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 - Derrota

Radicación No: 66001-31-05-001-2017-00085-01

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: María Victoria Calle Correa

Demandado: Colpensiones

Protección S.A.

Porvenir S.A.

Juzgado de origen: Primero 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.**

… 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 se desprende que la información suministrada a la demandante fue clara, completa y veraz en tanto, tenía conocimiento de las características del RAIS y por ello, María Victoria Calle Correa decidió elegir y permanecer en él; 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 su conocimiento coincide con las previsiones de la Ley 100 de 1993, por lo que no incurrió en algún error al escoger el RAIS en 1995 y permanecer en él.

**SALVAMENTO DE VOTO: DOCTORA ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Como quiera que mi proyecto fue derrotado por la mayoría de la Sala, mi salvamento de voto se edifica principalmente sobre lo que propuse originalmente respecto al caso en cuestión, pero además en otros aspectos…

… en el presente asunto no procede la CONSULTA como lo he venido sosteniendo en todos los asuntos en los cuales se declara la ineficacia y el asunto viene a segunda instancia por cuenta de la apelación interpuesta por el fondo privado más no por el grado jurisdiccional de consulta. En este caso, basta consultar el cuaderno de segunda instancia para verificar que se admitió únicamente el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A. (…)

… no todas las sentencias adversas a Colpensiones deben someterse a la consulta ordenada por el citado artículo 69, pues sólo han de ser aquellas que impliquen eventualmente para el Estado la obligación de asumir el pago de una prestación derivada del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

En el presente caso es evidente que la obligación impuesta a la entidad administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida es eminentemente ‘de hacer’ y no se traduce directamente en la imposición de ninguna carga de carácter patrimonial…

Respecto al tema en decisión del 2 de octubre de 2015, Rad. 2013-0275, M.P. Francisco Javier Tamayo Tabares, la Sala Mayoritaria indicó que “el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, emana de una responsabilidad de carácter profesional, que como ha recalcado esta Sala, ciñéndose a los parámetros del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria “les impone el deber de suministrar al afiliado la información suficiente, completa y clara sobre las implicaciones de dicho traslado”.

Se precisó en la precitada providencia, que la carga de la prueba recae directamente sobre quien gravita el deber de suministrar la información, en la medida en que con ello la “prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”, tal como lo pregona el artículo 1604 del Código Civil. (…)

… vale la pena citar la Sentencia del 3 de abril de 2019SL 1452-2019, con Ponencia de la Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en donde de manera magistral explica cada uno de los puntos que se trataron en este asunto y ratifica que la carga de la prueba del deber de información está en cabeza de las AFPs desde su creación, haciendo un recuento histórico y normativo sobre ello, a quienes les compete no sólo suministrar una información necesaria y transparente, sino además el deber de asesoría y buen consejo, explicando de manera didáctica en qué consiste cada uno de esos conceptos. Esa sentencia tiene una fuerte carga argumentativa que da al traste con la ratio decidendi de este fallo, pero que por economía procesal no transcribo dada la extensión de este salvamento.



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Sustanciadora

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

En Pereira, a los cinco (05) días del mes de abril de dos mil diecinueve (2019), siendo las once de la mañana (11:00 a.m.), la Sala Primera 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 y surtir el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia proferida el 29 de junio de 2018 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira al resultar la misma adversa a Colpensiones, tal y como se hubiera manifestado en audiencia anterior, dado que esta se trata de la continuación de la que se había iniciado el 18/03/2019, dentro del proceso que promueve la señora **María Victoria Calle Correa** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES,** la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** y la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías** **Protección S.A.,** radicado al N° 66001-31-05-001-2017-00085-01**.**

**Registro de asistencia:**

Demandante y su apoderado: Demandadas y sus apoderados:

Antes de proceder a resolver lo que nos convoca y dados los argumentos que presentó el apoderado de la parte actora en la audiencia anterior, que fue lo que motivó la suspensión de esta audiencia, entendiéndose que lo manifestado por él en primer lugar la Sala lo entiende como un recurso de reposición frente a la decisión que se tomara de surtir el grado jurisdiccional de consulta, previo se hace necesario correr traslado a las demás partes para que se pronuncien al respecto.

Porvenir S.A. y Colpensiones, sin pronunciamiento.

La parte actora, precisa que no interpuso recurso alguno frente a asumir el conocimiento de la decisión en grado jurisdiccional de consulta.

**ANTECEDENTES:**

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

La señora María Victoria Calle Correa pretende se declare nulo e ineficaz el traslado de régimen pensional que efectuó el 01/04/1995; en consecuencia, se condene a Porvenir S.A. y a Colpensiones autorizar el traslado al RPM sin perder el régimen de transición.

Fundamenta sus aspiraciones en que: (i) nació el 05/05/1959 por lo que cumplió los 55 años de edad en el año 2014; (ii) ha prestado sus servicios a diferentes entidades estatales y privadas por más de 20 años; (iii) para el 27/03/1995 lo hizo para la Gobernación de Risaralda, entidad territorial en la que el régimen general de pensiones entró en vigencia esa calenda, momento para el cual además contaba con más de 35 años de edad.

(iv) Con posterioridad fue asesorada falsamente por la AFP Protección S.A. sobre los beneficios que obtendría por trasladarse del RPM al RAIS, pues se le informó de la opción de acceder a una pensión anticipada y con un monto superior, por lo que suscribió el formulario de afiliación el 01/04/1995.

(v) La información resultó falaz y lesiva de sus intereses porque le implicó la pérdida del régimen de transición y una mesada pensional notoriamente inferior a la del RPM; (vi) con posterioridad a la afiliación tampoco se le informó de la posibilidad de regresar al RPM.

(vii) El 22/11/2016 Porvenir S.A. le informó entre otras cosas que el valor de la mesada pensional a los 57 años sería de $3´391.800 y a los 61 de $8´082.800 y en caso de muerte, para sus beneficiarios sería de $12´108.912; (viii) si no se hubiera traslado de régimen su pensión para el año 2016 sería de $12´108.912 –sic-; (ix) lo anterior evidencia que la información recibida al trasladarse fue engañosa y alejada de la realidad.

(x) El 27/10/2016 solicitó a Colpensiones el traslado de régimen, que le fue rechazado por inconsistencias en el estado actual de la afiliación; (xi) similar petición presentó a Porvenir S.A., pero le fue negada por no contar con 15 años de servicio al 01/04/1994.

La **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-** se opuso a las pretensiones de la demanda y como razones de defensa indicó que se aduce que la información recibida al momento del traslado fue falaz y engañosa pero no se especifica el vicio que invalida la actuación ni mucho menos allega prueba de ello. Sostiene que la decisión fue tan consciente y libre que optó nuevamente por afiliarse a un fondo privado. Finalmente expresa que no es procedente su traslado al RPM porque al 01/04/1994 no contaba con 15 o más años de servicios. Interpuso las excepciones de mérito que denominó “Inexistencia de la obligación demandada” y “Prescripción”.

La **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A** se opuso a los pedimentos de la demanda y aclaró en primer lugar que el traslado de régimen se surtió a través de la AFP Protección S.A., pero que de todas maneras la eventual nulidad se ha saneado por el paso del tiempo. Ya la vinculación con Porvenir S.A. data del año 2011 y fue completamente válida al considerar que la misma fue libre y voluntaria y con la manifestación expresa que acepta las condiciones establecidas en el respectivo formulario, el que por demás contaba con los requisitos exigidos por el artículo 11 del Decreto 692/94 y además no se ejerció el derecho de retracto. Sostiene que debe tenerse en cuenta la formación académica y profesional de la actora –magistrada de la Corte constitucional- por lo que en su caso es perfectamente aplicable el principio general del derecho que reza que “La ignorancia de la Ley no sirve de excusa”, de ahí que no pueda alegar su propia culpa.

Afirma que la actora incumplió la carga de probar el error en que funda sus pretensiones.

