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, 26 de junio de 2019

Radicación No: 66001-31-05-004-2017-00270-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: María Isabel Pareja Galvis

Demandado: Colpensiones y Protección SA

Juzgado de origen: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**TEMAS: TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL / INEFICACIA / DEBER DE INFORMACIÓN / REQUISITOS / CARGA PROBATORIA INCUMBE AL FONDO DE PENSIONES.**

Para empezar, es menester precisar que esta Sala de Decisión por mayoría de sus integrantes, ha sido partidaria de analizar la eficacia del traslado entre regímenes, como un acto independiente, que surte efectos, indistintamente, de la calidad o no de beneficiario del régimen transicional que ostente el afiliado, acorde con la postura asumida por el órgano de cierre, mediante sentencia SL4964/18, 14 noviembre de 2018, radicación 54814. (…)

… esta disposición (el artículo 13 de la Ley 100 de 1993) solo consagra las condiciones formales para que tenga efectos la afiliación, más no regula las condiciones materiales del traslado entre uno y otro régimen. Este tópico se encuentra disciplinado en el Decreto 720 de 1994 (que entro en vigencia el 07 de abril de ese año), sobre la forma, condiciones y obligaciones que tienen los promotores, intermediarios y asesores de los fondos de pensiones, en el marco de lo indicado en los artículos 105 y 287 de la Ley 100 de 1993. (…)

… el artículo 10 del Decreto mencionado reza:

“RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES. Cualquier infracción, error u omisión -en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados- en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelante de sus labores de promoción…” (…)

Detállese que con arreglo a dicho cuerpo normativo, milita disposición expresa que manda el deber de las AFP por medio de sus promotores, en dar una información suficiente, amplia y oportuna a los posibles afiliados, cuerpo normativo que debe enlazarse, para fijar qué información cumple con las características antes nombradas, con el artículo 97 del Estatuto Orgánico Financiero…

Así pues, refulge evidente que desde la misma entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se estableció el deber de información suficiente, precisa y completa que debe dar la AFP a sus usuarios, en especial cuando estos están estudiando la posibilidad de trasladarse, cuya omisión, acarrea en términos de la parte final del canon 271 de la obra en mención, esto es “La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador”, es decir, el traslado se tornará en ineficaz, retrotrayendo las cosas al estado anterior al mismo. (…)

Puestas las cosas de esta manera, no resulta suficiente la regla universal de la carga de la prueba, canon 167 del Estatuto General del Proceso, como tampoco, la regla según la cual las afirmaciones y negaciones indefinidas no requieren prueba. (…)

Ante tal panorama, resulta aplicable a este caso, el inciso final del canon 1604 del CC, que en su tenor literal establece: “La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo…”. Por tanto, son las AFP las llamadas a demostrar que actuaron conforme a esa diligencia o cuidado exigido para su cargo, acreditando mediante los medios probatorios pertinentes que brindaron la información suficiente, clara y precisa al usuario, para que éste tome la decisión de manera consciente, informada, libre y voluntaria.

**SALVAMENTO DE VOTO: DOCTOR JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Con el respeto que corresponde, me aparto de la decisión acogida por las compañeras de Sala.

Desde ya dejo en evidencia que conozco la jurisprudencia vigente emanada de la Sala de Casación Laboral y que se condensa en las sentencias SL1452 de 3 de abril de 2019 radicación Nº 68852 y SL1689 radicación 65791 de 8 de mayo de 2019, ambas con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en la primera de las cuales, entre otras cosas se señala que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para establecer que hubo un consentimiento informado y que en este tipo de eventos existe una inversión de la carga de la prueba si los actores alegan no haber recibido la información necesaria para escoger el nuevo régimen; mientras que en la segunda se resalta la autonomía de las normas laborales y de la seguridad social que impiden, para la solución de los conflictos que le corresponden, la aplicación de lo dispuesto en otros ordenamientos, haciéndose especial hincapié en la imprescriptibilidad del derecho pensional.

No obstante, tales líneas jurisprudenciales considero del caso, con base en la sentencia C-836 de 2001, apartarme de ellas, para lo cual expongo de manera razonada la argumentación jurídica que me lleva a tal alejamiento.

Para el efecto, en primer término debe ponerse de relieve que el análisis en este tipo de asuntos requiere inexorablemente la determinación de si, los intereses económicos particulares que se reclaman a título de pretensiones, tienen soporte legal en nuestro sistema jurídico pensional en general y en el régimen de obligaciones y cargas vigentes en nuestro territorio.

Como quiera que son tantos y tan contundentes los motivos que a mi juicio impiden conceder las solicitudes de la demanda, a continuación se enuncian tres diferentes grupos de razones que se consideran, cada una sola o en conjunto con las demás, con peso suficiente para arribar a tal negativa.

