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: 66001-31-05-004-2017-00143-01

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: Hernando Juan Ferrucho Vergara

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

… 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.

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 diecinueve (19) días del mes de febrero de dos mil diecinueve (2019), siendo las once y quince minutos de la mañana (11:15 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 04 de abril de 2018 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve el señor **Hernando Juan Ferrucho Vergara** 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° 66001-31-05-004-2017-00143-01**.**

**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**

El señor Hernando Juan Ferrucho Vergara eleva como pretensiones principales que se declare la nulidad de la afiliación que efectuó a la AFP Colpatria hoy Protección S.A el 01/03/1996, así como la efectuada a Porvenir S.A. el 11/12/2012; en consecuencia, se declare válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación a Colpensiones.

Subsidiariamente, solicita que se declare la inexistencia de dichos contratos de afiliación o su ineficacia.

Consecuente con lo anterior, se condenen a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes y a esta que los reciba.

Fundamenta sus aspiraciones en que: (i) nació el 26/03/1960; (ii) se afilió al ISS el 28/04/1987 y cotizó 308 semanas; (iii) el 01/03/1996 se afilió a la AFP Colpatria –hoy Protección-, pero el asesor no le suministró una información adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta, ni las consecuencias del traslado, por lo que se le indujo a error.

(iv) Lo que se le informó es que podía pensionarse a cualquier edad y que el seguro social se iba a acabar; pero no se le dijo acerca de la edad mínima y el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual; (v) mucho menos se le manifestó que con su traslado perdía la posibilidad de pensionarse con el ISS, no le realizó un estudio previo, individual y concreto sobre las ventajas y desventajas; (vi) el 11/12/2012 se trasladó a Porvenir S.A.

(vii) A la fecha de presentación de la demanda tenía 56 años de edad y 1.214 semanas cotizadas, pero por el traslado perdió la oportunidad de pensionarse con el ISS cuando cumpliera la edad requerida; (viii) de acuerdo a la proyección realizada, la mesada pensional con Colpensiones sería de $3´332.231 y con la AFP $1´437.000; (ix) el 14/07/2016 solicitó el traslado de fondo a Colpensiones, que le fue negado por encontrarse a menos de 10 años para pensionarse.

La **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-** se opuso a las pretensiones de la demanda y como razones de defensa indicó que el traslado del actor se presentó de manera voluntaria, libre y espontánea hacía el RAIS y ahora no puede retornar porque le faltan menos de 10 años para pensionarse, aunado a que existe una periodo de permanencia de 5 años en cada régimen. 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” y “Prescripción”.

La **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A** se opuso a los pedimentos de la demanda al considerar que no hubo omisión de información porque el acto de afiliación fue realizado por voluntad propia, por no habérsele hecho incurrir en error sobre el objeto de la contratación en lo relativo a los derechos prestacionales, características y condiciones del régimen que lo acogía. Adicionalmente, que el actor no es beneficiario del régimen de transición, de tal manera que no puede retornar al RPM porque le faltan menos de 10 años para pensionarse. Finalmente, aduce que la acción para intentar la nulidad se encuentra prescrita conforme lo dispone el artículo 1750 del Código Civil. Interpuso las excepciones de mérito 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 al actor por parte de esta entidad llamada a juicio” y “Afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado”.

Por su parte, la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A.** también se opuso a las pretensiones y como razones de defensa manifestó que el traslado fue realizado por el actor de manera libre, espontánea y sin presiones y con el lleno de los requisitos legales, por lo que se le respetó la libre escogencia y no le resultó desfavorable como quiera que no tenía un derecho ni una expectativa cierta y legítima, toda vez que su derecho pensional apenas estaba en formación. Propuso como excepciones las de “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 Cuarto Laboral del Circuito de Pereira negó las pretensiones de la demanda y condenó al actor en costas procesales.

Para arribar a la anterior decisión, indicó que como el demandante no es beneficiario del régimen de transición, de tal manera que conforme a los diferentes pronunciamientos de esta Corporación[[1]](#footnote-1), como su traslado no le acarrea consecuencias desfavorables, esto es, poderse pensionar a menor edad y con menor número de semanas, mayor porcentaje de tasa de reemplazo; para lograr la ineficacia, nulidad o inexistencia –*que para el caso es lo mismo*- le correspondía acreditar cual fue la información equivocada o falaz que lo llevó a optar por el RAIS.