Interpuso las excepciones de mérito que denominó “Validez de la afiliación a Porvenir e inexistencia de vicios en el consentimiento”, “Caducidad de la acción”, “Prescripción”, “Buena fe” y la “Innominada o Genérica” y; como previa la de “Falta de integración de litisconsorcio necesario”, en virtud de la cual se vinculó a **la AFP Protección S.A.**

Una vez notificada, **Protección S.A.** allegó respuesta en la que se opuso a las pretensiones de la demanda al considerar que el traslado de régimen se dio de manera libre, voluntaria y sin precisiones como consta en el formulario que además cuenta con los requisitos del Decreto 692 de 1994; adicionalmente, se le suministró la información exigida para ese momento, de tal manera que no se atentó contra su derecho de afiliación y selección de régimen pensional. Advierte que para ese momento no era obligación legal realizar la proyección de la mesada pensional como requisito para efectuar el traslado de régimen y que la ignorancia de la ley no sirve de excusa.

Interpuso las excepciones de mérito que denominó “Prescripción”, “Validez y eficacia del traslado al régimen de ahorro individual”, “Buena fe y confianza legítima” y la “Innominada o Genérica”.

1. **Síntesis de la sentencia**

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira declaró la ineficacia del traslado efectuado el 01/04/1995 del RPM a RAIS a través de Protección S.A., por lo que le ordenó a Porvenir trasladar a Colpensiones todos los dineros que la actora tuviese en su cuenta de ahorro individual y la diferencia entre el valor de lo trasladado a la AFP y lo que hubiere cotizado la demandante de haber permanecido en Colpensiones y a esta aceptar el traslado. Consecuente con lo anterior, declaró que la actora conservaba el régimen de transición.

Para arribar a la anterior decisión explicó que cuando se alegan vicios en el consentimiento en el acto de traslado de régimen, según la jurisprudencia de la CSJ y de esta Corporación, el asunto debe definirse a través de la figura de la ineficacia, evento en el cual de tratarse de beneficiarios del régimen de transición, como lo es la actora, le corresponde a la AFP probar que le brindó la asesoría debida y sobre todo que dicho cambio podía generarle la pérdida de ese beneficio, carga esta que se incumplió, pues la información que en su oportunidad brindó solo se refiere a posibilidad de pensionarse anticipadamente, tener una mesada pensional mayor que en el RPM; tener excedentes de libre disposición e incluso devolución de saldos; tal y como lo refirió la testimonial; sin que se arribe a una conclusión diferente por haber suscrito el formulario de afiliación y en él se haya dejado la constancia de haberse realizado en forma libre, espontánea y sin precisiones.

Siendo así las cosas, es posible que la actora retorne al RPM administrado por Colpensiones, dado que con anterioridad a su traslado hacía parte del mismo tras estar afiliada para la época en CAJANAL y CASERIS.

1. **Síntesis del recurso de Apelación**

Inconforme con la anterior decisión la apoderada judicial de Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación respecto a la orden de trasladar a Colpensiones la diferencia entre el valor de lo trasladado a la AFP y lo que hubiere cotizado la demandante de haber permanecido en el RPM, al corresponder tal carga al afiliado conforme lo indica la sentencia SU-062 de 2010.

1. **Del grado jurisdiccional de consulta**

Al resultar adversa la anterior decisión a los intereses de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-, se ordenó es esta sede, surtir el grado jurisdiccional de consulta.

Y, sobre el punto conviene a la Sala mencionar que cuando sale avante la ineficacia del traslado al RAIS, con la consecuente orden a la primera de recibir al actor y los aportes que traslade la AFP privada, las Salas de Decisión Laboral de este Tribunal no han sido constantes; sin embargo la tesis actual es que sí procede la consulta, decisión que se sustenta en el artículo 69 del CPT y SS al concebirse entre otros para las sentencias de primera instancia adversas a las entidades descentralizadas en las que la nación sea garante, entre las que se encuentra Colpensiones como lo apuntó nuestra superioridad desde la sentencia T34552 del 26-11-2013, zanjando toda duda al respecto.

Y precisamente en este punto, la parte actora dirigió la demanda también en contra de Colpensiones y obtuvo condena en su contra, al ordenársele recibir como afiliada a la demandante, además de los aportes que le transfiera la codemandada, que es el verdadero propósito de este proceso, pues se duele la parte actora de que la mesada a recibir en el RAIS será menor de la que pudiere corresponder en el RPM en caso de estar en este régimen.

Así las cosas, Colpensiones sufre un agravio o perjuicio, en tanto la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen consecuentemente determina la fórmula con la que se establecerá el valor de la pensión y que será la entidad obligada a su reconocimiento.

Suficiente esto para colegir que le asistía interés jurídico para discutir la sentencia a través del recurso de apelación, como conocerse en grado jurisdiccional de consulta, dado el contenido económico y no simplemente declarativo que ella envuelve.

Todo ello a pesar de que Colpensiones no haya participado en el acto jurídico que se pide sea declarado ineficaz, pero sin duda es un tercero que resulta afectado con la decisión que se tome al respecto, por cuanto será quien asuma la carta 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 al momento de reconocerle cualquier prestación a favor de la demandante.

Y de cualquier modo esta decisión de conocerse el grado jurisdiccional de consulta tiene como fin evitar la nulidad insaneable que en estos casos ha señalado la Corte Suprema de Justicia en su CSL en cuanto a que de no surtirse habría pretermisión íntegra de una instancia.

**CONSIDERACIONES**

1. **De los problemas jurídicos**

Atendiendo que este asunto se conoce también en grado jurisdiccional de consulta la Sala se pregunta:

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

En caso de que la respuesta al anterior interrogante fuere positiva,

1. ¿Porvenir S.A. debe trasladar a Colpensiones la diferencia del valor de lo trasladado por la AFP Protección y lo que hubiere cotizado la demandante de haber permanecido en Colpensiones durante todo el tiempo que ha estado como su afiliada?

**2. Solución a los problemas jurídicos**

**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 la Sala Mayoritaria en esta oportunidad.

Así, la intelección que tiene la sala mayoritaria, 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 a otra a través de la declaración de voluntad deberá consentir en dicha declaración y su consentimiento 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 se opta por el RAIS; comportamiento que debe también ser valorado en asuntos como este, dada la necesidad de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema de prima media, para evitar la descapitalización del fondo común que lo compone; pues permitir escoger 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 y sostenibilidad financiera del sistema –artículo 48 de la Constitución Nacional. 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 –afiliación- celebrado entre la actora y una AFP con la ineficacia, quien realmente sufre los efectos es Colpensiones, 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 echará 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 la doctora María Victoria Calle Correa pretende dejar sin efecto la afiliación ocurrida el 01/04/1995 al RAIS (fl. 4), del que da cuenta el formulario suscrito ante Protección S.A (fl. 46 cd. 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 descarta 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. 46 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, en primer lugar, es preciso advertir que en tanto la doctora María Victoria Calle Correa Ospina nació el 08/05/1959 (fls. 45 y 74 c. 1), era beneficiaria del régimen de transición, pues en su calidad de empleada publica[[4]](#footnote-4) del Departamento de Risaralda para el 30/06/1995 fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones en esa entidad territorial conforme con el Decreto 201 de 27/03/1995 (fls. 35 y s.s. del c. 1), había alcanzado los 35 años de edad, circunstancia que configura un **indicio grave** contra de la AFP, pues esta Sala ha sostenido que cuando se trata de afiliados beneficiarios del régimen de transición, el solo hecho de perder tal prerrogativa ante el traslado que le frustre la posibilidad del reconocimiento de la prestación con sujeción a normas anteriores más favorables, constituye en sí mismo la prueba de la omisión de la información necesaria para la libre escogencia del régimen.

En ese sentido, le corresponde a la AFP desvirtuar tal indicio grave, esto es, acreditar que el traslado estuvo precedido de suficiente información, entre otros, respecto de la pérdida de dicho régimen y sus consecuencias.

Carga que en efecto cumplió, puesto que aparece la firma que la doctora María Victoria Calle Correa estampó en el formulario de solicitud de afiliación a Protección el 01/04/1995 (fl. 46 c. 1), el que una vez revisado, cuenta con la información que para esa época era la exigida por la Ley dejar en tal documento, conforme a las directrices previstas en el Decreto 692 de 1994 a través del cual se reglamentó en lo pertinente la Ley 100/93. Por lo que exigirle más sería transgredirle a la AFP el *Principio de confianza legítima-.*

Selección del RAIS que lleva consigo la aceptación de sus condiciones conforme lo señala 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.

