El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Providencia: Apelación sentencia

Proceso: Ordinario Laboral

Radicación No: 66001-31-05-003-2017-00219-01

Demandante: Rubén Darío Moreno Orjuela

Demandado: Colpensiones y Colfondos S.A.

Juzgado de origen: Tercero Laboral del Circuito de Pereira.

**TEMAS: INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL / ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS SL4964 DEL 14/11/2018, SL1452 DEL 03/04/2019 Y SL1688 DEL 08/05/2019 / MANTIENE LA SALA MAYORITARIA LA POSICIÓN DE QUE INCUMBE AL DEMANDANTE PROBAR QUE LA AFP INCUMPLIÓ SU DEBER DE BRINDARLE INFORMACIÓN ADECUADA, COMPLETA Y VERAZ / SALVO CUANDO MEDIE LA NEGACIÓN INDEFINIDA DEL ACTOR, ENTENDIDA ÉSTA COMO UNA AUSENCIA TOTAL DE INFORMACIÓN.**

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 indicó que i) las AFP desde su creación tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional para que ellos pudieran adoptar una decisión consciente y libre sobre su futuro pensional…

ii) El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para acreditar que se brindó una información para que el afiliado tomara la decisión del traslado de manera libre y voluntaria…

iii) La demostración del consentimiento informado en el traslado del régimen corresponde a la AFP, por un lado, porque cuando se afirma que no se recibió “información veraz y suficiente” implica una negación indefinida que solo puede desvirtuarla el fondo de pensiones a través de la prueba que acredite que cumplió con esta obligación; y por otro lado, la AFP tenía la obligación de conservar en sus archivos la documentación que soportara dicho traslado…

iv) La acción ordinaria laboral impetrada para obtener el traslado de régimen, es la ineficacia o exclusión de todo efecto jurídico de tal acto, por lo que resulta errado abordar su estudio a través de las nulidades sustanciales y mucho más exigir la demostración de vicios en el consentimiento, aunado a que la ineficacia es insubsanable por el paso del tiempo, sin parar mientes en que el afiliado tenga o no un derecho consolidado, o sea beneficiario o no de la transición pensional. (…)

… frente al tópico iii) la carga de la prueba de ninguna manera puede recaer única y exclusivamente en la AFP, pues la interpretación que deriva la Corte Suprema del artículo 1604 del C.C. es inexacta en la medida que dicho articulado 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, tal obligación probatoria aparece como respuesta inmediata a alguien que previamente ha alegado el incumplimiento de una obligación por parte de su deudor, y por ello, 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.)…

Ahora bien, situación diferente ocurre cuando las pretensiones del proceso de ineficacia de la afiliación se fundan en una negación indefinida, esto es, cuando “(…) no implique por el contrario la afirmación indirecta de un hecho concreto, pues de no ser así ya no revestirá el carácter de negación indefinida (…)” . Así, esta únicamente se concreta en la ausencia total de información, sin que la configure el que la parte actora exprese que “la AFP no suministró información veraz y suficiente” como se aduce en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia; expresión que lleva implícita que sí se le dio alguna información, solo que resultó engañosa e insuficiente, por lo que tiene la obligación de exponer qué fue lo que la AFP le informó, o cuál fue la información falsa, para que quede en evidencia qué faltó o dónde radicó el engaño; todo ello para trasladar la carga de probar a la AFP…

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



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Sustanciadora

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

En Pereira, a los dos (02) días del mes de agosto 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 desatar el recurso de apelación contra la sentencia proferida 5 de julio de 2018 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Rubén Darío Moreno Orjuela** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES y Colfondos S.A.,** radicado al N° 66001-31-05-003-2017-00219-01**.**

**Registro de asistencia:**

Demandante y su apoderado: Demandadas y sus apoderados:

**Traslado a las partes**

En este estado se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos, de conformidad con lo establecido por el artículo 13 de la Ley 1149/07.

**ANTECEDENTES:**

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

Rubén Darío Moreno Orjuela pretende que se declare la “*nulidad”* del traslado realizado al Régimen de Ahorro Individual “*01-04-1995”* (sic), y en consecuencia se ordene a Colfondos S.A. a cancelar los aportes realizados con sus rendimientos financieros a Colpensiones, que a su vez deberá aceptar su afiliación.

