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: Apelación sentencia

Proceso: Ordinario Laboral

Radicación No: 66001-31-05-005-2016-00677-01

Demandante: Martha Cecilia Calvo Torres

Demandado: Colpensiones y Protección S.A.

Juzgado de origen: Quinto Laboral del Circuito de Pereira.

**TEMAS: INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL / DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA / VICIOS DEL CONSENTIMIENTO / CARGA PROBATORIA DEL DEMANDANTE / DEMOSTRAR QUE LA AFP INCUMPLIÓ DEBER DE BRINDARLE INFORMACIÓN ADECUADA, COMPLETA Y VERAZ / CAMBIO DE PRECEDENTE / REITERACIÓN DE VOLUNTAD DE CONTINUAR EN EL RAIS.**

… la intelección que se tiene por la sala, radica en que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100/93 establece que la escogencia de cualquiera de los regímenes pensionales contemplados en dicha ley 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 las sanciones previstas en el inciso 1º del artículo 271 ibídem, consistentes en multas pecuniarias, además y de vital importancia, implica dejar sin efecto la afiliación, en cuyo caso el trabajador podrá nuevamente elegir su régimen pensional en forma libre y espontánea, sin que por esto recobre vigencia la afiliación anterior, pues ello no es el efecto jurídico de la ineficacia que trae el canon citado.

Ahora bien, el desconocimiento del derecho de libre y voluntaria elección de régimen se manifiesta cuando existe una disconformidad entre la voluntad interna del trabajador y la declaración o manifestación que de ésta haga a su interlocutor en el momento de elegir el régimen pensional

Dicha disconformidad se cimienta en el numeral 2º del artículo 1502 del C.C. al prescribir que para que una persona se obligue con otra a través de la declaración de su voluntad deberá consentir en la declaración expresada, consentimiento que será válido siempre que no adolezca de vicio. En esa medida este deberá estar libre de defecto alguno, como son el error, la fuerza y el dolo (art. 1508 del C.C), que podrán aparecer para casos como el de ahora cuando se retiene, omite o deforme la información indispensable para que el trabajador pueda expresar su consentimiento o dicho de otro modo, para que se consolide la expresión de su voluntad. (…)

En conclusión, en los procesos tendientes a dejar sin efecto una afiliación hecha a cualquier de los dos regímenes, con el propósito de volver a elegir el que desee, esta vez, en forma libre y espontánea, deberá acreditar imperiosamente que la AFP a la que se afilió incumplió en la etapa precontractual con su obligación principal, esto es, brindarle la información adecuada, completa y veraz para tomar una decisión bajo el principio de la libertad informada…

Lo dicho adquiere más significado pues de llegarse a sancionar el negocio jurídico celebrado entre el actor y una AFP (afiliación) con la ineficacia, quien realmente sufriría los efectos sería Colpensiones, un tercero que no participó tan siquiera en la etapa precontractual indispensable para la válida formación del consentimiento que ahora se pretende sea sancionado, y quien además, deberá asumir la carga impositiva que deviene de un nuevo afiliado…

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

Puestas de ese modo las cosas, y apreciadas en conjunto las anteriores probanzas tanto testimoniales como documentales, se desprende que la información suministrada a la demandante fue clara, completa y veraz en tanto tenía conocimiento de la posibilidad de pensionarse anticipadamente, de trasladar el saldo de su cuenta individual a su masa herencial, del límite temporal para retornar al RPM y en ese sentido solicitó una re asesoría en la cual se informó sobre la conveniencia de retornar al RPM, y pese a ello, Martha Cecilia Calvo Torres decidió permanecer en el RAIS.



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA SEGUNDA LABORAL**

Magistrada Sustanciadora

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

En Pereira, a los cuatro (04) días del mes de abril de dos mil diecinueve (2019), siendo las once de la mañana (11:00 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 desatar el recurso de apelación contra la sentencia proferida el 27 de junio de 2018 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Martha Cecilia Calvo Torres** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** y **Protección S.A.,** radicado al N° 66001-31-05-005-2016-00677-01**.**

**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**

Martha Cecilia Calvo Torres pretende que se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; que la demandante se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones desde el 03/08/1984, y se ordené a Protección S.A. que traslade la totalidad de sus aportes a Colpensiones.