Por lo mismo, el formulario firmado es la prueba del cumplimiento de la AFP Protección S.A. de su obligación de informar previo a escoger el régimen, 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.

Lo anterior se confirma con la confesión espontánea realizada por la doctora María Victoria Calle Correa a través de su apoderado judicial, cuando admitió en los hechos octavo y noveno del libelo que el fondo de pensiones *“le comunicó y asesoró”* –fl. 6- en torno a que *“si se producía el traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad, tendría una pensión de vejez no solo anticipada sino superior a la que obtendría si se mantuviera en el régimen de prima media con prestación definida y con derecho a excedentes de libre disposición”* –fl. 7-.

Por otro lado, se advierte que la doctora Calle Correa para el momento de escoger el RAIS a través de la afiliación a Protección S.A. tenía conocimiento sobre el sistema pensional, esto es, sus dos regímenes, las implicaciones del traslado cuando se era beneficiaria del régimen de transición, no solo por su condición de profesional del derecho sino porque en su calidad de Secretaria Jurídica del Departamento de Risaralda signó el Decreto 0201 del 27/03/1995, por medio del cual entró a regir el sistema general de pensiones para los servidores públicos del nivel departamental –fls. 35 a 37 c-.1-, y para su expedición se tuvieron en cuenta aspectos propios de las características y condiciones particulares del nuevo régimen pensional y sus dos variantes (RPM y RAIS) donde se trataron aspectos relacionados con el régimen de transición (artículo 4 de la parte resolutiva del acto en mención), además de aspectos específicos que requerían estudios profundos de la Ley 100/93 para haberse concretado en ese acto administrativo, como lo fue el señalar las fechas para ser posible generarse el bono pensional, que solo se logra de tener 150 semanas de vínculo laboral antes de optar por el RAIS.

Circunstancia que evidencia que en razón a su profesión de abogada y empleada pública contaba con vasta experiencia profesional y criterio jurídico, como para dar cuenta que tenía la suficiente información para el 01/04/1995 de elegir libre y voluntariamente el RAIS con las consecuencias de perder el régimen de transición por edad, pues esto claramente se señala en el inciso 4° del artículo 36 de la Ley 100/93.

Sin que tampoco hubiere hecho algo por recuperar el régimen de transición al expedirse la Ley 797 de 2003 en conjunción con el articulo 1 del Decreto 3800 del mismo año, que concedió un periodo de gracia para ello, sin la limitante introducida por la Ley en mención en su artículo 2.

De otro lado, en cuanto a la posibilidad de pensionarse anticipadamente y el monto de la pensión, es preciso resaltar que de ninguna manera la información suministrada por el asesor de Protección S.A. el 01/04/1995 fue falaz como se adujo en el libelo (fl. 6 y 7 c. 1) puesto que en efecto existe la posibilidad de pensionarse anticipadamente y obtener excedentes de libre disposición, pues así lo consagra la Ley 100/93; que no podrá lograrse de realizar cotizaciones el afiliado inferiores a las que le correspondería para efectos de obtener su prestación vitalicia anticipadamente y con los excedentes queridos; comportamiento que ejecutó la doctora María Victoria Calle Correa, pues nótese que entre enero de 2001 y mayo de 2004 su ingreso base de cotización fue sustancialmente inferior al que venía realizando y al que realizó con posterioridad a dicho interregno; concretamente en el 2001 haciendo aportes equivalentes al 6% del ingreso base de cotización con el que hacía sus aportes en el Departamento de Risaralda (fls. 239 a 246 c. 1); además, durante el año 2002 únicamente cotizó 2 ciclos y en el 2003 si bien incrementó el monto de su cotización la misma no fue regular, pero tales cotizaciones siempre fueron inferiores al 50% de lo que recibió en el año 2000 como servidora pública.

Disminución de aportes que inevitablemente repercutieron para efectos de alcanzar la prestación en los términos deseados, pues en el RAIS como su nombre lo indica está basado en el resultado del esfuerzo personal del afiliado durante el periodo de cotizaciones.

Adicionalmente, y en atención a los argumentos de la demanda, pese a que la doctora Calle Correa indicó que su pensión en el RAIS tendría un monto superior, debe decirse que no se probó que para el año 1995 se le hubiera hecho una proyección que arrojara tal resultado, sin que no haberse hecho constituya un incumpliendo a los deberes de información de la AFP, pues la proyección de la pensión solo apareció con la Ley 1748 de 2014[[5]](#footnote-5) y el Decreto 2071 de 2015[[6]](#footnote-6).

Debiéndose recordar que de haberse realizado y no corresponder a lo que en el año 2016 le informó Porvenir S.A. que sería el valor de su mesada, tampoco podría configurar un error en el consentimiento o mal asesoramiento, pues se trataría de una proyección recreada con meras conjeturas. Situación que incluso se reconoce en la normativa citada, pues tal proyección no es un derecho consolidado, al basarse en hechos futuros probables, que pueden no darse. Volatilidad que en efecto ocurrió cuando la doctora Calle Correa disminuyó el valor de sus aportes en un periodo ostensible derivado de la falta de una vinculación laboral en similares condiciones a las que tenía al momento de la afiliación al RAIS en 1995.

Así las cosas, se demostró que la doctora María Victoria Calle Correa contó con la información necesaria, suficiente y veras para elegir el régimen pensional en el año 1995.

Ahora si no fuera suficiente lo anterior, se evidencia que la doctora María Victoria Calle Correa contaba con la suficiente información para elegir el RAIS el 01/04/1995 y permanecer en él, pues se advierte que en uso de tal conocimiento el 03/02/2011 confirmó su intención de continuar en el RAIS al afiliarse a la AFP BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. (Hoy Porvenir S.A.) –fl. 47 del cd. 1- pues no hay rastro que antes o para esa fecha haya mostrado interés alguno de escoger el RPM a través de Colpensiones, acto jurídico dotado de plena validez y eficacia, en tanto, no se le endilga alguna irregularidad o deficiencia por la parte actora fruto de una “*información o asesoría insuficiente, falsa, engañosa o falaz”* –hecho 11 del libelo-.

Es más, es dable afirmar que esta ratificación de permanencia en el RAIS estuvo precedida de la debida asesoría, pues ello se desprende una vez más de la firma que estampó en el respectivo formulario –fl. 47 cd. 1-, que también cuenta con la información exigida para la época por la Ley*,* con la consecuente aceptación de las condiciones propias del régimen y por ello supone que se le brindó la información necesaria para llegar a adoptar tal determinación.

Además, nótese que el formulario citado cuenta en la parte final con un recuadro reservado para la firma del afiliado y donde se hace constar su voluntad de afiliación, espacio en el que se registra no solo la anterior constancia, es decir, de haberlo hecho en “*forma libre, espontánea y sin presiones”*, sino que de manera adicional y que es lo que cobra mayor relevancia en este asunto, es que se plasmó *“He sido asesorado sobre las implicaciones del régimen, especialmente sobre el régimen de transición, en caso de pertenecer al mismo… conozco que dispongo de cinco (05) días hábiles a partir del diligenciamiento de este formulario para retractarme de la afiliación”*.

Por lo que para la Sala Mayoritaria es indubitable que la actora leyó ese contenido, de ahí que su firma comporte el conocimiento de las características propias del RAIS, incluso desde el año 1995.

De otro lado, al tenor del artículo 61 del C.P.L. no puede pasarse por inadvertida la formación académica y profesional de la actora, abogada y magistrada de la Corte Constitucional para el 03/02/2011 cuando optó por elegir a BBVA Horizonte como su administradora de pensiones, lo que constituye un hecho notorio, condición que permite inferir a la Sala Mayoritaria que la información que le fue brindada la comprendió, máxime cuando en el ejercicio de dicho cargo y unos días previos a ese traslado y ratificación del RAIS como su régimen pensional profirió la sentencia T-005 del 14/01/2011, en la que hizo alusión al marco legal y doctrinario o jurisprudencial del traslado entre regímenes pensionales de las personas que ostentaban la calidad de beneficiarios del régimen de transición.