1. CONFIGURACIÓN LEGAL DUAL VIGENTE DEL SISTEMA PENSIONAL

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

3. LOS ACTOS JURÍDICOS Y SU VALIDEZ

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

****

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

En Pereira, a los veintiséis (26) días del mes de junio de dos mil diecinueve (2019), siendo las ocho de la mañana (8:00 a.m.), las Magistradas y el Magistrado ponente, de la Sala de Decisión N. 3 de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, declaran abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en contra de la sentencia proferida el 25 de julio de 2018 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **María Isabel Pareja Galvis**contra la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** y la **AFP Protección S.A.**

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

**ANTECEDENTES**

Persigue la demandante que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual efectuado por ella a través de la AFP Protección S.A. y, en consecuencia, pide que se ordene a ese fondo privado a trasladar a Colpensiones la totalidad de los saldos depositados en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos intereses y rendimientos, y que se condene a ambas accionadas al pago de las costas procesales a su favor.

Como fundamento a esos pedimentos, expone que nació el 11 de diciembre de 1964; que el 1º de enero de 1993 se afilió a la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal; que el 18 de mayo de 1996 suscribió formulario de afiliación con la AFP Colmena hoy Protección S.A., empero que, no recibió por parte del asesor comercial la información clara y completa, puesto que se omitió realizar un estudio concreto sobre las ventajas y desventajas que traería su traslado de régimen; que pese a que intentó retornar al RPM, el 25 de noviembre de 2016 Colpensiones le negó la solicitud de traslado, argumentando que se encontraba a menos de diez años para pensionarse; que la AFP Protección S.A. en respuesta al derecho de petición presentado, le indicó que no tenía ningún soporte físico de la asesoría brindada, por cuanto la misma se daba en forma verbal; que esa entidad hizo la proyección de la mesada pensional con efectividad al cumplimiento de los 57 años de edad, arrojando la suma de $742.256; mientras que en el RPM el monto de su pensión sería de $1.982.114, según sus propios cálculos.

Colpensiones contestó a través de su vocero judicial, oponiéndose a las pretensiones y formulando como excepciones de fondo “Inexistencia de la obligación”, “Buena fe”, “Imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas”, y “Prescripción”, ver folios 75 a 79.

Por su parte, la AFP Protección S.A. se opuso igualmente a los pedimentos de la demanda y en su defensa propuso como excepciones de fondo las de: “Prescripción”, “Buena fe”, “Compensación”, “Exoneración de condena en costas”, “Ausencia de sujeto susceptible de beneficio del régimen de transición”, “Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Inexistencia de la obligación”, “Falta de causa para pedir”, “Inexistencia de la fuente de la obligación”, “Inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad”, “Ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados a la actora por parte de esta entidad llamada a juicio” y “Afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado”, ver folios 159 a 194.

El juez de conocimiento profirió sentencia el 25 de julio de 2018, en la que negó las pretensiones de la demanda, al considerar que la afiliación de la actora al RAIS fue realizada bajo los parámetros legales, puesto que no quedó demostrado que la información que le fue brindada al momento del traslado fue equivocada o mentirosa, y menos aún, que sufrió alguno perjuicio o lesión, para lo cual citó y trajo a colación varias decisiones de este Tribunal en acopio de los pronunciamientos del órgano de cierre de esta especialidad laboral.

Inconforme con lo decidido, la vocera judicial de la parte actora se alzó contra la decisión en orden a que se revoque y se acceda a las pretensiones. En la sustentación, indicó básicamente que el fondo privado vulneró el derecho de la actora de optar libremente por uno de los regímenes pensionales, puesto que no cumplió con el deber de información tal como quedó demostrado con las probanzas traídas al plenario.

Nota: Por lo reglado en el inciso final del artículo 280 del Código General del Proceso, de aplicación por la integración normativa autorizada por el artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social, no es necesario que la Sala se extienda en mayores prolegómenos de este litigio, más cuando son ampliamente conocidos por las partes.

**IV. CONSIDERACIONES:**

**Competencia.**

Es esta Sala de Decisión competente para desatar la alzada, en virtud del factor funcional, establecido en el artículo 15, literal b numera 1º del CPLSS.

**Problema jurídico.**

Visto el recuento anterior, la Sala formula el problema jurídico en los siguientes términos:

¿Qué deberes tienen las AFP respecto de sus usuarios a la hora de indagar estos por su traslado y quién debe acreditar su cumplimiento o falta del mismo?

¿Hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la actora el 01 de abril de 1996 de Cajanal a la AFP Colmena AIG hoy Protección S.A.?