Fundamenta sus aspiraciones en que *i)* inició sus cotizaciones en CAJANAL en el año 1993, y que el 01-10-1996 se trasladó a Colfondos S.A.; *ii)* la AFP le informó que Cajanal se iba a acabar, que la plata se perdería y que allí se podría pensionar a cualquier tiempo, sin que le dieran información adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta sobre las consecuencias del traslado. Ni se le informó sobre el saldo que debía tener en su cuenta de ahorro individual, que tampoco cumplió con el buen consejo; *iii)* infructuosamente solicitó el traslado de régimen a Colpensiones.

**Colpensiones** al contestar la demanda se opuso a las pretensiones elevadas en su contra porque el demandante no se encuentra afiliado al RPM válidamente, máxime que optó voluntariamente por afiliarse al RAIS. En ese sentido propuso las excepciones de “*inexistencia de la obligación”* y “*prescripción”*.

A su turno, **Colfondos S.A.** se opuso a las pretensiones y en ese sentido adujo que no existió mal asesoramiento al demandante al momento del traslado, máxime que el mismo devino de su propia voluntad y no era beneficiario del régimen de transición, entonces tampoco ocurrió una omisión en la información. Por último, presentó las excepciones que denominó “*prescripción”,* “*buena fe”,* entre otras.

**2. Síntesis de la sentencia apelada**

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira declaró plenamente eficaz el traslado realizado el 03-07-1996 al RAIS, y en consecuencia denegó las pretensiones de la demanda y condenó en costas al demandante.

Como fundamento de tal determinación adujo en primer lugar que según la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia la acción que gobierna este tipo de procesos es la ineficacia. En ese sentido, explicó que en tanto el demandante no era beneficiario del régimen de transición, entonces ninguna consecuencia había tenido en su traslado del RPM al RAIS y se encontraba por ello, en la línea general probatoria de todos y cada uno de aquellos que se trasladaron, por lo que le correspondía acreditar la falta de información suministrada por el fondo de pensiones privado, sin que las pretendidas negaciones indefinidas contenidas en los hechos de la demanda alcanzaran a configurarse.

En efecto, argumentó la juzgadora que a partir del formulario de afiliación, la declaración rendida y de la confesión del demandante al absolver el interrogatorio se desprendía que sí había recibido información para efectos de realizar el traslado entre regímenes, más aún cuando el demandante al momento del traslado omitió brindar su real información laboral, pues solo indicó que era profesor catedrático de la UTP, cuando en realidad también prestaba sus servicios a la CARDER.

**3. Síntesis del recurso de apelación**

Inconforme con la decisión el demandante solicitó la revocatoria de la providencia, para lo cual argumentó por un lado, que la juzgadora no podía hacer alusión alguna al régimen de transición, porque no había sido solicitado en la demanda y por otro, que el fondo privado había generado un pánico económico en los trabajadores, porque anunciaba la liquidación definitiva de las entidades públicas existentes y por ende la pérdida de cotizaciones, evento que no ocurrió.

Además, resaltó que de la prueba testimonial se desprendía que el engaño al que fue sometido el demandante, pues no se informaron sus derechos para tomar una decisión informada, dado que las AFP tenían la obligación del buen consejo y en esa medida incluso debían desanimar a los trabajadores de realizar el traslado.

Por último, argumentó que el mínimo vital del demandante se ve afectado, pues en la AFP recibiría algo más de un salario mínimo, cuando requiere para su subsistencia alrededor de $4’000.000.

**CONSIDERACIONES**

**1. Del problema jurídico**

Visto el recuento anterior, la Sala formula el siguiente:

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

**2. Solución al problema jurídico**

**2.1.Fundamento jurídico**

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

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

Frente al tema de la ineficacia del traslado, sustentado en los artículos 13 literal b) y 271 inciso 1º de la Ley 100 de 1993, recientemente la SCL de la CSJ[[1]](#footnote-1) indicó que: ***i)***las AFP desde su creación tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional para que ellos pudieran adoptar una decisión consciente y libre sobre su futuro pensional; así, se inició con un deber de información necesaria, para pasar a la asesoría y buen consejo y finalizar en la doble asesoría.