De ahí que por no serle extraña la información, optó por firmar el formulario de afiliación que contiene la constancia de que la asesoría se le dio y, consecuente con ello, quedó convencida que era la mejor opción en pro de su derecho pensional, esto es, permanecer nuevamente el RAIS.

Puestas de ese modo las cosas, y apreciadas en conjunto las anteriores probanzas se desprende que la información suministrada a la demandante fue clara, completa y veraz en tanto, tenía conocimiento de las características del RAIS y por ello, María Victoria Calle Correa decidió elegir y permanecer en él; 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 su conocimiento coincide con las previsiones de la Ley 100 de 1993, por lo que no incurrió en algún error al escoger el RAIS en 1995 y permanecer en él.

Huelga decir que la formación académica y profesional de la actora permite a esta Sala inferir su conocimiento del RPM, por lo que mal puede exigirse a la AFP privada desanimarla en un primer momento de su escogencia 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 y 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.

A tono con lo anterior, se concluye que María Victoria Calle Correa no solo suscribió el formulario de vinculación al RAIS a través de Protección S.A., que cumplió los lineamientos fijados en la ley, sino que reiteró su voluntad de permanencia en dicho régimen, al trasladarse a Porvenir S.A. lo que supone que estaba conforme con los beneficios que venía disfrutando desde el año 1995 cuando ingresó a él.

Al punto es preciso resaltar que en realidad en el proceso de ahora 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 1995, a quien se le brindó y tenía por sí misma la información completa para que tomara su decisión, por lo que mal puede decirse que se le desconoció su derecho a la libre escogencia.

Dadas las resultas del grado jurisdiccional de consulta se hace innecesario abordar los argumentos de la alzada propuesta por Porvenir S.A.

**CONCLUSIÓN**

Siendo así las cosas, se revocará la decisión recurrida y en su lugar se absolverá a las demandadas de las pretensiones de la demanda. Hay lugar a condenar en costas en ambas instancias a la parte actora y a favor de las demandadas, conforme lo dispuesto por el numeral 4 del artículo 365 del C.G.P.

**DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 29 de junio de 2018 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por la señora **María Victoria Calle Correa** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES – Protección S.A. y Porvenir S.A.**, para en su lugar ABSOLVER a las demandadas de las pretensiones formuladas en su contra.

**SEGUNDO:** **CONDENAR** en costas en ambas instancias a la actora 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 ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Magistrado Magistrada

(Salva voto)

Providencia: Sentencia del 5 de abril de 2019

Radicación No.: 66001-31-05-001-2017-00085-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: María Victoria Calle Correa

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

Magistrada ponente: Olga Lucía Hoyos Sepúlveda

Magistrada que salva voto: Ana Lucia Caicedo Calderón

**SALVAMENTO DE VOTO**

Como quiera que mi proyecto fue derrotado por la mayoría de la Sala, mi salvamento de voto se edifica principalmente sobre lo que propuse originalmente respecto al caso en cuestión, pero además en otros aspectos, como paso a explicar:

1. **IMPROCEDENCIA DE LA CONSULTA:**

Para mayor claridad, rememoremos que en el presente caso la jueza de conocimiento declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por las entidades demandadas y determinó que fue ineficaz el traslado del régimen de prima media al RAIS efectuado por la demandante el 1º de abril de 1995, a través de Protección S.A., conservando el régimen de transición de que era beneficiaria. Lo anterior, básicamente al encontrar probado que la actora no fue lo suficientemente informada por el Fondo Privado de las implicaciones de su traslado al RAIS, máxime cuando hacía parte del contingente de beneficiarios del régimen de transición. En consecuencia ordenó a Porvenir que traslade a Colpensiones todos los aportes y rendimientos que posee la señora María Victoria Calle en su cuenta de ahorro individual, esto es, el traslado de los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, respectivos frutos e intereses y **la diferencia entre el valor de lo trasladado por la AFP y lo que hubiere cotizado la demandante al haber permanecido en Colpensiones**, que se han efectuado durante todo el tiempo que ha estado como su afiliada. Asimismo, ordenó a Colpensiones proceder sin dilaciones a aceptar el traslado de la demandante; condenó a Protección a pagar las costas procesales y se abstuvo de hacerlo respecto de Porvenir S.A. y Colpensiones

**Dispuso finalmente que no ordenaba la consulta de la sentencia por cuanto no se había emitido una condena pecuniaria en contra de Colpensiones.**

La apoderada de la AFP Porvenir S.A. apeló la decisión indicando que **atacaba exclusivamente la orden tendiente a que esa entidad devolviera** la diferencia que existiera en caso de que la demandante hubiera permanecido en el régimen de prima media, fundando su inconformidad en que la Corte Constitucional dispuso en la sentencia SU-062 de 2010 que cuando se efectúa la devolución también se trasladan los intereses generados durante el tiempo que el afiliado estuvo vinculado al RAIS, de manera que era al afiliado a quien le correspondía asumir esa diferencia. Frente a los argumentos de la representante judicial de Porvenir el togado de la demandante manifestó que su cliente estaba dispuesta a asumir la diferencia, en caso de que la hubiera; no obstante, la Jueza concedió el recurso de apelación y ordenó remitir el expediente a esta instancia.

Como quiera que el asunto no venía en consulta ni había condenas pecuniarias en contra de COLPENSIONES, este Despacho admitió el recurso der apelación el 31 de julio de 2018 (folio 4, cuaderno de 2ª instancia).

Vale la pena mencionar que el primer proyecto que pasó la suscrita Magistrada (en calidad de Ponente) al resto de la Sala resolvía el único punto de la apelación. Sin embargo, el proyecto se devolvió porque supuestamente no se había analizado el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones. Muy a mi pesar y con el sólo ánimo de que el proyecto pasara, se estudió todo el asunto a la luz de ese grado jurisdiccional con igual resultado que el primero, bajo la convicción de que la ineficacia del traslado decretada en primera instancia no se alteraba en absoluto por cuanto hasta esa fecha el precedente UNÁNIME de esta Corporación era de que en todos los asuntos de régimen de transición procedía la ineficacia del traslado cuando el Fondo Privado no demostraba que a la afiliada(o) no se le había explicado con suficiencia y claridad los beneficios que perdería al trasladarse del régimen de prima media al RAIS, cosa que no se probó en este asunto. Cuál sería mi sorpresa cuando los dos integrantes de la Sala manifestaron que no estaban de acuerdo con ese discernimiento y utilizaron ese grado jurisdiccional para ir en contra de sus propios precedentes, no solo frente a la improcedencia de la consulta sino frente al tratamiento que se les había dado a los beneficiarios del régimen de transición.

Como quiera que mi ponencia fue derrotada, vuelvo a mi posición inicial respecto a que en el presente asunto no procede la CONSULTA como lo he venido sosteniendo en todos los asuntos en los cuales se declara la ineficacia y el asunto viene a segunda instancia por cuenta de la apelación interpuesta por el fondo privado más no por el grado jurisdiccional de consulta. En este caso, basta consultar el cuaderno de segunda instancia para verificar que se admitió únicamente el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A. (folio 4). Sustento esta tesis en los siguientes fundamentos:

El artículo 69 del estatuto procesal laboral dispone que también deben consultarse “*las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio o a* ***aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante****”*, y no es necesario profundizar mucho en el análisis del punto para concluir que la garantía que brinda el grado jurisdiccional de consulta a las mencionadas entidades está reservada para cuando la sentencia adversa **implique una obligación de carácter económico**.