Fundamenta sus aspiraciones en que *i)* el 03/08/1984 se afilió al ISS; *ii)* el 01/11/1999 se trasladó a protección, debido a que el asesor comercial de Protección S.A. le informó que el ISS se acabaría y que su pensión sería más alta en el RAIS, información que también fue dada a su empleador; *iii)* el 27/03/2007 Protección S.A. reiteró la anterior información a la demandante y dejó consignada en la “*reasesoría pensional”* que la demandante “*no quiere tener inconvenientes al momento de reclamar una pensión en el ISS”; iv)* el 02/10/2009 Protección S.A. informó a la demandante y a su empleador la ausencia de capital para financiar su pensión, que debía esperar por la pensión de garantía mínima o realizar aportes voluntarios; *v)* 18/05/2010 Martha Cecilia Calvo Torres solicitó infructuosamente a Protección S.A. el traslado a Colpensiones, igual negativa recibió el 18/06/2010 por parte de la administradora del RPM.

**Colpensiones** al contestar la demanda se opuso a las pretensiones porque la demandante suscribió voluntariamente la solicitud de traslado al RAIS y ninguna prueba allegó para dar cuenta que carecía de la información adecuada para migrar de régimen. Propuso como excepciones de mérito las que denominó “*saneamiento de una presunta nulidad”, “validez de la afiliación al RAIS”, “deber del demandante de demostrar los supuestos de hecho”, “buena fe” y “prescripción”.*

A su turno, **Protección S.A.** se opuso a las pretensiones formuladas en su contra, para lo cual argumentó que la demandante carecía del beneficio de la transición pensional, por lo que ningún engaño se realizó en su asesoría. Además explicó que el cambio de régimen significó que la demandante conociera los beneficios del RAIS, además que Martha Cecilia Calvo Torres recibió una re asesoría pensional, faltándole menos de 10 años para cumplir la edad pensional.

1. **Síntesis de la sentencia**

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira absolvió a las demandadas de todas las pretensiones y condenó en costas a la demandante. Para arribar a la anterior decisión explicó, en primer lugar, que se apartaba del precedente establecido por esta Colegiatura en torno al deber probatorio que recae sobre el afiliado cuando carece de los beneficios del régimen de transición, porque la Corte Suprema de Justicia ninguna distinción ha realizado en ese sentido, para ello citó la sentencia SL17595 de 2017. Además, argumentó que cuando un afiliado fundamenta sus pretensiones en que hubo una ausencia total de asesoría, que es diferente a una asesoría equivocada o engañosa, implica una negación indefinida, y por ende, la carga de la prueba debe invertirse como lo preceptúa el artículo 167 del C.G.P.

En segundo lugar, argumentó que Martha Cecilia Calvo Torres sí recibió la información sobre las características de ambos regímenes tanto al realizar la afiliación en 1999, como en la re asesoría brindada en 2007; en ese sentido, expuso que la demandante no sufrió ningún engaño y mucho menos falta de información, pues fue informada de las consecuencias del traslado y de la conveniencia del régimen de prima media con prestación definida; a pesar de que ninguna explicación existe para dar cuenta de la decisión de la demandante, consciente y voluntaria, de permanecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad, a pesar de que recibió la información necesaria, pues conoció la diferencia en las mesadas pensionales que recibiría tanto en uno, como en otro régimen.

**3. Del recurso de apelación**

Inconforme con la decisión la demandante presentó recurso de apelación para lo cual argumentó que sí fue engañada, no solamente por las imprecisiones en la información sino también por las verdades relevantes que se omitieron, y que incidían trascendentalmente en la decisión. En ese sentido, expuso que el testigo que realizó la asesoría a la demandante en 1999 omitió realizar una proyección de su mesada pensional, sin que pudiera excusarse en que la demandante carecía del beneficio de la transición, máxime que dicho testigo narró que no informó sobre las incidencias del salario y los aportes necesarios a la cuenta de ahorro individual para obtener la mesada deseada, pues únicamente se limitó a señalarle el número de semanas exigibles.

Por otro lado, recriminó que el documento denominado re asesoría pensional de 27/03/2007 es contradictorio porque allí se consignó que no era conveniente continuar en el RAIS, pero que al mismo tiempo la demandante decidió quedarse en el mismo, a pesar de que era perjudicial. Además, resulta ilógico que allí se consignara que la demandante no quería tener inconveniente alguno al reclamar la pensión en el ISS, aspecto que evidencia que la demandante sí quería pertenecer al RPM, sin que la contraparte pudiera acreditar asesoría adicional alguna para aclarar dicha circunstancia, por lo que la demandante fue engañada no solo en su traslado inicial, sino también para el año 2007 cuando podía retornar nuevamente al RPM.