***ii)***El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para acreditar que se brindó una información para que el afiliado tomara la decisión del traslado de manera libre y voluntaria, pues previo a este, aquel debía tener una ilustración de las “*características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado”.*

***iii)***La demostración del consentimiento informado en el traslado del régimen corresponde a la AFP, por un lado, porque cuando se afirma que no se recibió “*información veraz y suficiente”* implica una negación indefinida que solo puede desvirtuarla el fondo de pensiones a través de la prueba que acredite que cumplió con esta obligación; y por otro lado, la AFP tenía la obligación de conservar en sus archivos la documentación que soportara dicho traslado; por último, porque la AFP tiene como obligación principal brindar información. En ese sentido, según la interpretación de la Corte sobre el artículo 1604 del Código Civil, la AFP debe acreditar que realizó las actuaciones necesarias para que el afiliado conociera las implicaciones de su traslado.

***iv)***La acción ordinaria laboral impetrada para obtener el traslado de régimen, es la ineficacia o exclusión de todo efecto jurídico de tal acto, por lo que resulta errado abordar su estudio a través de las nulidades sustanciales y mucho más exigir la demostración de vicios en el consentimiento (error, fuerza o dolo), aunado a que la ineficacia es insubsanable por el paso del tiempo, sin parar mientes en que el afiliado tenga o no un derecho consolidado, o sea beneficiario o no de la transición pensional.

Los anteriores tópicos, que estructuran la jurisprudencia actual de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en torno a la ineficacia de traslados entre regímenes pensionales, es compartida parcialmente por esta Sala Mayoritaria, en tanto nos apartamos en su totalidad de los argumentos contenidos en los puntos ***ii)*** y ***iii)*** mencionados anteriormente.

En efecto, la intelección que se tiene, 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; escogencia que se verifica 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 de un lado en multas y de otro de vital importancia, dejar sin efecto la afiliación; en cuyo caso el trabajador podrá nuevamente elegir su régimen pensional en forma libre y voluntaria, sin que por esto recobre vigencia la afiliación anterior, pues ello no es el efecto jurídico de la ineficacia que trae el canon citado.

En ese sentido, frente al tópico *iii)* la carga de la prueba de ninguna manera puede recaer única y exclusivamente en la AFP, pues la interpretación que deriva la Corte Suprema del artículo 1604 del C.C. es inexacta en la medida que dicho articulado 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, tal obligación probatoria aparece como respuesta inmediata a alguien que previamente ha alegado el incumplimiento de una obligación por parte de su deudor, y por ello, 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, demostrar la obligación incumplida para que se presuma que se dio por culpa de la contraparte, quien en réplica de tal cuestionamiento tendrá la carga de acreditar la diligencia o cuidado en la obligación pactada. Solo así, podrá distribuirse la obligación probatoria.

Ahora bien, situación diferente ocurre cuando las pretensiones del proceso de ineficacia de la afiliación se fundan en una negación indefinida, esto es, cuando *“(…) no implique por el contrario la afirmación indirecta de un hecho concreto, pues de no ser así ya no revestirá el carácter de negación indefinida (…)”[[2]](#footnote-2).* Así, esta únicamente se concreta en la ausencia total de información, sin que la configure el que la parte actora exprese que “*la AFP no suministró información veraz y suficiente*” como se aduce en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia; expresión que lleva implícita que sí se le dio alguna información, solo que resultó engañosa e insuficiente, por lo que tiene la obligación de exponer qué fue lo que la AFP le informó, o cuál fue la información falsa, para que quede en evidencia qué faltó o dónde radicó el engaño; todo ello para trasladar la carga de probar a la AFP.

Entonces, para los procesos fundados en negaciones indefinidas reales corresponde de manera imperiosa a la AFP desvirtuar la misma, esto es, acreditar que el traslado estuvo precedido de suficiente información y por ende, el afiliado decidió libre y voluntariamente.

En conclusión, en los procesos tendientes a dejar sin efecto una afiliación hecha a cualquiera de los dos regímenes con el propósito de volver a elegir el que desee, esta vez, en forma libre y espontánea, deberá el afiliado demostrar imperiosamente que la AFP a la que se afilió incumplió en la etapa precontractual con su obligación principal, consistente en brindarle la información oportuna, 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.

En ese sentido, probado que la AFP incumplió tal obligación 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 tal como lo exige la jurisprudencia en punto compartido por esta Sala, 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).

La reciente jurisprudencia también compendió en tres etapas evolutivas el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones[[4]](#footnote-4), de la que únicamente resaltaremos la primera, por ser atinente a los hechos escrutados.

