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: 66001-31-05-004-2017-00305-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Clara Rosa Ramírez Mosquera

Demandado: Colpensiones y Porvenir S.A.

Juzgado de origen: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira.

**TEMAS: INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL / APLICA PARA BENEFICIARIOS DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y LA CARGA PROBATORIA RADICA EN LA AFP / PARA NO BENEFICIARIOS LA FIGURA A ESTUDIAR ES LA NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO, LA CARGA PROBATORIA INCUMBE AL DEMANDANTE Y DEBE PEDIRSE DENTRO DE LOS CUATRO AÑOS SIGUIENTES / RÉGIMEN DE TRANSICIÓN: EXIGE HABER ESTADO AFILIADO A ALGÚN RÉGIMEN ANTES DEL 1º DE ABRIL DE 1994.**

… 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. (…)

… la jurisprudencia de la SCL de la CSJ y que ha sido acogida por esta Corporación sostiene que para la aplicación de una norma anterior a la Ley 100 de 1993, el afiliado además de cumplir con las exigencias del referido artículo 36 y hoy en día del Acto Legislativo 01 de 2005, debe encontrarse afiliado con anterioridad al 1° de abril de 1994 a alguno de los regímenes vigentes para ese momento, circunstancia que es apenas obvia para poder determinar cuáles son los requisitos que deben resguardarse por el cambio de legislación. (…)

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.

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

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

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**AUDIENCIA PÚBLICA**

En Pereira, a los veintidós (22) días del mes de enero de dos mil diecinueve (2019), siendo las diez de la mañana (10:00 a.m.), la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora respecto de la sentencia proferida el 09 de abril de 2018 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve la señora **Clara Rosa Ramírez Mosquera** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** y **Porvenir S.A.,** radicado al N° 66001-31-05-004-2017-00305-01**.**

**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 Clara Rosa Ramírez Mosquera solicita que se declare: (i) la ineficacia y/o nulidad del traslado que efectuó del régimen de prima media al RAIS, por intermedio de Colpatria S.A.; (ii) consecuente con lo anterior, se le ordene a la AFP remitir a Colpensiones todos los saldos de su cuenta individual y; (iii) a esta última aceptar el traslado manteniendo los efectos del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, si los tuviere.

Fundamenta sus aspiraciones en que: (i) el 08/11/1994 se vinculó al ISS y el 24/04/1996, se trasladó al RAIS a través de la AFP Colpatria –hoy Porvenir-, (ii) el asesor de la AFP no le brindó la asesoría legal requerida o información plena, cierta, sería y oportuna, pues no ofreció las proyecciones de su expectativa pensional en ambos regímenes, ni le reclamó información sobre su situación familiar y beneficiarios para poder hacerlo; (iii) esa omisión la indujo a error, pues lleva consigo un menor valor en el monto de la mesada pensional.

(iv) Al momento del traslado, la AFP no le informó que debía allegar comunicación escrita en la que hiciera constar que lo hacía de manera libre, espontánea y sin precisiones; (v) el 02/02/1997 suscribió formulario de afiliación a Porvenir S.A.

(vi) El 24/11/2016 comunicó a Porvenir S.A. su interés de trasladarse a Colpensiones, pero se le suministró respuesta negativa; (vii) en la misma calenda le solicitó proyección pensional y al respecto se le informó que sería equivalente a una pensión por garantía mínima; (viii) el 06/02/2017 diligenció formulario de afiliación a Colpensiones, pero esa administradora le negó el traslado por faltarle menos de 10 años para cumplir la edad de pensión.

(ix) De haber permanecido en el RPM su pensión para el año 2021 sería de $1´436.453.

La **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-,** se opuso a la pretensión de nulidad o ineficacia del traslado, puesto que la selección de régimen es una decisión una y exclusiva del afiliado, quien lo hace de manera libre y voluntaria, razón por la cual las AFP no pueden direccionar la voluntad del afiliado. Interpuso las excepciones de mérito que denominó “Inexistencia de la obligación”, “Excepción de buena fe”, “Imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas”, “Excepción de innominada” –sic-, y “Prescripción”.