Basta repasar algunas de las consideraciones expuestas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la providencia mediante la cual revaluó el precedente que tenía acerca de la improcedencia de la consulta en tales casos (sentencia de tutela de fecha 26 de noviembre de 2013, Magistrada Ponente Elsy del Pilar Cuello Calderón), para advertir con claridad la certeza de lo sostenido en el párrafo precedente:

*“La Ley 100 de 1993 instituyó en materia pensional, dos regímenes coexistentes pero excluyentes, el de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad; frente al primero que es el que aquí interesa, en la medida en que se encuentra administrado por una entidad descentralizada del orden nacional,* ***el artículo 32 ibídem contempló en el literal c) que “El Estado garantiza el pago de los beneficios a que se hacen acreedores los afiliados”; por su parte el 138 siguiente es como sigue: “Garantía estatal en el régimen de prima media con prestación definida. El Estado responderá por obligaciones del ISS para con sus afiliados al régimen de prima media con prestación definida cuando los ingresos y las reservas de dicha entidad se agotasen, siempre que se hubieren cobrado las cotizaciones en los términos de esta ley”****, aspecto que está desarrollado en el texto íntegro del* ***Decreto 1071 de 1995****, en el que se explica la trascendencia de la garantía estatal y se acota que* ***“se entenderá que la Nación asume tales obligaciones, cuando la sumatoria de las reservas registradas en los estados financieros de pensiones para vejez, invalidez y sobrevivencia no permitan atender en condiciones normales el pago de una cualquiera de dichas obligaciones pensionales…”****, estas disposiciones fueron estudiadas por el Consejo de Estado, en providencia de 11 de julio de 1996, expediente 3904 en la que se consideró que:*

*“****Del texto de los artículos 1 y 2 del Dcto. 1071 /95 se infiere que el Estado se compromete a responder por las obligaciones a cargo del Instituto de Seguros Sociales a favor de los afiliados al régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuando dicho Instituto no disponga de medios suficientes para ello, es decir, cuando la sumatoria de las reservas registradas en los estados financieros de pensiones no permitan atender en condiciones normales el pago de una cualquiera de dichas obligaciones****…”.*

*“Con lo anterior surge inequívoco que, en efecto,* ***el Estado es el convocado a garantizar dichas obligaciones, e incluso el 137 del mismo Estatuto de la Seguridad Social refiere que asume el pago de las prestaciones del ISS*** *y de la Caja Nacional de Previsión y de otras cajas o fondos del sector público, sustituidos por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional,* ***con la salvedad de que se “agotasen las reservas constituidas para el efecto y solo por el monto de dicho faltante”****.*

*“Por su parte el* ***artículo 7º del Decreto 692 de 1994*** *indica que “en el régimen solidario de prima media con prestación definida,* ***el Estado garantiza el pago de los beneficios a que se hacen acreedores los afiliados****, en el evento en que los ingresos y las reservas del Instituto de Seguros Sociales se agoten y ésta entidad haya cobrado las cotizaciones en los términos de la Ley 100 de 1993”, y lo propio debe decirse de los artículos del 5 y 6 del Decreto 832 de 1996. (…)*

*“De lo expuesto es evidente que* ***las diversas normas plantean que en el marco del régimen de prima media la Nación si garantiza el pago de las pensiones****, de forma que es admisible considerar que se surta la consulta, en la medida en que, en últimas lo que se protege con dicho grado jurisdiccional, es el interés público, que está implícito en las eventuales condenas por las que el Estado respondería”.*

Lo transcrito devela que no todas las sentencias adversas a Colpensiones deben someterse a la consulta ordenada por el citado artículo 69, pues sólo han de ser aquellas que impliquen eventualmente para el Estado la obligación de asumir el pago de una prestación derivada del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

En el presente caso es evidente que la obligación impuesta a la entidad administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida es eminentemente ‘de hacer’ y no se traduce directamente en la imposición de ninguna carga de carácter patrimonial, pues como quedó referido consiste esencialmente en aceptar el traslado de la Dra. María Victoria Calle Correa del Régimen de Ahorro Individual al de Prima Media con Prestación Definida, lo que no implica el pago de suma alguna de dinero. En virtud de lo anterior, considero que debió limitarse el estudio de segunda instancia a resolver la censura esbozada por la apoderada judicial de Porvenir S.A.

Los anteriores argumentos fueron los mismos que expuso la Dra. Olga Lucía Hoyos Sepúlveda en el auto del 13 de octubre de 2016 dentro del Proceso Ordinario Radicado No. 66001-31-05-005-2014-00377-01 instaurado por Juan Bautista Marín Cifuentes contra Colpensiones y Colfondos S.A. en el cual **negó la consulta** que fue concedida en primera instancia, en un asunto que buscaba las mismas pretensiones que el presente. De manera que me sorprende que en esta ocasión haya cambiado su propio precedente de manera abrupta, sin una carga argumentativa que deje sin efecto lo que expuso en esa oportunidad, violando con ello el derecho a la igualdad de la actora por la diferencia de trato.

1. **PRECEDENTE HORIZONTAL RESPECTO A LAS PERSONAS BENEFICIARIAS DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN:**

Pese a que en este asunto no había lugar a la consulta sino a resolver estrictamente el motivo de la apelación de la AFP, quien no censuró la orden del traslado de régimen sino un asunto menor, teniendo en cuenta que la sentencia de las mayorías analizó todo el asunto, a continuación expongo las razones de inconformidad frente al tema de la carga de la prueba de la AFP con respecto al deber de información empezando

Para ello comienzo con el precedente de esta Corporación sobre el tema, que hasta el mes de diciembre de 2018 era unánime, toda vez que venían sosteniendo la Dra. OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA y JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ (en las respectivas Salas de Decisión en las que actúan como Ponentes[[7]](#footnote-7)), que en todos aquellos procesos en los que se busca la declaratoria de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, la carga de la prueba respecto al deber de información recae en el Fondo de Pensiones privado cuando el afiliado(a) era beneficiario(a) del régimen de transición. En ese orden de ideas, son varias las sentencias en las cuales se declaró la ineficacia del traslado cuando en el proceso se evidenciaba que el fondo de pensiones no había probado que le dio la suficiente información a la parte demandante respecto a los beneficios que perdería con el traslado[[8]](#footnote-8). En todos esos fallos, para nada interesó el grado de estudio de la parte demandante ni menos que fuera abogado(a), o que ocupara tal o cual cargo, pues bastaba la falta de prueba por parte del Fondo de pensiones del deber de información para declarar la deprecada ineficacia. Vale la pena recalcar que dichos fallos se apuntalaron en el precedente de la Sala de Casación Laboral sobre la materia, en los cuales tampoco han interesado las condiciones particulares y profesionales de los demandantes.

Sin embargo la Doctora OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA en su calidad de Ponente[[9]](#footnote-9) y con el voto favorable del Dr. Julio César Salazar Muñoz (el tercer integrante salvó voto) negó la ineficacia del traslado a pesar de que la parte demandante era beneficiaria del régimen de transición en dos asuntos recientes, con similares argumentos a los que se esgrimen en el presente caso[[10]](#footnote-10), **pero en ninguno de los dos se antepusieran las condiciones personales y profesionales de la parte demandante**, **de manera que este argumento resulta nuevo.**

Como se explicará más adelante en los dos casos y en éste se desconoce el precedente de la Corte Suprema de Justicia e incluso su propio precedente, pero por ahora me detendré en la nueva e infortunada argumentación que toma en cuenta las condiciones profesionales de la demandante para negarle las pretensiones, al enrostrarle a la Dra. María Victoria Calle Correa el hecho de ser abogada y de haber ocupado los cargos de Secretaria Jurídica del Departamento de Risaralda y de Magistrada de la Corte Constitucional, como si ello nos garantizara, per se, a quienes somos abogados y/o hacemos parte de la Rama Judicial ser doctos en materia financiera, además de estar dotadas de una especie de facultad adivinatoria para anticiparnos a los cambios legislativos y financieros en materia pensional. En realidad la estimación del valor de la mesada pensional (que es lo que finalmente interesa a los pensionados) más que conocimientos jurídicos requiere conocimientos matemáticos financieros. Y como quiera que ese conocimiento es propio de los matemáticos financieros y los actuarios, adquiere especial relevancia las proyecciones de las mesadas pensionales a futuro, las cuales **no son meras *conjeturas***como se califican en la sentencia, sino que constituyen una importante herramienta para todos los actores del sistema general de pensiones: Para el Fondo de Pensiones (especialmente el privado), porque aún antes de constituirse en administradora de fondo de pensiones, a través de las proyecciones actuariales puede establecer las ganancias que obtendría al administrar las pensiones de determinado número de afiliados, y una vez constituida como administradora, las proyecciones actuariales le servirán, entre otras, para orientar a sus afiliados respecto a las modalidades de pensión que más les convenga (renta vitalicia, retiro programado, mixta); para el afiliado lego en temas financieros pensionales (que somos la mayoría), resulta vital la proyección de la mesada pensional, para que a partir de ese conocimiento tenga una base sólida y plausible a efectos de escoger entre el RPM o el RAIS; para el propio Estado (en el caso del fondo público) porque ello le permite, entre otras cosas, cuantificar el hueco fiscal y tomar las medidas legislativas y económicas pertinentes.