Así, una primera etapa que refiere únicamente del “*deber de información”* que inicia con la creación de la Ley 100/1993 en la que la obligación de información se circunscribe a la “*ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”.*

Sin embargo, tal obligación de información no despoja al trabajador del deber de un mediano empeño en participar en la elección del régimen, máxime cuando escoge el RAIS; comportamiento que debe también ser valorado, dada la necesidad de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema de prima media, para evitar la descapitalización del fondo común que lo compone, pues permitirle a una persona adoptar el RPM, en razón a la supuesta ineficacia, sin hacerse responsable de sus decisiones, contando con menos de 10 años para alcanzar la edad para pensionarse, por lo mismo que no contribuyó con 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, pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable de los demás cotizantes; además de trasgredir la cláusula constitucional contenida en el art. 95 y el principio de eficiencia pensional. En este sentido se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C-1024/2004, a propósito de la constitucionalidad del artículo 2º de la Ley 797/2003 que limita el traslado entre regímenes.

Lo dicho adquiere más significado, si en cuenta se tiene que al sancionarse con la ineficacia el negocio jurídico de afiliación celebrado entre el actor y la AFP, quien realmente sufre los efectos es Colpensiones, tercero que no participó tan siquiera en la etapa precontractual indispensable para que el afiliado fuera debidamente informado, y quien además, deberá asumir la carga impositiva que deviene de un nuevo afiliado, para lo cual deberá echar mano de los recursos habidos en el fondo común en el que participan todos los afiliados al RPM y que puede llegar a poner en riesgo la garantía del derecho pensional de los actuales y futuros afiliados que sí han contribuido a formar el fondo común, al permitir que sus aportes por más de 10 años hayan conformado las pensiones de otros afiliados. Todo lo anterior en tanto a nadie le está permitido abusar de sus derechos.

Por último, y si en gracia de discusión se aceptara tal inversión de la carga de la prueba bajo las presuntas *reglas de justicia* que alude la Sala Laboral de la Corte Suprema “*en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en un aposición probatoria complica* (…) *el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar”*, es preciso resaltar que la misma no podría sorprender a la AFP demandada al momento de dictar la sentencia, pues resulta propicio de conformidad con el inciso 2º del art. 167 del C.G.P. que el juez distribuya tal carga probatoria al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento, pero previo al fallo, de tal manera que se comunique a la AFP la exigencia de probar determinado hecho (información suministrada); que a juicio de la Sala Mayoritaria resulta desacertado pues tales administradoras no necesariamente tienen en su poder material probatorio adicional al formulario de afiliación, pues rememórese que para la primera etapa evolutiva del deber de información, ninguna normativa exigía a dichas entidades dejar registro del proceso de asesoría mas que el formulario en mención, y por ello, mal podría la jurisdicción exigir única y estrictamente a la AFP que allegue tal documental en una clara trasgresión a la cláusula constitucional 6º, que solo reprende a los particulares por infringir la constitución o las leyes.

En cuanto al tópico ***ii),*** es preciso insistir que de no desconocerse o tacharse el formulario de afiliación este se presume auténtico por lo que permite inferir en principio que la información se brindó de manera suficiente y veraz (art. 244 y 269 del C.G.P.); formularios que cuentan con los datos que para esa época (primera etapa evolutiva) eran los exigidos por la Ley dejar en él, conforme a las directrices previstas en el Decreto 692 de 1994 a través del cual se reglamentó en lo pertinente la Ley 100/93 (ignorarlo atentaría con el principio de confianza legítima del fondo de pensiones), es más, el artículo 114 de la Ley 100/93 requiere apenas como requisito para que ocurra el traslado que el afiliado presente a la administradora la comunicación escrita de que al seleccionar dicho régimen lo hizo de manera libre, espontánea y sin presiones.

Lo anterior se afirma dado que la suscripción de dicho documento implica la selección del RAIS, que lleva consigo la aceptación de las condiciones propias del régimen conforme a lo señalado en el artículo 11 Decreto 692/94 al decir “*la selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste (…)”*; lo que necesariamente supone que se le brindó la información para llegar a adoptar tal decisión, pues la regla de la experiencia enseña que se acepta lo que se conoce; de tal manera que esa firma constituye un indicio de que la AFP, a través de sus asesores, dio cumplimiento a su obligación de información; por lo tanto, el formulario firmado es la prueba indiciaria del cumplimiento de las AFP, y no como lo afirma la SCL de la CSJ que solo da cuenta de que fue libre y voluntaria, pues con ello se desconoce el artículo antes referido y las reglas que se fijaron para cumplir tal acto jurídico.