Por su parte, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías** **Porvenir S.A**, se opuso a los pedimentos de la demanda al considerar que el acto de afiliación de la actora al RAIS no adolece de vicios en el consentimiento, bajo inducción a error por cuanto el traslado de régimen fue un acto voluntario y totalmente libre de apremio y eso se demuestra con su permanencia en él por más de 20 años, haber operado traslado entre AFP y no haber hecho uso del derecho de retracto. Precisó que en el caso concreto es improcedente el traslado a Colpensiones por estar a menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse y que la acción se encuentra prescrita, bien en los términos del artículo 151 del CPL o 1750 del C.C.

Interpuso como excepciones de mérito las que denominó “Genérica o Innominada”, “Prescripción”, “Buena fe”, “Compensación”, “Exoneración de condena en costas”, “Inexistencia de la obligación”, “Falta de causa para pedir”, “Falta de legitimación en la causa y/o ausencia de personería sustantiva por pasiva de Porvenir S.A.”, “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 la entidad llamada a juicio”, “Afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado”

**2. Síntesis de la sentencia apelada**

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora.

Para arribar a la anterior conclusión, indicó que la demandante no es beneficiaria de transición entonces, a pesar de que contara con más de 35 años, porque nunca cotizó en vigencia de régimen diferente al contenido en la ley 100 de 1993, pues su afiliación se presentó en noviembre de 1994; por manera que, de cara a la jurisprudencia le correspondía acreditar que la AFP no le brindó suficiente información o la que le dio fue falaz, respecto a las consecuencias de su decisión de trasladarse de régimen pensional y que por tanto su decisión no fue consciente, libre y voluntaria, carga que incumplió.

Ahora, el hecho de que hace unos pocos años se haya enterado de la diferencia en el valor de la mesada no es un hecho que pueda tomarse como engaño, porque independientemente de que como lo haya mencionado su apoderado, haya sido posible realizar alguna clase de proyección con valores hipotéticos, la misma ni era totalmente real como tampoco obligatoria, pues solo hasta el año 2014 con el Decreto 1748 surgió tal obligación.

1. **Recurso de Apelación**

Inconforme con la anterior decisión, la parte actora la recurrió y argumentó que existe jurisprudencia de hace 10 o 15 años que indica que no es necesario estar afiliado al sistema pensional antes del 01/04/1994 para gozar del régimen de transición, de tal manera que solo es necesario demostrar el cumplimiento de alguno de los requisitos previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

De tal manera que la actora al ser beneficiaria del mismo en razón de la edad y al hacerse alusión a unas negaciones indefinidas desde la demanda, se invirtió la carga de la prueba y le correspondía a la AFP demanda probar que sí le suministró la información necesaria y que obró con diligencia y cuidado, acorde con la sentencia SL12136 de 2014, lo que no hizo.

De otro lado, considera que de su parte cumplió de todas maneras con acreditar que la información suministrada no fue la debida y adecuada para trasladarse, pues el interrogatorio de parte fue preciso y contundente, sin que sea necesario contar con una abundante prueba testimonial para demostrarlo.

**CONSIDERACIONES**

**Cuestión Previa**

**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, encargada de unificar la jurisprudencia, resulta ser como regla general de obligatorio acatamiento, lo que se traduce en una limitación de la autonomía judicial.

Sin embargo y a modo de excepción, el funcionario judicial puede apartarse de ellas, esgrimiendo las razones suficientemente fundadas que lo llevan a tomar esa determinación.

Frente al tema de la ineficacia del traslado sustentado en los artículos 13 literal b) y 271 inciso 1º de la Ley 100 de 1993, recientemente la SCL de la CSJ[[1]](#footnote-1), indicó que la misma procede para todos los afiliados al sistema pensional sin distingo a su pertenencia o no al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cuya carga probatoria recae en la AFP, quien deberá acreditar que informó las consecuencias del traslado; tesis que no se comparte por la Sala Mayoritaria.

Por lo tanto, la intelección que 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[[2]](#footnote-2), evento en el que se invierte la carga de la prueba a la AFP, quien debe acreditar que le suministró la información debida para que pudiera adoptar conscientemente la decisión de traslado, específicamente, en lo relacionado con la pérdida del régimen de transición.

Pero, en caso contrario, de no ser beneficiario actual de dicho régimen, debe estudiarse 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 este modo, se recoge cualquier argumentación que haya sido esgrimida con anterioridad y que difiera del inmediatamente expuesto.