**CONSIDERACIONES**

1. **Del problema jurídico**

Atendiendo el recuento anterior la Sala se pregunta:

¿Se desconoció el derecho de la demandante a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional deseado?

**2. Solución al problema jurídico**

**2.1. Fundamento jurídico**

**Del valor normativo de las decisiones emitidas por la Corte Suprema de Justicia**

Las decisiones adoptadas por el superior jerárquico, en nuestro caso por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, encargada de unificar la jurisprudencia, resulta ser como regla general de obligatorio acatamiento, lo que se traduce en una limitación de la autonomía judicial; sin embargo y a modo de excepción, el funcionario judicial puede apartarse de ellas, esgrimiendo las razones suficientemente fundadas que lo llevan a tomar esa determinación.

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

Así, la intelección que se tiene por la sala, radica en que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100/93 establece que la escogencia de cualquiera de los regímenes pensionales contemplados en dicha ley 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 las sanciones previstas en el inciso 1º del artículo 271 *ibídem*, consistentes en multas pecuniarias, además y de vital importancia, implica dejar sin efecto la afiliación, en cuyo caso el trabajador podrá nuevamente elegir su régimen pensional en forma libre y espontánea, sin que por esto recobre vigencia la afiliación anterior, pues ello no es el efecto jurídico de la ineficacia que trae el canon citado.

Ahora bien, el desconocimiento del derecho de libre y voluntaria elección de régimen se manifiesta cuando existe una disconformidad entre la voluntad interna del trabajador y la declaración o manifestación que de ésta haga a su interlocutor en el momento de elegir el régimen pensional.

Dicha disconformidad se cimienta en el numeral 2º del artículo 1502 del C.C. al prescribir que para que una persona se obligue con otra a través de la declaración de su voluntad deberá consentir en la declaración expresada, consentimiento que será válido siempre que no adolezca de vicio. En esa medida este deberá estar libre de defecto alguno, como son el error, la fuerza y el dolo (art. 1508 del C.C), que podrán aparecer para casos como el de ahora cuando se retiene, omite o deforme la información indispensable para que el trabajador pueda expresar su consentimiento o dicho de otro modo, para que se consolide la expresión de su voluntad.

Ahora bien, el anterior derrotero cobra relevancia al desentrañar en quién recae la carga de probar el vicio en el consentimiento, pues tal evidencia demostrará la disconformidad entre lo querido y lo expresado, y por ende, el desconocimiento del derecho a la libre escogencia del régimen pensional.

Puestas de ese modo las cosas, resulta imprescindible mencionar lo dispuesto en el art. 1604 del C.C. que exige que “*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”;* no obstante lo anterior, dicha obligación probatoria aparece como respuesta inmediata a alguien que previamente ha alegado el incumplimiento de una obligación por parte de su deudor, en esa medida, quien alega un incumplimiento obligacional deberá probar el supuesto de hecho de la norma que consagra el efecto jurídico perseguido (art. 167 C.G.P.), o en otras palabras, deberá probar la obligación incumplida para que se presuma que ello se dio por culpa de la contraparte, quien en respuesta de tal cuestionamiento tendrá la carga de demostrar la diligencia o cuidado en la obligación pactada.

En conclusión, en los procesos tendientes a dejar sin efecto una afiliación hecha a cualquier de los dos regímenes, con el propósito de volver a elegir el que desee, esta vez, en forma libre y espontánea, deberá acreditar imperiosamente que la AFP a la que se afilió incumplió en la etapa precontractual con su obligación principal, esto es, brindarle la información adecuada, completa y veraz para tomar una decisión bajo el principio de la libertad informada, y en esa medida, poder dar rienda suelta al art. 1604 del C.C., pues la presunción allí establecida no es el incumplimiento de la obligación, sino la culpa en tal incumplimiento, iterase, una vez probado este.