**2.2. Fundamento fáctico**

**2.2.1.** Rememórese que Rubén Darío Moreno Orjuela pretende invalidar el traslado ocurrido el 01-10-1996 del RPM al RAIS (fl. 2 c. 1), del que da cuenta el formulario suscrito ante Colfondos S.A. el 03-07-1996 (fl. 111 c. 1), por lo que se procede a verificar si el demandante fue informado de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos del régimen pensional, que le permitiera tomar una decisión consciente y libre sobre su futuro pensional.

En efecto, lo que se demostró es que el traslado y selección del RAIS estuvo precedido de la oportuna y debida asesoría, pues ello se desprende de la firma que estampó en el formulario de traslado entre regímenes. Así, para el 03-07-1996 se realizó la “*solicitud de vinculación”* a Colfondos S.A. (fl. 111 c. 1), formulario que cuenta con la información exigida, como se explicó en precedencia.

Conocimiento que tenía el demandante de las características, condiciones, ventajas y desventajas que se confirma al rendir el interrogatorio de parte, pues allí confesó que asistió a diversas reuniones en las que los diferentes fondos de pensiones existentes para la época daban información sobre las características del RAIS, concretamente relató que le informaron que se podía pensionar de forma anticipada; que la pensión a obtener dependía de sus ahorros para que fuera igual o mejor que la que daría el RPM; que para el momento en que se fuera a jubilar si lo que tenía ahorrado no era favorable entonces se le devolvería el dinero más los intereses; que en caso de fallecimiento el capital quedaría para sus hijos, y como tenía una hija, dicho factor lo movilizó a cambiarse y también manifestó que le indicaron que podía realizar ahorros voluntarios para mejorar su pensión, aunque adujo que esto último era un espejismo porque debía pagar diversas obligaciones por lo que nunca pudo hacer aportes adicionales.

Por otro lado, aseguró que había elegido a Colfondos S.A., entre las diversas AFP que asistieron, porque era la que mayor seguridad le daba, y que tan solo hace 5 años fue a dicho fondo para conocer sobre su “jubilación”, momento en el que le informaron que la mesada iba a ser de $800.000, valor frente al que tiene inconformidad. Así, relató que para la época del traslado su interés no era pensionarse, sino trabajar y por eso no fue al ISS para obtener información, máxime que le indicaron que este desaparecería.

Además, se cuenta con el testimonio de María Doris Duque, compañera de trabajo del demandante en la CARDER, quien narró que recibieron asesorías grupales de todos los fondos existentes, y que luego pasaban por el lugar de trabajo de cada uno. Reuniones en las que les informaban de las pensiones anticipadas; de que en caso de muerte el dinero podía ser reclamado por la familia; de la posibilidad de retirar el capital, aunque relató que no les realizaban las proyecciones pensionales y que el ISS se extinguiría.

Derrotero probatorio que permite concluir en primer lugar que, Rubén Darío Moreno Orjuela contaba con la información de las características del RAIS, presupuestos indispensables para tomar una decisión basada en las condiciones y beneficios que le reportaría desde su traslado a este en el año 1996, pues aceptó que conocía los pormenores de este, en tanto sabía de la posibilidad de acceder a la pensión de forma anticipada, de aumentar su capital, de trasmitir sus ahorros a su masa herencial u obtener la devolución de saldos.

En segundo lugar, de la declaración de su compañera de trabajo se desprende que durante la asesoría realizada por la AFP recibieron la información sobre las características del RAIS y si bien les indicaron que el ISS se extinguiría, dicha información no puede considerarse engañosa, pues para nadie es un secreto que por la entrada en operación de los fondos privados y la competitividad que se emprendió entre esas entidades, financieramente el ISS se vio afectado, tanto así que se dio paso a una nueva entidad – Colpensiones - y pese a ello, permanecieron en el RAIS.

Aunado a lo anterior, resulta importante resaltar que tanto ostentaba el demandante la información necesaria, suficiente y veraz frente a las características del RAIS que permaneció voluntariamente y sin reparo afiliado allí desde 1996 hasta hace 2 o 3 años para la época del interrogatorio (2018), momento en la que solicitó a Colfondos S.A. información final para su “*jubilación”*, tal como lo aseveró en el interrogatorio de parte, ello debido a que la jefe de recursos humanos le dijo que ya había alcanzado 20 años de servicio público. Comportamiento del que se desprende su conformidad con el régimen en el que se encontraba y solo ahora después de más de 20 años, en vía judicial, se duele del valor a recibir, pues su inconformidad con el régimen únicamente radica en el monto de su mesada pensional, a pesar de que sabía que dicho valor dependía de los ahorros realizados, de manera tal que no podía esperar a modo de sorteo o lotería, que su mesada pensional alcanzara niveles superiores, si durante su vida laboral no realizó aportes adicionales y superiores para obtener tal resultado.