Ahora, las razones que justifican la dimisión de la Sala Mayoritaria de la tesis actual de la SCL de la CSJ, son las mismas que fueron expuestas por el Mag. Julio César Salazar Muñoz en el salvamento de voto presentado en el proceso con radicado abreviado 2017-00090 de fecha 05/12/2018 donde fungió como demandante la señora Victoria Eugenia Echeverry Sarrazola, y que son las siguientes:

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

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

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

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

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

*Permitir entonces, la declaración de ineficacia de traslados de personas que, sin pertenecer al régimen de transición, han estado largos años en el RAIS y a última hora perciben que, gracias a los subsidios del Régimen de Prima Media, su pensión podría ser superior en este a la que obtendrían en aquel, no solo es desconocer que la coexistencia de regímenes implica que ninguno de los dos es mejor o peor que el otro, sino también cohonestar con que algunas personas obtengan beneficios que se derivan de esfuerzos en los que no participaron, y cuyo otorgamiento –dada esa circunstancia-* ***puede llegar a poner en riesgo la garantía del derecho pensional para los actuales y futuros pensionados que si 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 SELECCIÓN Y VINCULACIÓN.**<Artículo compilado en el artículo*[*2.2.2.1.8*](https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/decreto_1833_2016_pr001.htm#2.2.2.1.8)*del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.*

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

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

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

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

*a) Lugar y fecha;*

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

*c) Nombre y apellidos del afiliado;*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*“****Artículo 2.6.10.4.3. Proyección del beneficio pensional en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.****El afiliado podrá solicitar una proyección del valor del beneficio pensional a la Administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en la que se encuentre afiliado. Para ello suministrará a la Administradora respectiva la información adicional que ésta requiera. Para el cumplimiento de esta obligación por parte de la Administradora, el afiliado tiene derecho a contar con una asesoría personalizada por parte de la Administradora, de conformidad con el numeral 5 del artículo 2.6.10.1.3 y el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto número 2555 de 2010, y las normas aplicables que regulen la materia.*

*Las administradoras deberán indicar de manera expresa al afiliado que la simulación corresponde a la modalidad de pensión de retiro programado, calculada con base en las cotizaciones obligatorias y no incluye aportes voluntarios.*

*Para el cálculo de la proyección antes mencionada se deberán tener en cuenta los siguientes parámetros técnicos:*

*a) La tasa de interés técnico que se encuentra establecida por la Superintendencia Financiera de Colombia o la que la modifique o sustituya;*

*b) Las tablas de mortalidad de rentistas y de inválidos expedidas por la Superintendencia Financiera de Colombia;*

*c) Las tasas de inflación y crecimiento de los beneficios pensionales;*

*d) Demás parámetros y supuestos que imparta sobre el particular la Superintendencia Financiera de Colombia.*

*Para finalmente concluirse en el parágrafo 2º que:*

***“Parágrafo 2°.****La proyección de que trata este artículo, proporcionada por la Administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de las herramientas financieras, deberá entenderse como un cálculo estimado de la eventual futura pensión. La Administradora deberá informar al afiliado que la mesada pensional resultante es una mera proyección y no un derecho consolidado, por fundamentarse en una simulación de supuestos futuros probables, pero sin certeza sobre la ocurrencia”.*

*Salta a la vista entonces, que con anterioridad a estas normas, no estaban establecidos los parámetros que permitieran dar una información técnica a título de proyección y por ello tal obligación no puede exigirse en estos asuntos.*

*Adicionalmente debe tenerse en cuenta que las personas que procedieron al traslado en la década de los años 90 y principios de la siguiente, eran afiliados que apenas estaban empezando su etapa productiva y por ello, en realidad, los aportes realizados hasta el momento del traslado eran tan limitados que no permitían conocer una tendencia que abriera la puerta a cálculos con significado”.*

Y, más adelante se refirió a la diferencia que existe entre los eventos de ineficacia y nulidad de los traslados de régimen, así:

***“IMPORTANCIA DE LA DIFERENCIACIÓN ENTRE LOS CASOS DE INEFICACIA Y LOS CASOS DE NULIDAD***

*Para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema resulta vital hacer las claridades que preceden, porque de persistir en considerar como ineficaces los traslados en que no hay pérdida del régimen de transición, no solo: se atenta contra la dualidad de regímenes pensionales que organizó el legislador en la ley 100 de 1993; se contravienen los derechos de las AFP en cuanto por confianza legítima dieron cumplimiento a las precisas normas de afiliación que se expidieron; se convierte en regla general la incertidumbre de la validez de un acto jurídico que por el fenómeno de la ineficacia no tiene límite para su convalidación; sino que también y sobre todo, se atenta de manera grave contra la sostenibilidad financiera de Colpensiones, en la forma que quedó explicada en la sentencia C- 1024 de 2004, pues permite que todos aquellos que al final de sus cotizaciones no hayan conseguido reunir el capital con el que pretendían obtener altas pensiones, busquen el regreso al RPM y con él obtengan los subsidios que, de haber continuado con sus aportes a ese sistema hubieran podido obtener, pero que, como dejaron de hacerlos por buscar los otros beneficios que ofrece el RAIS, no dieron lugar a que con ellos la Administradora Pública hiciera las inversiones que garantizaran los rendimientos necesarios para otorgar las prestaciones ofrecidas”.*

1. **De los problemas jurídicos**

Visto el recuento anterior, la Sala formula los siguientes:

* 1. ¿La señora Clara Rosa Ramírez Mosquera es 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**

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dispone que para ser beneficiario del régimen de transición allí previsto se requiere que en el caso de las mujeres al 1° de abril de 1994 tuvieran 35 o más años de edad o 15 o más años de servicios cotizados.

Por su parte, el Acto Legislativo 01 de 2005, exige acreditar 750 semanas de cotización al 29 de julio de 2005, salvo para aquellas personas que eran beneficiarias de dicho régimen por cumplir la densidad de semanas cotizadas, de que trata la Ley 100/93.

Finalmente, la jurisprudencia de la SCL de la CSJ [[3]](#footnote-3) y que ha sido acogida por esta Corporación[[4]](#footnote-4) sostiene que para la aplicación de una norma anterior a la Ley 100 de 1993, el afiliado además de cumplir con las exigencias del referido artículo 36 y hoy en día del Acto Legislativo 01 de 2005, debe encontrarse afiliado con anterioridad al 1° de abril de 1994 a alguno de los regímenes vigentes para ese momento, circunstancia que es apenas obvia para poder determinar cuáles son los requisitos que deben resguardarse por el cambio de legislación.

**2.1.2. Fundamento fáctico:**

De conformidad con el registro civil de nacimiento se observa que la demandante nació el 12/08/1958 –fl. 19 del cd. 1-, por lo que para el 1º de abril de 1994 tenía cumplidos 35 años de edad, lo que en principio la haría beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

No obstante lo anterior, se advierte conforme con la historia laboral expedida por Colpensiones –fl. 35 del cd. 1-, que la actora se afilió por primera vez al régimen de seguridad social en pensiones a través del otrora ISS el 08/11/1994, por lo que es evidente que incumple el requisito tácito indicado por la jurisprudencia y que goza de plena vigencia en la actualidad a diferencia de lo sostenido por el recurrente en ese sentido.

En este orden de ideas, al no haber efectuado aportes a un sistema anterior, mal podría afirmar que es beneficiaria del régimen de transición por la imposibilidad de acudir a una norma antecesora y consecuente con ello, no es posible orientar sus pedimentos bajo el análisis de ineficacia del traslado y por ende, solo se dará el alcance a la nulidad del mismo como a continuación se procederá.

En este orden de ideas, se recoge en su totalidad el criterio que se venía aplicado para resolver asuntos similares al presente y la Sala Mayoritaria retornará a la tesis primigenia, relacionada con la nulidad relativa del acto de traslado por vicio del consentimiento.

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.

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

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

* 1. **Fundamento fáctico**

La señora Clara Rosa Ramírez Mosquera, en su demanda plantea la posibilidad de que se declare la nulidad del acto de traslado al RAIS a través de la AFP Colpatria, que se hizo constar en el formulario suscrito el 24/04/1996 –fl. 20-.