En el caso concreto, conforme con los formularios suscritos por el actor, se observa que declaró que el traslado lo hizo en forma libre, espontánea y sin precisiones, por lo que le debía probar las afirmaciones en contrario que indica en la demanda, pero no trajo ninguna prueba para ese efecto.

Por el contrario en el interrogatorio de parte confirmó que su descontento con el RAIS solo se vino a materializar en el año 2016, cuando se enteró que su mesada pensional iba a ser inferior en ese régimen respecto a la que según sus cuentas le correspondería en el RPM, es decir, su inconformidad no proviene de que se le haya dado una información falaz, incluso, mencionó que nunca se había acercado a averiguar sobre su pensión anticipada, solo fue a mirar trámites y le dijeron que tenía ese derecho, con lo que se descarta la información errada.

Consideró que la confianza a la que alude es más una omisión de su parte, pero que de todas maneras lo que se le informó por parte de la asesorara no fue falaz porque sí podía pensionase anticipadamente, el mayor valor no se sabía porque entre otras cosas, para esa fecha no existía obligación de realizar proyección, aunado a que los valores establecidos hace 2 años solo son producto de la certeza de saber cuáles fueron sus ahorros y el bono pensional, datos que no se conocía para la época del traslado.

1. **Recurso de Apelación**

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada judicial de la parte actora presentó recurso de apelación y argumentó que sí se cumplió con la carga de probar que su representado recibió una información falaz de parte de la asesora del fondo privado y ello lo hizo a través de la confesión efectuada al momento de absolver el interrogatorio de parte, toda vez que fue claro en indicar (i) que pese a que se le informó que podía pensionarse anticipadamente, no se le explicaron las condiciones para que ello se diera, es decir, se trató de una generalidad; (ii) no era cierto que se podía pensionar con una mesada superior porque ni siquiera le hicieron una proyección de la misma ni conocían las circunstancias particulares del afiliado y (iii) el ISS generaba inseguridad financiera, contrario a la estabilidad de los fondos privados.

Concluye que brillan entonces por su ausencia los requisitos que la jurisprudencia ha trazado respecto al deber del buen consejo que está en cabeza de los fondos privados.

**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[[2]](#footnote-2), 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 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[[3]](#footnote-3), 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 transiciòn, 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.

Sin que la anterior comprensión constituya un acto discriminatorio, pues se trata de una interpretación válida y fusionada de la jurisprudencia y de las normas sustantivas que regulan la materia.

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

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 y que por ser necesario se efectúan de manera extensa, 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. ¿El señor Hernando Juan Ferrucho Vergada fue beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 y por tanto, se encuentra legitimado 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 los hombres al 01/04/1994 tuvieran 40 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.

**2.3.2. Fundamento fáctico**

Para el 01/04/1994 el actor tenía 34 años de edad, al ser su natalicio el 26/03/1960, según consta en la copia de la cédula de ciudadanía visible a folio 27 del cd. 1 y, tener para esa fecha 308,57 semanas cotizadas o 6 años aproximadamente, segùn se extrae de la historia laboral expedida por Colpensiones y que obra a folio 28 del mismo cuaderno, por lo que resulta evidente que no fue beneficiario del régimen de transición, situación que por demás no fue cuestionada por la parte actora; por lo tanto, no es posible orientar sus pedimentos bajo el análisis de ineficacia del traslado como se había indicado en otros asuntos por esta Sala Mayoritaria, por ende, se efectuará su estudio bajo la figura de la nulidad del acto jurídico de traslado, conforme fue peticionado en la demanda de manera principal.

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; (iv) de las calidades accidentales de la cosa u objeto.

Así, en casos como este el error podría traducirse 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 que no son ciertas 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.

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.

* 1. **Fundamento fáctico**

El señor Hernando Juan Ferrucho Vergara, en su demanda plantea la posibilidad de que se declare la nulidad del acto de traslado al RAIS a través de la AFP Colmena, que se hizo constar en formulario diligenciado el 04/05/1994 –fl. 310- por lo que primero debe verificarse si la nulidad solicitada se presentó en el término en que podía hacerse.

