo de pensiones le informó que la mesada pensional iba a ser mayor en el RAIS y omitió darle a conocer las ventajas y desventajas de dicho trámite y ahora último, próximo a cumplir la edad para pensionarse se enteró de la proyección futura baja en comparación con RPM. Así se tiene que no se está en presencia de ausencia de información, y por ende, de una negación indefinida.

En este orden de ideas, le correspondía demostrar a la parte demandante tales aseveraciones; sin que lo lograra. Tampoco se puede considerarse que se presentó una omisión en la asesoría, dado que en el momento de cambio de régimen -1996- no podía saberse lo que podría serle desfavorable en el RAIS y favorable en el RPM, más allá de lo que contempla la ley, pues su derecho estaba en formación, al tener cotizado hasta el momento del traslado 377 semanas (fl.86) y 38 años de edad (fl. 22); de tal manera que se desconocían las variables personales y del mercado que podían influir en su pensión; máxime que el capital que se requiere en el régimen de ahorro individual para adquirir la pensión, sin reparar en la edad, depende de muchas circunstancias que a su vez están atadas al comportamiento del afiliado, como es la continuidad en el empleo, salario, ahorro que realice, pues como su nombre lo indica este tipo de régimen se centra en la capacidad de ahorro del afiliado, diferente al de prima media con prestación definida, que igualmente su nominación da a entender que su prestación está definida en la ley, pero sustentada en el apoyo de sus afiliados, pues con los aportes de estos se pagan las pensiones, diferente al RAIS donde la prestación se atiende con lo ahorrado por el afiliado.

Adicionalmente, transcurrieron 20 años entre la fecha de traslado al RAIS y esta acción, tiempo en el que resultó ser potencialmente acreedora de los diferentes beneficios ofrecidos en el RAIS, amén de que tuvo la posibilidad de retornar al régimen de prima media con prestación definida en los términos del artículo 2 de la ley 797, sin que pueda ahora pretender la ineficacia del traslado cuando está cerca a pensionarse, so pretexto de no haber recibido la información suficiente, beneficiándose así de su propia culpa.

En estos términos dejo sentado mi salvamento de voto.

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada

1. Puede consultarse las sentencias proferidas en el 2018, dentro de los procesos radicados 2016-00025, 2016-00087 y 2016-00394. [↑](#footnote-ref-1)