Deducción que en nada disiente con la doctrina al enseñar que “*para que esta sanción sea aplicable al deudor* [pago de perjuicios] *es necesario que este quebrante los dictados de la buena fe y de la diligencia que rigen su conducta (art. 1603 y 1604); se presume que el incumplimiento de la obligación es culposo (art. 1604), presunción que es desvirtuable por el deudor, mediante la prueba de la diligencia debida o del caso fortuito exonerante de responsabilidad (ibídem)”[[2]](#footnote-2).*

En ese sentido, probado el incumplimiento de la obligación de la AFP de brindar la información, corresponderá a esta, para efecto de exonerarse de la consecuencia negativa impuesta en el art. 271 de la Ley 100/93, acreditar su diligencia y cuidado en tal suministro de información. Demostración que se circunscribe a un mayor grado de diligencia y sobretodo de profesionalismo, pues la actividad realizada por las AFP se caracteriza por ser habitual, masiva y lucrativa, elementos que en conjunto implican que la AFP ostente un conocimiento experto y singular en la actividad ofertada, y por ello, el *onus probandi* que recae en ella exige mayor rudeza en tal diligencia, que la que se reclama de cualquier comerciante[[3]](#footnote-3).

Lo anterior no despoja al trabajador del deber de un mediano empeño en participar en la elección del régimen, máxime cuando escoge el RAIS, comportamiento que debe también ser valorado, dada la necesidad de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema de prima media, para evitar la descapitalización del fondo común que lo compone; pues permitirse adoptar el RPM, en razón a la supuesta ineficacia contando con menos de 10 años para alcanzar la edad para pensionarse, es permitir que una persona que no contribuyó a dicho fondo y por ende, no fue tenida en cuenta para efectos de establecer las sumas de dinero que representarían el pago de su pensión en el futuro, acceda a una subvención pensional, poniendo en riesgo la garantía del derecho irrenunciable de los demás cotizantes; además de trasgredir la cláusula constitucional contenida en el art. 95 y el principio de eficiencia pensional. En este sentido se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C-1024/2004, a propósito de la constitucionalidad del artículo 2º de la Ley 797/2003 que limita el traslado entre regímenes.

Lo dicho adquiere más significado pues de llegarse a sancionar el negocio jurídico celebrado entre el actor y una AFP (afiliación) con la ineficacia, quien realmente sufriría los efectos sería Colpensiones, un tercero que no participó tan siquiera en la etapa precontractual indispensable para la válida formación del consentimiento que ahora se pretende sea sancionado, y quien además, deberá asumir la carga impositiva que deviene de un nuevo afiliado, para lo cual deberá echar mano de los recursos habidos en el fondo común en el que participan todos los afiliados al RPM y que puede llegar a poner en riesgo la garantía del derecho pensional de los actuales y futuros afiliados que sí han contribuido a formar el fondo común, al permitir que sus aportes por más de 10 años hayan conformado las pensiones de otros afiliados. Todo lo anterior en tanto a nadie le está permitido abusar de sus derechos.

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

**2.2. Fundamento fáctico**

**2.2.1.** Rememórese que Martha Cecilia Calvo Torres pretende rescindir el traslado ocurrido el 01/11/1999 del RPM al RAIS (fl. 1 vto. y 2 vto. c. 1), del que da cuenta el formulario suscrito ante Protección S.A (fl. 10 c. 1), por lo que se procede a verificar la presencia de algún vicio en el consentimiento que lleve consigo a la ineficacia del traslado, ante la disconformidad entre lo querido y lo expresado, que “desconozca” el derecho a la libre escogencia de régimen.

**2.2.2.** En cuento a la **fuerza** de entrada se descartan como quiera que en el formulario se cuenta con una casilla destinada a dejar constancia que la selección del RAIS se efectúa de manera libre, espontánea y sin precisiones, campo en el cual se encuentra plasmada la firma de la actora (fl. 10 c. 1).

Documento que por demás no fue desconocido o tachado, máxime que fue allegado junto con la demanda, de ahí que se presuma auténtico, según lo dispuesto por el artículo 244 del C.G.P. en concordancia con el 269 *ibídem* que se aplican por remisión del artículo 145 del C.P.L.

**2.2.3.** Respecto al **dolo** y el **error**, éste último ya de la sustancia o calidad esencial del objeto de la cosa o de sus calidades accidentales como consecuencia de la información que se aduce en la demanda se le dio, nada probó la parte actora; en tanto el caudal probatorio obrante no refiere que en efecto la información hubiese sido fragmentada o engañosa o falaz y que en tal virtud, las explicaciones dadas por el asesor hubiera impedido tener una decisión informada.