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 fue el 10 de julio de 2017 –fl. 43-

En ese entendido, resulta fácil colegir que para ese momento transcurrieron 21 años, 2 meses y 16 días contabilizados a partir de la fecha en que se suscribió el formulario de afiliación al RAIS -24/04/1996-, lo que implica que el acto jurídico del que se pretende la nulidad adquirió firmeza y legalidad, al sobrepasar los 4 años a su realización y por lo tanto, la nulidad relativa que se pide como consecuencia del vicio del consentimiento alegado, de haber existido, ha quedado saneada por el transcurso del tiempo, lo que de suyo genera la improsperidad de la pretensión de nulidad.

Al margen de lo anterior, se considera necesario precisar que de todas maneras las pretensiones estarían llamadas al fracaso dado que la parte demandante omitió allegar algún medio de convicción para probar el vicio del consentimiento; pues si bien solicitó la práctica de una prueba testimonial[[5]](#footnote-5) desistió de la misma en la audiencia de trámite y juzgamiento.

Y, si bien allegó algunos documentos, nada refieren respecto a la indebida asesoría o falta de información como generadores del vicio del consentimiento alegado, pues solo se refieren a peticiones de traslado con sus correspondientes respuestas, historia laboral expedida por Colpensiones, registro de cotizaciones al fondo privado y proyecciones, todas ellas realizadas o expedidas entre los años 2016 y 2017, ninguna relación tienen con los pormenores que suscitaron el cambio de régimen del que ahora se duele.

Ahora, lo que se demostró es que el traslado efectuado por la actora al RAIS en el año 1996 estuvo precedido de la debida información, pues ello se desprende de la firma que estampó en el respectivo formulario –fl. 20-, 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.*

Sumado a lo anterior, en su interrogatorio la demandante, señaló que se trasladó porque un asesor de Colpatria le dijo que en el fondo privado a diferencia del ISS la pensión era más alta y que en caso de fallecer la podía cobrar un hijo o el esposo y en el ISS solo ella y el esposo y que lo demás todo se perdía, información que resulta veraz, dado que es totalmente acorde con la ley la posibilidad de devolución de saldos en el evento de no ser posible otorgarse una pensión mínima (artículos 66,72 y 78 de la Ley citada) o hacer parte de la masa sucesoral los aportes ante la no existencia de beneficiarios en caso de fallecimiento del afiliado (art. 76 ibídem).

Sin que la inexistencia de las proyecciones de la expectativa pensional resulte suficiente para el éxito de las pretensiones de la demanda, porque para la época en que se dio el traslado de régimen, a las administradoras no les asistía la obligación de realizar un cálculo o proyección para determinar el valor de la mesada pensional que pudiese recibir en ese régimen, pues esta solo surgió con la expedición de la Ley 1748 de 2014[[6]](#footnote-6) y el Decreto 2071 de 2015[[7]](#footnote-7).

**CONCLUSIÓN**

Conforme lo expuesto, la decisión revisada será confirmada pero por las razones expuestas en esta providencia. Costas en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de las demandadas por partes iguales, conforme lo dispone el numeral 4º del artículo 365 del C.G.P.

**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** por razones diferentes,la sentencia proferida el 09 de abril de 2018 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por la señora **Clara Rosa Ramírez Mosquera** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES** y **Porvenir S.A.**, según lo dicho en precedencia.

**SEGUNDO:** Costas en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de las demandadas por partes iguales, 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. CSJ, SCL, SL622-2013 M.P. Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y más recientemente sentencia 28/11/2018 SL5179 de 2018, MP Jorge Prada Sánchez. [↑](#footnote-ref-3)
4. M.P. Julio César Salazar Muñoz, radicado 2014-00183 del 12 de agosto de 2015. Dte: Higinio de Jesús Foronda vs Colpensiones.

   M.P. Francisco Javier Tamayo Tabares, radicado 2013-00325 del 17 de febrero de 2015. Dte: María Gladis López González vs Colpensiones. [↑](#footnote-ref-4)
5. Señores Carlos Olimpo Bedoya Serna, Luz Emilce Aragón Melchor y Manuel Salvador Taborda Alayón [↑](#footnote-ref-5)
6. Artículo 2, parágrafo 2º [↑](#footnote-ref-6)
7. Artículos 2.6.10.2.3. y 2.6.10.4.3 [↑](#footnote-ref-7)