Revisado el expediente, obra a folio 35 del cd. 1, oficio de fecha 04/08/2016 dirigido por Porvenir S.A. al abogado del señor Hernando Juan Ferrucho Vergara, a través del cual se le da respuesta negativa a la solicitud de nulidad de la afiliación efectuada a su nombre.

No obra copia de la aludida petición, por lo que se considerará que la fecha en que se emitió el citado oficio, constituye la fecha en que la parte actora planteó la inconformidad que le asiste frente a la validez de la vinculación al RAIS.

En ese entendido, resulta fácil colegir que para ese momento transcurrieron en total 22 años y 3 meses contabilizados a partir de la calenda en que se suscribió el formulario de afiliación al RAIS -01/03/1996-, 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 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 a continuación.

En cuento a la fuerza y el dolo, de entrada se descartan como quiera que en cada uno de los formularios de afiliación 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 del actor, documentos que por demás no fueron desconocidos o tachados en la oportunidad correspondiente, de ahí que se presuman auténticos.

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 incompleta, incierta, insuficiente o incomprensible que se aduce en la demanda, 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, como lo sería el monto de la mesada pensional que refiere.

Pues contrario a lo argüido en la alzada no existe confesión de parte del actor frente a estos aspectos, pues las respuestas que suministró al momento de absolver el interrogatorio de parte no cumplen con por lo menos el segundo de los requisitos previstos en el artículo 191 del CGP, al que nos remitimos en virtud del artículo 145 del CPL, esto es, que se trate de hechos que le generen consecuencias adversas.

Siendo así las cosas, al no existir confesión, no puede darse por acreditado que la AFP Colpatria omitió suministrarle al actor una información precisa y completa respecto a las condiciones para pensionarse anticipadamente o explicarle en razón de qué podía obtener una mesada pensional superior.

Ahora, en el mismo interrogatorio, fue enfático en señalar que el motivo principal para trasladarse lo constituyó *“la solidez y fortaleza financiera de los fondos privados recientemente constituidos en ese entonces, frente a la debilidad o crisis que estaba viviendo el seguros social, inclusive teniendo en cuenta que si decidían suprimir al seguro podían hacer otra entidad pero con las mismas falencias y que eso era un riego”.*

Adicionalmente, precisó que nunca se le dieron las proyecciones de la mesada a percibir en cada régimen; sin embargo, de existir esta prueba sería insuficiente para demostrar los fundamentos fácticos en que basa sus pretensiones.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que también relacionó en su declaración y dan cuenta los 4 formularios de afiliación que suscribió con cumplimiento a los requisitos de ley ha estado vinculado en varias administradoras privadas, en un primer momento, cuando decidió cambiarse al RAIS a través de Colmena –hoy Protección S.A. (04/05/1994 –fl. 310) y luego entre administradoras dentro del mismo, a Colpatria –hoy Porvenir S.A.- el 01/03/1996 folio 29, a Porvenir S.A. el 29/08/2002 folio 30 y, finalmente a Horizonte –hoy Porvenir S.A.- el 01/02/2013 folio 31 del cd.1; lo que permite inferir que conoció las ventajas y beneficios que le representaba continuar en el RAIS y se encontraba satisfecho con ellos, de ahí que haya optado por permanecer en él por 20 años más a través de diferentes administradoras, pues solo para el 14/07/2016 –fl. 32 cd. 1- es que intentó ante Colpensiones el traslado de régimen.

En este punto, llama la atención de la Sala que en el formulario de Porvenir S.A. del 29/08/2002 no solo se registra la constancia de haber seleccionado el RAIS en “*forma libre, espontánea y sin apremios”*, sino que de manera adicional y que es lo que cobra mayor relevancia para la resolución de este asunto, es que se plasmó a continuación *“habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos propios de este, en particular del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de mi decisión frente a los requisitos para acceder a la pensión”*, espacio que cuenta con la rúbrica del actor, por lo que es indubitable que él las leyó, de ahí que su firma constituya la aceptación de que el asesoramiento en esos términos efectivamente se le brindó.