Por el contrario, lo que se demostró es que el traslado y selección del RAIS estuvo precedido de la debida asesoría, pues ello se desprende en primer lugar, de la firma que estampó en el formulario de traslado entre regímenes. Así, para el 01/11/1999 se realizó la “*solicitud de vinculación”* a Protección S.A. (fl. 10 c. 1), el que una vez revisado, cuenta con la información que para esa época era la exigida por la Ley dejar en el formulario 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).*

Selección del RAIS que lleva consigo a la aceptación de las condiciones propias del régimen conforme a lo señalado en el artículo 11 Decreto 692/94 al decir “*la selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste (…)”,* lo que necesariamente supone que se le brindó la información necesaria para llegar a adoptar tal decisión; pues la regla de la experiencia enseña que se acepta lo que se conoce; de tal manera que esa firma constituye un indicio de que la AFP, a través de sus asesores, dio cumplimiento a la demandante de informarla.

Por lo mismo, el formulario firmado es la prueba del cumplimiento de las AFP, y no como lo afirma la SCL de la CSJ que solo da cuenta de que fue libre y voluntaria, pues con ello se desconoce el artículo antes referido y las reglas que se fijaron para cumplir tal acto jurídico.

Pero además de ello, obra el testimonio de Alejandro Madrid Moreno, ejecutivo comercial que asesoró a la demandante al momento del traslado el 01/11/1999 (fl. 10 c. 1) y reconoció como propia la firma impuesta en dicho formulario, quien afirmó que para la época de tal vinculación las asesorías otorgadas a los afiliados que deseaban cambiarse de régimen consistían en informar cuánto tiempo se debía cotizar en uno u otro régimen para alcanzar el beneficio vitalicio, y que en el RAIS podía alcanzar tal prestación anticipadamente si tenía el capital suficiente para financiar la pensión, que debía ser en un 10% superior a un salario mínimo, además de explicar que cada asociado contaría con una cuenta individual, a diferencia de la común que impera en el RPM. También explicó que entre las ventajas de la afiliación al RAIS estaba la información periódica en la que constaría el número de semanas, valor de los aportes y como irían creciendo los rendimientos, dineros que pertenecían únicamente al afiliado. Concretamente expuso que para la época del traslado no se hacían proyecciones pensionales, excepto que fuera una persona beneficiaria del régimen de transición. Por último, admitió que en cuanto a la pensión de garantía mínima se realizaba una asesoría generalizada.

Declaración de la que se desprende que Martha Cecilia Calvo Torres fue informada de las condiciones de pensión en uno u otro régimen. Información que se confirma con lo aseverado por la demandante al absolver el interrogatorio de parte, pues allí aceptó que conocía los pormenores de los regímenes, pues si bien en todo momento hizo hincapié del engaño sufrido, también aceptó que sí recibió información, y esta aparece suficiente pues conocía, entre otros, del límite temporal de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad para retornar al RPM, y en ese sentido, en marzo de 2007, es decir, un mes antes de alcanzar tal término, solicitó una re asesoría pensional para determinar la conveniencia de retornar o no al RPM. En estos términos se puede concluir que la negación indefinida que se menciona en la demanda queda totalmente echada al traste con esta confesión provocada de la demandante

En este sentido, esto es, en cuanto a la re asesoría, obra la declaración de María del Pilar Velásquez Santa María, quien realizó la re asesoría en el año 2007, y narró en su declaración que conocía a la demandante y a su empleador, pues les ofrecía y asesoraba sobre ahorros voluntarios. Concretamente relató que, pese a que no era una obligación legal, Protección S.A. realizaba una re asesoría a los afiliados próximos a alcanzar el límite temporal de los 10 años, para lo cual utilizaban un simulador pensional que calculaba el valor de las pensiones en ambos regímenes, por lo que refirió que al aplicar dicho simulador a la pensión requerida por la demandante aparecía con una mesada mayor en el ISS, información que le trasmitió y pese a ello, esta decidió permanecer en Protección S.A. ya que, según el dicho de la testigo, la demandante para dicho momento aseveró que le resultaba complejo reclamar la pensión al Seguro Social. Adicionalmente contó que a la demandante se le explicó que el dinero ahorrado podía ser heredable a sus hijos.