Recuérdese que el cálculo actuarial es una modalidad de matemáticas aplicadas que sirve para predecir o simular determinados hechos económicos atendiendo sus posibles consecuencias y los costos de éstas supondría, de modo que puedan ser calculadas posibles compensaciones. De ahí que se recurra a él en multitud de campos financieros o económicos, especialmente en el mercado de seguros, en los que la evaluación del riesgo ayuda a prevenir situaciones de incertidumbre, como ocurre con los riesgos de invalidez, vejez y muerte (sistema pensional). Y por esa misma razón, al tener los fondos de pensiones los conocimientos actuariales y financieros desde el mismo momento de su constitución (lo que los sitúa en una situación privilegiada), son quienes deben ponerlos al servicio del potencial afiliado de la manera más clara, sencilla y útil posible (por ejemplo con una proyección de la mesada pensional), conforme al deber de información. De ahí que resulte extraño que la Sala mayoritaria afirme sin una base sólida, que el hecho de que en año 1995 (fecha del traslado de régimen de la actora) no se le hubiere hecho una proyección pensional, ello no constituye un incumplimiento a los deberes de información de la AFP *“pues la proyección de la pensión sólo apareció con la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015”,* argumento falaz que desconoce que el deber de información no sólo estaba consagrado en las normas del Código Civil sino en el Estatuto Financiero (Decreto 663 de 1993).

Por otra parte, este nuevo argumento de la Sala mayoritaria (condiciones profesionales de la demandante) echa abajo la carga de la prueba en cabeza de quien tiene el deber de información, pues basta ser abogado(a) y/o ocupar un cargo en la Rama Judicial para que de inmediato el Fondo de Pensiones se despoje de esa obligación. La senda de este fundamento de la sentencia (de la cual me aparto) conduce a caminos absurdos, como por ejemplo: *i)* Cualquier Fondo de Pensiones (público o privado) no tiene el deber de informar las consecuencias de la afiliación al sistema de seguridad social en pensiones, a ninguna persona que diga que es abogada y/o que ocupe un cargo con funciones jurídicas. *ii)* Los servidores judiciales y en especial los y las Magistradas no tenemos derecho a que los fondos de pensiones nos brinden información respecto a las consecuencias de la afiliación. Se creó en este fallo la presunción (ipso jure?) de que nosotros los abogados, por el hecho de serlo, ya lo sabemos. *iv)* Si en una sentencia se aborda el tema del régimen de transición, como los hizo la Dra. María Victoria Calle Correa en la Sentencia T-005 de 2011, ese sólo hecho nos hace expertos en temas matemáticos financieros pensionales. *v)* Siguiendo la línea argumentativa del fallo podríamos decir que los médicos no tienen derecho a las consecuencias jurídica y económicas por el hecho de enfermarse porque ellos tiene los conocimientos de la forma cómo funciona nuestro cuerpo; etc., etc.

No se necesita mayores disquisiciones jurídicas para saber que la obligación legal de información de las administradoras de fondo de pensiones es para todo el mundo y que por esa misma razón, en un proceso judicial la carga de la prueba recae sobre ellas independientemente de las condiciones personales, académicas, laborales, etc. de la parte demandante.

De manera que este punto de la ratio decidendi viola el derecho a la igualdad de la actora con respecto a los otros 2 asuntos similares al presente en los que no se tuvo en cuenta las condiciones profesionales de la parte demandante, amén de que no esgrimieron razones que justificaran desde el punto constitucional este trato diferenciado.

1. **VICIOS DEL CONSENTIMIENTO EN MATERIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN – PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL HORIZONTAL Y VERTICAL:**

Respecto al tema en decisión del 2 de octubre de 2015, Rad. 2013-0275, M.P. Francisco Javier Tamayo Tabares, la Sala Mayoritaria indicó que *“el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, emana de una responsabilidad de carácter profesional, que como ha recalcado esta Sala, ciñéndose a los parámetros del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria “les impone el deber de suministrar al afiliado la información suficiente, completa y clara sobre las implicaciones de dicho traslado”.*

Se precisó en la precitada providencia, que la carga de la prueba recae directamente sobre quien gravita el deber de suministrar la información, en la medida en que con ello la *“prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”*, tal como lo pregona el artículo 1604 del Código Civil.

Dicha postura se acompasa a la expresada por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia **hito** No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, mediante la cual se declaró la nulidad del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual de una persona que, al momento del traslado, ya había reunido los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media, razón por la cual se consideró que se configuró el engaño por parte de la entidad administradora de pensiones, pero no por lo que se le afirmó al afiliado, sino por el silencio que guardó, pues se trataba de una información que resultaba relevante para tomar la decisión.

Así mismo, en sentencia del 22 de noviembre de 2011, Radicado No. 33083, M.P. Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, nuestro máximo tribunal en lo laboral declaró la nulidad del traslado del régimen de una persona que en ese momento ya tenía las semanas requeridas para acceder a la pensión de vejez pero solo contaba con 58 años de edad, es decir, que estaba solo a la espera de que transcurrieran 2 años para cumplir la edad requerida, por lo tanto, a juicio de la Corte, se trataba de un afiliado que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales por estar próximo a cumplir los requisitos, concluyendo que también el fondo de pensiones incurrió en una grave omisión al no advertir dicha situación particular al actor.

Si bien los casos anteriores analizados por la Corte involucran personas beneficiarias del régimen de transición, lo cierto es que la ratio decidendi de cada una de ellas se refieren en forma genérica al deber de información que les incumbe a las AFPs en su relación con los y las afiliadas, tal como fue precisado posteriormente en la sentencia SL 4964 Radicado 54814 del 14 de noviembre de 2018, con Ponencia del Dr. GERARDO BOTERO ZULUAGA

Es más, las sentencias que prosiguieron a la Radicada bajo el No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 *–que fue la sentencia hito sobre este tema-* para sustentar la decisión de declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, todas se remiten a los fundamentos del fallo hito, amén de la respectiva valoración probatoria en cada caso concreto. Pues bien en esa sentencia hito, se establecieron de manera genérica las características propias de las administradoras de fondos de pensiones, así:

i) “*Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, -desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares”.*

ii) *“Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social”.*

iii) *“La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público.*

iv) *“Ciertamente las administradoras de pensiones son en esencia fiduciarias del servicio público de pensiones, razón por la cual su comportamiento y determinaciones deben estar orientadas no sólo a alcanzar sus propias metas de crecimiento y beneficio, sino a satisfacer de la mejor manera el interés colectivo que se realiza en cada persona que queda desprotegida por haberse cernido sobre sí una enfermedad o trauma que lo deja inválido, o la muerte sobre el miembro de la familia del cual depende, o sobre su afiliado cuando le llega el momento de su retiro de la vida productiva por imposición o disfrute de la vejez”.*

v) *“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora”.*

vi) *“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura”.*

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

viii) *“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual”.*

Y a partir de estas características, la Corte acto seguido se encarga de enlistar las **obligaciones que les compete a todas las Administradoras de Fondo de Pensiones,** **independientemente de si el afiliado/a tiene beneficios transicionales** o no, a saber:

1. *“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información”.*

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

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

4. *“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica”.*

1. **EL LEGISLADOR EN LA LEY 1748 DE 2014 NO HIZO SINO REGLAMENTAR UNA OBLIGACIÓN QUE YA VENÍA DE ANTAÑO:**

De la jurisprudencia transcrita puede fácilmente observarse que **el legislador no estableció ninguna novedad en la ley 1748 de 2014**[[11]](#footnote-11), por cuanto lo único que hizo fue obligar a las administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual y de Prima Media poner a disposición de sus afiliados/as a través de los distintos canales que dispongan las administradoras, y **por medio de extractos**, los conceptos que en dicha ley se enlistan[[12]](#footnote-12), conceptos que resultan necesarios para cumplir con su obligación de informar de manera profesional, completa y comprensible.