Y, respecto del último traslado entre AFP`s que realizó el 01/02/2013 –fl. 31- se observa que el actor al firmarlo estuvo de acuerdo con la constancia que en el mismo reposa de conocer la posibilidad que tenía de ejercer su derecho de retracto, del cual resulta evidente que no hizo uso de el dentro de la oportunidad legal.

Dichos documentos fueron aportados al proceso en las contestaciones de la demanda, sin que la parte actora los haya tachado de falsos, de ahí que se presuma su autenticidad.

Ahora, debe rememorarse que el actor en el interrogatorio de parte fue insistente en manifestar que la información que se le dio inicialmente, es decir, cuando decidió trasladarse del RPM al RAIS, fue la misma que se le suministró en las oportunidades posteriores, por lo tanto, al haber dejado constancia en el formulario suscrito en el año 2002, que recibió la asesoría respecto de todos los aspectos propios del RAIS, puede colegirse que desde el año 1994, cuando obtuvo la primera asesoría, los conocía.

Sin embargo, dado que en el recurso se hace alusión a la necesidad de haberse realizado una proyección para determinar la exactitud de la información en cuanto a la posibilidad de recibir un mesada pensional superior, es menester precisarle a la recurrente que para la época en que se dio el traslado de régimen, al RAIS no le asistía la obligación de realizar un cálculo o proyección a la AFP escogida, para determinar el valor de la mesada pensional que pudiese recibir en ese régimen, como lo indicó la a-quo, pues esta solo surgió con la expedición de la Ley 1748 de 2014[[4]](#footnote-4) y el Decreto 2071 de 2015[[5]](#footnote-5); proyección que de haberse realizado para el año 1994, fecha de traslado a Colmena S.A. consistiría en un cálculo contentivo de hipotéticas predicciones, como los comportamientos de los mercados durante los años futuros, continuidad en el vínculo laboral, esfuerzo personal de ahorro de la afiliada, es decir, los ahorros que acumularía en su cuenta de ahorro individual y sus rendimientos, alteraciones de las tasas de interés; aspectos todos que de haberse realizado, constituyen una mera proyección, no un derecho como lo dicen estas normas y al realizarse con supuestos fácticos futuros probables sin certeza de su ocurrencia.

Y, en todo caso, debía considerarse adicionalmente, las circunstancias en que se encontraba el afiliado para esa época, esto es, que estaba empezando a cotizar y reunir los requisitos necesarios para condensar su derecho pensional, pues al momento de trasladarse contaba con 34 años de edad y 308,57 semanas cotizadas al ISS, pues no son las mismas que pueden presentarse con el transcurrir de los años, donde pueden tener gran incidencia las variables atrás indicadas y que se desconocen, se insiste, cuando apenas se está en medio camino de reunir las exigencias legales para causar el derecho a la pensión de vejez; por lo tanto, es posible afirmar que el asesor y por ende la AFP, no poseía un conocimiento cierto de lo que podía pasar en el futuro en relación con el actor y por ende, de la certeza del monto de la mesada pensional, que solo se concreta al solicitarse el reconocimiento del derecho.

Ahora, en lo que tiene que ver la crisis financiera del ISS y su posible extinción, esa información no puede considerarse falaz, 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.

Finalmente, debe precisar esta Sala que no puede permitir que se abuse de los derechos, en tanto por 23 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 próximo a cumplir la edad prevista en el RPM, sí demuestre su intención de traslado de régimen, acudiendo a la nulidad, inexistencia o ineficacia 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.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora al fracasar su alzada, conforme lo disponen los numerales 1º y 3º 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** la sentencia proferida el 04 de abril de 2018 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por el señor **Hernando Juan Ferrucho Vergara** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES, Porvenir S.A. y Protección 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 expuesto.

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. Julio Cesar Salazar Muñoz. Radicado 2016-00394 del 24/01/2018. [↑](#footnote-ref-1)
2. M.P. Gerardo Botero Zuluaga SL4964 del 14/11/2018. Radicado 54814. [↑](#footnote-ref-2)
3. M.P. Clara Cecilia Dueñas, SL 12136 de 2014. [↑](#footnote-ref-3)
4. Artículo 2, parágrafo 2º [↑](#footnote-ref-4)
5. Artículos 2.6.10.2.3. y 2.6.10.4.3 [↑](#footnote-ref-5)