Consejo e información que se confirma con la prueba documental allegada titulada “*reasesoria pensional”* de fecha 27/03/2007 (fl. 40 c. 1) por la testigo ya citada a la demandante y en el que se indicó que no era conveniente que permaneciera en Protección S.A., pero pese a ello la decisión fue quedarse bajo el motivo de que “[la demandante] *no quiere tener inconvenientes al momento de reclamar una pensión en el iss”.*

Además, obra el resultado de la simulación pensional realizada el 22/03/2007 y entregada a la demandante el 28/03/2007, en el que se registra que para el año 2007 en el RAIS solo obtendría una pensión de garantía mínima (fl. 179 c. 1), es decir, equivalente a $433.700 que correspondía al salario mínimo de la época, frente a $652.474 que obtendría en el RPM (fl. 181 c. 1).

La demandante también confesó que al momento de recibir la re asesoría fue informada de que en el RAIS recibiría una pensión con valor inferior a la que recibiría en el RPM, y pese a ello decidió permanecer en aquel por la inestabilidad y desaparecimiento del ISS; sin embargo también aceptó que a pesar del paso del tiempo nunca se acercó a las oficinas de dicho instituto para conocer de primera mano tal ocaso, excusándose en las múltiples ocupaciones y la falta de tiempo para realizar tan importante averiguación. Culpa imputable a la demandante, que excluye la existencia de un error, pues pudo verificar tal situación para tomar una decisión, pues ya recaía en ella dicha responsabilidad y no en la AFP Protección S.A.

Puestas de ese modo las cosas, y apreciadas en conjunto las anteriores probanzas tanto testimoniales como documentales, se desprende que la información suministrada a la demandante fue clara, completa y veraz en tanto tenía conocimiento de la posibilidad de pensionarse anticipadamente, de trasladar el saldo de su cuenta individual a su masa herencial, del límite temporal para retornar al RPM y en ese sentido solicitó una re asesoría en la cual se informó sobre la conveniencia de retornar al RPM, y pese a ello, Martha Cecilia Calvo Torres decidió permanecer en el RAIS. En estos términos no puede tildarse de engañosa o falaz la asesoría que se le brindó, ni que el actuar de la AFP estuviere desprovisto de lealtad, diligencia, probidad, sinceridad, pues precisamente aquellas son propias del RAIS y que se encuentran consagradas en la Ley 100 de 1993 a partir del artículo 64 y s.s., por lo que no incurrió en algún error al escoger el RAIS en 1999 y permanecer en él.

Merece en este punto insistir, que estándose frente a una persona que no fue beneficiaria del régimen de transición y que estuvo afiliada al ISS por más de 15 años, esto es, desde el 03/08/1984 al 31/10/1999 (fl. 11 c. 1), permite a esta Sala inferir su conocimiento del RPM, por lo que mal puede exigirse a la AFP privada desanimar en un primer momento a la demandante de su traslado al RAIS, máxime que tanto este como el RPM están concebidos en la misma Ley 100/93, sin que uno sea mejor que el otro, sino diferentes; pues la certeza del monto pensional que otorga el primero se recompensa en el RAIS con la garantía de pensión mínima, la devolución de saldos, los excedentes de libre disponibilidad y que las sumas acumuladas en la cuenta individual hagan parte de la masa sucesoral. Así, dependiendo de las circunstancias particulares del afiliado al final de la vida laboral o de presentarse un siniestro, es que se podrá precisar cuál de los dos es más conveniente; antes de ello solo es partir de meras conjeturas y, vaticinar la vida del afiliado 20 años.

Dicho de otra forma, la asesoría brindada por la AFP debe restringirse a informar al afiliado de todas y cada una de las características del RAIS frente al RPM, además de su solidez financiera (art. 97 del Decreto 663/1993 y sus modificaciones), sin que dicha información pueda analizarse desde la óptica de un buen o mal consejo, pues ello implicaría usurpar la voluntad del afiliado, única persona que después de conocer las características del régimen podrá sopesar si la escogencia del RAIS resulta adecuada o atractiva para el florecimiento de su vida; pues al gozar de capacidad de ejercicio, quien celebra el contrato de afiliación está en condiciones de entender las incidencias de la escogencia a partir de la información que ha recibido.