**Recuérdese que dicha obligación estaba en cabeza de las AFPs desde su misma creación, en su doble condición de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, tal como lo visibilizó y lo explicó nuestra jurisprudencia patria, amén de que la carga de la prueba recae directamente sobre quien gravita el deber de suministrar la información, en la medida en que con ello la *“prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”*, tal como lo pregona el artículo 1604 del Código Civil.**

Vale la pena recalcar que esa obligación de informar venía siendo prestada de manera deficiente por las AFPs, tal como lo constató un estudio que realizó en su momento el Ministerio de Hacienda[[13]](#footnote-13) en el que concluyó, entre otras cosas, que el 80% de los traslados de fondos de pensiones que realizan los trabajadores colombianos no les convienen porque a futuro afectarían la seguridad económica de su vejez. En dicho estudio se encontró que una de las causas de ese altísimo porcentaje se debe precisamente al desconocimiento de las cuestiones básicas que rigen los dos regímenes de pensiones que operan en Colombia, por falta de una información completa y comprensible de parte de las AFPs.

Justamente la ley 1748 de 2014 es una respuesta a ese estudio, o dicho de otra manera, una manera de corregir las falencias en la información, que tuvo que adoptar el legislador para no seguir causando más traumas a los afiliados, pero ello no puede tomarse como una nueva obligación, como se quiere hacer ver, sino como una simple reglamentación de un deber que ya estaba en cabeza de las AFPs.

Pero si en gracia de discusión se aceptara que la obligación de las AFPs de informar de manera completa, clara y comprensible surgió después de la ley 100 de 1993 (lo cual no es cierto), tampoco la ley 1748 de 2014 es el hito inicial porque con anterioridad ya existía el Estatuto Financiero (Decreto 663 de 1993) que regula las actividades de las administradoras de los fondos de pensiones y cesantías, el cual fue modificado y adicionado con la ley 1328 de 2009 y el Decreto 2555 de 2010 que consagran los principios que orientan la Protección al Consumidor Financiero en el Sistema General de Pensiones.

Se destaca la importancia de los principios de debida diligencia y transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, conforme a los cuales las AFP deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión. Adicionalmente, las AFP deben suministrar al público información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones[[14]](#footnote-14).

Aunado a lo anterior, el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010 establece el deber de asesoría e información al Consumidor Financiero según el cual las AFP tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones. La misma norma señala que, en todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

**Todas estas obligaciones ya habían sido señaladas en la transcrita sentencia No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, a partir de la naturaleza de las AFPs y las normas del Código Civil, es decir, el legislador nada se inventó.**

De manera, que resulta un exabrupto afirmar, como lo hace en este caso la sentencia, que sólo a partir de la publicación de la ley 1748 de 2014 surgió para las AFPs la obligación de informar a los o las usuarias todo lo relacionado al sistema general de pensiones que administran con el fin de que el traslado se haga de manera consciente e informada.

1. **LA CARGA DE LA PRUEBA DE INFORMACIÓN RECAE EN LA AFPS:**

En términos generales, en los procesos en los que se busca la ineficacia del traslado al RAIS, resulta obvio que las AFPs demandadas se encuentran en una situación priveligiada para aportar las evidencias respecto a si se le brindó al (la) afiiado(a) la información cierta, suficiente, comprensible y oportuna.

Por otra parte, el sólo hecho de que en cabeza de las AFPs esté el deber de brindar a los afiliados/as la información en forma cierta, completa y comprensible, hace que la carga de la prueba recaiga en dichas entidades, tal como lo ha señalado la jurisprudencia patria apoyada en el artículo 1604 del Código Civil. En este sentido, a la parte demandante le basta afirmar que tal información no se recibió o fue deficiente, para que de inmediato se invierta la carga de la prueba en cabeza de la AFP demandada.

En el presente asunto, la Sentencia mayoritaria considera que la prueba de que la AFP cumplió con la carga de informar a la demandante las consecuencias de su traslado del RPM al RAIS está en los formularios de afiliación que aquella suscribió primero en el año 1995 (cuando se trasladó de régimen) y luego en el año 2005, cuando cambió de Fondo Privado. Aunado a lo anterior, agrega que por las condiciones profesionales de la demandante, ella estaba en capacidad de comprender las consecuencias del traslado de régimen, tema este último al que ya me referí líneas atrás. Con relación a los formularios de afiliación, la Sala de Casación Laboral en la sentencia citada estipuló lo siguiente:

*“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.*

Ahora bien, el único acto de traslado de régimen se presentó en el año 1.995, porque en el 2.005 lo que hizo la demandante fue cambiar un fondo de pensiones privado por otro, pero jamás se podría equiparar ese segundo acto al traslado de régimen, como insinúa la sentencia, ni menos tomar dicha conducta como ratificación de la voluntad de cambiar de régimen.

Con todo, es evidente que la información que se le brindó a la demandante en el año 1.995 **fue insuficiente** toda vez que para ese año, mínimo la AFP tendría que haber dado la siguiente información: *i)* Que dependiendo del capital, puede pensionarse anticipadamente, esto es, antes de la edad mínima para la pensión de vejez. *ii)* La posibilidad para sus herederos de hacerse a la devolución de saldos, en caso de que no existieran beneficiaros para la pensión de sobrevivientes. *iii)* La devolución total del saldo en caso de no alcanzar a reunir el total de los requisitos legales para optar al beneficio pensional. *iv)* Tener la posibilidad de la pensión de vejez habiendo cotizado el mínimo de semanas requeridas a pesar de no reunir el capital suficiente para el financiamiento de la prestación económica. *v)* La posibilidad de que el reconocimiento de la pensión de vejez, una vez reunido los requisitos, se haga pronto. *vi)* La posibilidad de que sus aportes se conviertan en patrimonio sucesoral en un caso dado. *vii)* El hecho de que el afiliado es el único titular de la cuenta de ahorro individual en contraste con el fondo público cuyos ahorros hacen parte de un fondo común. *viii)* Los rendimientos financieros que le generen sus aportes abonados sobre el saldo de su cuenta de ahorro individual; y, *ix)* La posibilidad de seleccionar entre variadas modalidades de pensión.

La AFP afirma en su contestación que toda la información antes relacionada se le brindó a la demandante, pero en realidad sólo quedó probado en el proceso el numeral primero. Ello sería suficiente para concluir, como lo hizo la jueza de primera instancia, de que efectivamente la información que recibió la demandante fue insuficiente y sesgada al momento de hacer el traslado, pues con relación a la posibilidad de pensionarse anticipadamente (lo único probado en el proceso) no se demostró que se le hubiera advertido que debía asumir unas cotizaciones muchísimo mayores a las que estaba efectuando.

Pero más allá de lo anterior, quizá la información más importante que debió brindarse a la demandante eran las modalidades de pensión, una de las cuales (la de renta vitalicia inmediata) le quita la posibilidad de que los saldos de su cuenta de ahorro individual se conviertan en masa sucesoral, uno de los ganchos comerciales a los que más recurren las AFPs para ganar adeptos. Tampoco existe evidencia de que se le haya advertido a la actora que la modalidad de retiro programado tiene la desventaja de que una vez se termine el saldo en la cuenta de ahorro individual, si supera la expectativa de vida tenida en cuenta por la AFP, se queda sin pensión de vejez durante los años posteriores (cuando más los necesita). O que en la modalidad de retiro programado con renta vitalicia, la posibilidad de que los saldos se conviertan en masa sucesoral es muy poco probable.

De acuerdo a lo visto precedentemente, la jueza de instancia acierta al afirmar de que en este caso se presentó la figura del error en el consentimiento, no por lo que se le informó a la demandante, sino por lo que se le dejó de informar, lo cual llevaba a declarar la ineficacia del traslado como en efecto lo hizo.