Ahora estándose frente a una persona que no fue beneficiaria del régimen de transición[[5]](#footnote-5) y que estuvo afiliado al RPM al menos por más de 3 años (fl. 18 c. 1), permite deducir su conocimiento de este, por lo que mal podía exigírsele a la AFP privada desanimar en un primer momento al demandante de su traslado al RAIS, pues su bajo número de cotizaciones no implicaba una expectativa legítima; menos aún que con el traslado existiera consecuencia alguna, 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 como pudo el mismo demandante percibir al poder comparar las características, condiciones y ventajas que venía recibiendo en el RPM, con la recibida en el RAIS; 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 en el momento de la escogencia del RAIS en el año 1996 se circunscribía a informar al afiliado de las características, condiciones y ventajas del RAIS, 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, como lo pretende el apelante ahora; en primer lugar, porque según la jurisprudencia ya citada, dicha obligación solo apareció con la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, y en segundo lugar, ello implicaría usurpar la voluntad del afiliado, única persona que después de conocer las características del régimen podrá sopesar si la escogencia del RAIS resulta adecuada o atractiva para el florecimiento de su vida; pues al gozar de capacidad de ejercicio, quien celebra el contrato de afiliación está en condiciones de entender las incidencias de la escogencia a partir de la información que ha recibido.

De otro lado, llama la atención a la sala que si bien el demandante adujo en el interrogatorio que el asesor le informó que su pensión sería allí mayor, es preciso anotar que los cálculos del valor de la pensión solo aparecieron con la Ley 1748 de 2014[[6]](#footnote-6) y el Decreto 2071 de 2015[[7]](#footnote-7), y de haberlos hecho, sin que en la actualidad correspondan a la mesada pensional obtenida, ello no podría configurar una ausencia de información, pues se trataría de una proyección recreada con meras conjeturas. Situación que incluso se reconoce en la normativa en cita, pues tal proyección no es un derecho consolidado, al basarse en hechos futuros probables, que pueden no darse. Puestas de ese modo las cosas, se desprende que la información suministrada al demandante fue oportuna, transparente, clara, completa y veraz.

Con lo anterior, lo que se demuestra es que la parte actora pretendió acondicionar una versión que se ajustara a los presupuestos legales que regulan la ineficacia del traslado entre regímenes, para corregir su pasividad e incuria con el propósito de retornar al RPM, pues se le brindó la información completa para que tomara su decisión, por lo que mal puede decirse que se le desconoció su derecho a la libre escogencia.

**CONCLUSIÓN**

Conforme lo expuesto, la decisión revisada será confirmada. Costas a cargo del demandante y a favor de las demandadas, ante la resolución desfavorable del recurso de apelación.

**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: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 5 de julio de 2018 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Rubén Darío Moreno Orjuela** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES y Colfondos S.A.**

**SEGUNDO:** Costas a cargo del demandante y a favor de las demandadas.

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se eleva y firma esta acta por las personas que han intervenido.

Quienes integran la Sala,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Ponente

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Magistrado Magistrada

Aclaración de voto Salvamento de voto

1. SL4964 del 14/11/2018, radicado 54814, SL1452 del 03/04/2019, radicado 68852 y SL1688 del 08/05/2019. [↑](#footnote-ref-1)
2. Parra, Quijano, J. “*Manual de Derecho Probatorio”,* Ediciones del Profesional Ltda., Sexta Edición, 2007, pp. 148. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sent. Cas. Civ. de 15/11/2017, SC18476-2017. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sent. Cas. Lab. de 03/04/2019, SL1452-2019. [↑](#footnote-ref-4)
5. A la vigencia del régimen contaba con 35 años de edad (fl. 14 c. 1) y 35 semanas (fl. 18 c. 1). [↑](#footnote-ref-5)
6. Artículo 2, parágrafo 2º [↑](#footnote-ref-6)
7. Artículos 2.6.10.2.3. y 2.6.10.4.3 [↑](#footnote-ref-7)