En ese sentido, la AFP Protección S.A. cumplió con dicho deber de información para con la demandante al momento de efectuarse el traslado de régimen en el año de 1999, al punto que en marzo de 2007 recibió una re asesoría antes de vencer el término que otorgaba la ley para retornar al régimen anterior, en la que se informó de la inconveniencia de que permaneciera afiliada allí (fl. 40 c. 1), sin que ninguna otra prueba se allegara por parte de Martha Cecilia Calvo Torres como para desvirtuar el contenido de dicho documento, sino que con su propio dicho confirmó que permaneció en el RAIS, porque quería evitar cualquier inconveniente con la reclamación de su pensión en el RPM, ante el desaparecimiento del ISS, que es el entendimiento que se deriva del documento recriminado en la alzada.

Adicionalmente, pese a que Martha Cecilia Calvo Torres indicó en los hechos de la demanda que su pensión en el RPM sería mejor, como en efecto se demostró con la simulación pensional realizada en marzo de 2007 (fl. 179 y 181 c. 1), en primer lugar, no se probó que para el año 1999 la ausencia de proyección de la pensión hubiese sido producto de un engaño, máxime que tal obligación no se encontraba regulada para 1999 época inicial del traslado (fl. 10 c. 1). Ausencia de obligación que confirmó el asesor comercial que realizó el traslado en ese momento.

Proyección de la pensión que solo apareció con la Ley 1748 de 2014[[4]](#footnote-4) y el Decreto 2071 de 2015[[5]](#footnote-5), por lo que su ausencia antes de estos años no implica necesariamente un asesoramiento incompleto, debiéndose recordar en este punto que, de haberse hecho ello y no corresponder a lo que en el momento actual tiene, tampoco podría configurar un mal asesoramiento configurativo del error en el consentimiento, pues se trataría de una proyección recreada con meras conjeturas. Situación que incluso se reconoce en la normativa en cita, pues tal proyección no es un derecho consolidado, al basarse en hechos futuros probables, que pueden no darse, y en esa medida fracasa en este punto, los argumentos de la apelación.

En segundo lugar, pese a la ausencia de obligación legal de realizar la proyección, Protección S.A. de manera diligente realizó una simulación pensional en el 2007, en la que informó a la demandante sobre los valores a obtener en ambos regímenes (fls. 179 y 181 c. 1).

Al punto es preciso advertir a manera de conclusión que Martha Cecilia Calvo Torres no solo suscribió el formulario de vinculación al RAIS a través de Protección S.A., que cumplió los lineamientos fijados en la ley, sino que reiteró su voluntad de permanencia en dicho régimen, al obtener la pluricitada re asesoría y pese a los resultados de esta, permanecer en Protección S.A., calenda para la cual contaba con 46 años de edad, es decir, que todavía podía optar por cambiarse para el RPM por no estar afectada por la restricción contenida en el artículo 2º de la Ley 797/2003, pero fue su voluntad continuar en el RAIS, lo que supone que estaba conforme con los beneficios que venía disfrutando desde el año 1999 cuando ingresó a él.

Con lo anterior, lo que se demuestra es que la parte actora pretendió acondicionar una versión que se ajustara a los presupuestos legales que regulan la ineficacia del traslado entre regímenes, para corregir su pasividad con el propósito de retornar al RPM, de ahí que lo que lo que se advierte, es que con esta acción lo que intenta es corregir dicha incuria, pues no demostró que haya existido algún vicio en el consentimiento, cuando escogió el RAIS en 1999, a quien se le brindó la información completa para que tomara su decisión, por lo que mal puede decirse que se le desconoció su derecho a la libre escogencia.

**CONCLUSIÓN**

Conforme lo expuesto, la decisión revisada será confirmada. Costas en esta instancia a cargo de la recurrente y a favor de las demandadas, al fracasar la alzada.

**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 27 de junio de 2018 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Martha Cecilia Calvo Torres** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** y **Protección S.A.,** según lo dicho en precedencia.

**SEGUNDO:** Costas en esta instancia a cargo de la demandante y a favor de las demandadas.

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

(Ausencia justificada)

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Magistrado

1. M.P. Gerardo Botero Zuluaga SL4964 del 14/11/2018. Radicado 54814. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ospina, Fernández y Ospina Acosta. Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos. Edit: Temis, 1983. P.p. 585. [↑](#footnote-ref-2)
3. Seten. Cas. Civ. de 15/11/2017, SC18476-2017. [↑](#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)