1. **ÚLTIMA POSICIÓN DE LA SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:**

A pesar de que la sentencia de la cual me aparto fue proferida el 5 de abril de este año, fecha para la cual era muy difícil para esta Corporación conocer la última sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, vale la pena citar la Sentencia del 3 de abril de 2019SL 1452-2019, con Ponencia de la Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en donde de manera magistral explica cada uno de los puntos que se trataron en este asunto y ratifica que la carga de la prueba del deber de información está en cabeza de las AFPs desde su creación, haciendo un recuento histórico y normativo sobre ello, a quienes les compete no sólo suministrar una información **necesaria y transparente, sino además el deber de asesoría y buen consejo,** explicando de manera didáctica en qué consiste cada uno de esos conceptos. Esa sentencia tiene una fuerte carga argumentativa que da al traste con la ratio decidendi de este fallo, pero que por economía procesal no transcribo dada la extensión de este salvamento.

1. **PUNTO OBJETO DE APELACIÓN:**

No aplica para el caso concreto lo dispuesto en la sentencia SU-062 de 2010 por cuanto la misma se erigió para aquellos casos en los que se vincularon al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en desmedro de los beneficios transicionales, sin que se hubiese alegado la ineficacia del acto por medio del cual se suscitó el traslado. Por lo tanto, como quiera que en el caso de marras quedó plenamente demostrado que el traslado efectuado por la Dra. María Victoria Calle se dio con ocasión de la falta de información por parte de la administradora del RAIS, se debía mantener incólume la determinación de la jueza de primer grado a la luz de la sentencia emitida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 9 de septiembre de 2008, expediente No. 31989[[15]](#footnote-15), en la cual se señaló lo siguiente:

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

Por lo tanto la sentencia debió confirmarse en su integridad.

En estos términos sustento mi salvamento de voto.

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Magistrada

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. Secretaria de Despacho del Departamento de Risaralda entre el 17/09/1986 y el 15/12/2000, según se extrae del Certificado de Información Laboral – Formato N° 1, visible a folio 33 del cd. 1. [↑](#footnote-ref-4)
5. Artículo 2, parágrafo 2º [↑](#footnote-ref-5)
6. Artículos 2.6.10.2.3. y 2.6.10.4.3 [↑](#footnote-ref-6)
7. Salas de Decisión Nos. 2 y 3 [↑](#footnote-ref-7)
8. Véase entre otras las siguientes sentencias:

   **PROCESOS EN LOS QUE SE DECLARÓ INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL DE PERSONAS BENEFICIARIAS DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN.**

   DOCTORA OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

   66001-31-05-005-2015-00357-01

   Doris García Flórez contra Colpensiones y Colfondos S.A.

   Fecha: 22 de agosto de 2017

   66001-31-05-005-2015-00635-01

   Luis Enrique Tabares Sánchez contra Colpensiones y Colfondos S.A.

   Fecha: 24 de abril de 2018

   66001-31-05-005-2016-00329-01

   Simón Emilio Sepúlveda Tabares contra Colpensiones, Colfondos S.A. y Porvenir S.A.

   Fecha: 5 de junio de 2018

   66001-31-05-002-2015-00245-01

   María Ernestina Londoño Castro contra Colpensiones y Colfondos S.A.

   Fecha: 31 de julio de 2018

   66001-31-05-003-2017-00127-01

   Alberto Cardona Jaramillo contra Colpensiones y Porvenir S.A.

   Fecha: 16 de octubre de 2018

   66001-31-05-003-2016-00228-01

   Rubiela Castañeda Carvajal contra Colpensiones y Colfondos S.A.

   Fecha: 22 de enero de 2019

   DOCTOR JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

   66001-31-05-002-2014-00295-01

   Gonzalo Álvarez Osorio contra Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A.

   Fecha: 13 de julio de 2016

   66001-31-05-005-2013-00627-01

   Ramiro Vásquez Cardona contra Colpensiones y Porvenir S.A.

   Fecha: 13 de julio de 2016

   66001-31-05-005-2014-00297-01

   Carlos Tulio Murillo López contra Colpensiones y Colfondos S.A.

   Fecha: 8 de septiembre de 2016

   66001-31-05-005-2014-00225-01

   Lucía Ruiz Granada contra Colpensiones y Porvenir S.A.

   Fecha: 28 de septiembre de 2016

   66001-31-05-003-2017-00148-01

   Luis Román Ardila Medina contra Colpensiones y Porvenir S.A.

   Fecha: 25 de abril de 2018

   66001-31-05-003-2017-00144-01

   María del Carmen Farias Galán contra Colpensiones y Colfondos S.A.

   Fecha: 28 de noviembre de 2018

   [↑](#footnote-ref-8)
9. Sala Laboral de Decisión No. 2

   [↑](#footnote-ref-9)
10. **PROCESOS EN LOS QUE, NO OBSTANTE EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN, SE NEGÓ LA INEFICACIA DEL TRASLADO:**

    66001-31-05-002-2016-00360-01

    Nydia Giraldo Franco contra Colpensiones y Porvenir S.A.

    Fecha: 4 de diciembre de 2018

    66001-31-05-002-2017-00103-01

    Lina María González Arenas contra Colpensiones, Old Mutual Compañía de Seguros de Vida S.A. y Porvenir

    Fecha: 26 de febrero de 2019 [↑](#footnote-ref-10)
11. 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 [↑](#footnote-ref-11)
12. ARTÍCULO 2o. Las administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual tendrán la obligación de poner a disposición de sus afiliados a través de los distintos canales que dispongan las administradoras y, trimestralmente, a través de extractos que serán enviados al afiliado por el medio que este escoja, la siguiente información:

    a) Capital neto ahorrado;

    b) Monto de los intereses devengados por ese capital durante el tiempo que se informa;

    c) Las cotizaciones recibidas durante el periodo de corte del extracto;

    d) El monto deducido por el valor de todas y cada una de las comisiones que cobra la sociedad administradora, indicando el valor de cada comisión y porcentaje respectivo, así como el monto de las demás deducciones realizadas, de acuerdo con la normatividad vigente;

    e) Saldo final neto después de efectuar las deducciones, así como la información que para el efecto determine la Superintendencia Financiera de Colombia.

    El afiliado podrá solicitar una proyección de su expectativa pensional a la Administradora en la que se encuentre afiliado. Para ello suministrará a la administradora respectiva la información adicional que requiera sobre su situación familiar y beneficiarios, entre otros factores necesarios para la estimación. La proyección de la expectativa pensional se calculará con base en las normas legales existentes. El afiliado tiene derecho a contar con asesoría personalizada para este efecto.

    En el caso del Régimen de Prima Media, Colpensiones, o quien haga sus veces, deberá poner a disposición de sus afiliados a través de los distintos canales de que disponga y, anualmente, a través de extractos que serán enviados al afiliado por el medio que este escoja, la siguiente información:

    a) Las deducciones efectuadas;

    b) El número de semanas cotizadas durante el periodo de corte del extracto;

    c) El ingreso base de cotización de los aportes efectuados en los últimos seis meses;

    d) La información que determine la Superintendencia Financiera de Colombia.

    **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.

    **PARÁGRAFO 2o.** En un plazo no mayor a sesenta (60) días, el Gobierno Nacional reglamentará la forma en que se deberán efectuar los cálculos de que trata este artículo. De los respectivos proyectos de decreto se informará a las Comisiones Económicas Terceras del Congreso. [↑](#footnote-ref-12)
13. Ver página web del Ministerio de Hacienda y Crédito Público [↑](#footnote-ref-13)
14. En armonía con los principios comentados se han establecido los derechos de los consumidores financieros, dispuestos en el artículo 2.6.10.1.3 del decreto 2555 de 2010 de los cuales destacamos los siguientes:  
    “1. Ser informados de manera cierta, suficiente, clara y oportuna de las condiciones del Sistema General de Pensiones, del nuevo sistema de administración de multifondos, de las diferentes modalidades de pensión y de los efectos y consecuencias de la no toma de decisiones.  
    “(…)  
    “5. Acceder a las herramientas financieras que las administradoras decidan ofrecer con el objeto de permitir al consumidor financiero conocer cálculos preliminares sobre el posible monto de su pensión, de acuerdo con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia. En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán ofrecer dichas herramientas.  
    “6. Recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos, los costos que se generan sobre los mismos, sus derechos y obligaciones así como sobre los diversos mecanismos de protección establecidos para la defensa de sus derechos.   
    “7. Exigir la debida diligencia, asesoría e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras”. [↑](#footnote-ref-14)
15. M.P. Eduardo López Villegas [↑](#footnote-ref-15)