***Alegatos en esta instancia:***

En este estado de la diligencia, alegan los voceros judicial, si asistieron y si es su voluntad hacerlo. Escuchadas las anteriores intervenciones que reflejan los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir de fondo, previa las siguientes:

***Solución a los problemas jurídicos planteados.***

**Ineficacia del traslado. Procedencia.**

Para empezar, es menester precisar que esta Sala de Decisión por mayoría de sus integrantes, ha sido partidaria de analizar la eficacia del traslado entre regímenes, como un acto independiente, que surte efectos, indistintamente, de la calidad o no de beneficiario del régimen transicional que ostente el afiliado, acorde con la postura asumida por el órgano de cierre, mediante sentencia SL4964/18, 14 noviembre de 2018, radicación 54814.

Ello por cuanto, el acto de traslado, tanto en el evento de afectarse o no el mentado sistema de protección de expectativas legítimas, debe estar precedido –en todos los casos- de unas condiciones y características propias, como el ser ejecutado de manera libre, consciente y voluntaria y, además, con una información suficiente y clara que le permita al afiliado arribar a la conclusión de que el traslado es la mejor opción para su plan de vida. Y la ausencia de tales características, constituye por sí solas una lesión injustificada del ejercicio del derecho a la seguridad social, pues el incumplimiento del deber de buen consejo por parte de la AFP, impide que el afiliado adopte una decisión suficientemente informada.

 Sucede, que, en eventos en los que se pierde el régimen de transición, resulta más notoria la afectación del derecho a la seguridad social en pensiones, dado que tan nefasta consecuencia, que por obra del traslado le hace perder la opción de pensionarse conforme a las pautas anteriores a la ley 100 de 1993, no es más que la sumatoria de un ingrediente, mediante el cual se patentiza la falencia del deber de la decisión informada, en cuanto a la calidad, contenido y alcance de la información, mas no constituye el único parámetro determinante y diferenciador, en orden a sopesar la genuina orientación del asesor experto, encaminada hacia una decisión que consulte el verdadero interés o conveniencia del afiliado, so pena de endilgársele de ineficacia a tal asesoría. Tal postura se ha acogido de manera reiterada por mayoría de esta Sala, en pronunciamientos tales como: 004-2017-00137, 003-2017-00327, entre otros, los cuales se ratifican en este proveído.

Así las cosas, la eficacia del traslado es un aspecto que se examina de manera independiente, al hecho de que se pertenezca o no al régimen de transición y, por tanto, es desde la óptica del cumplimiento o no de las obligaciones propias de las AFP respecto a sus usuarios y la posibilidad de estos de adoptar una decisión debida y suficientemente informada, la vía por la que se deberá examinar la cuestión de la migración entre regímenes pensiónales.

**Deberes probatorios.**

Para enfocar el estudio del presente asunto, es menester entrar a analizar las normas que establecen lo tocante al traslado entre regímenes pensionales y las condiciones necesarias para que el mismo opere de manera eficaz.

La primera, consiste en el canon 13 literal e) de la ley 100 de 1993, otorga la posibilidad de escoger libremente el régimen de pensiones deseado, y que una vez efectuada esa elección, deberá permanecer en el régimen escogido por un término mínimo de cinco años aunada, la limitación absoluta, en cuanto al traslado de aquellas personas que les faltare menos de 10 años para alcanzar la edad de pensionarse, desarrollada en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, que establece las condiciones necesarias para la afiliación, los elementos que deben contenerse en el formulario y las consecuencias de la falta de alguno de dichos requerimientos.

Empero, esta disposición solo consagra las condiciones formales para que tenga efectos la afiliación, más no regula las condiciones materiales del traslado entre uno y otro régimen. Este tópico se encuentra disciplinado en el Decreto 720 de 1994 (que entro en vigencia el 07 de abril de ese año), sobre la forma, condiciones y obligaciones que tienen los promotores, intermediarios y asesores de los fondos de pensiones, en el marco de lo indicado en los artículos 105 y 287 de la Ley 100 de 1993. Tal Decreto, en su canon 12 establece lo siguiente:

*“OBLIGACION DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones****deberá suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación****, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado”-negrillas para destacar-.*

Igualmente, el artículo 10 del Decreto mencionado reza:

*“RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES. Cualquier infracción, error u omisión -en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados- en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad****compromete la responsabilidad de la sociedad administradora****respecto de la cual adelante de sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones” –negrillas para destacar.*

Detállese que con arreglo a dicho cuerpo normativo, milita disposición expresa que manda el deber de las AFP por medio de sus promotores, en dar una información suficiente, amplia y oportuna a los posibles afiliados, cuerpo normativo que debe enlazarse, para fijar qué información cumple con las características antes nombradas, con el artículo 97 del Estatuto Orgánico Financiero, en su redacción original (vigente para el momento del traslado), que establece en su tenor literal:

*“1. Información a los usuarios. Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas."*

De tal suerte que sus características pasan por: (i) brindar todos los elementos de juicio claros y objetivos, (ii) consistente en el abanico de beneficios y costos para adoptar la decisión de escoger uno u otro régimen pensional (iii) no bastando la mera enunciación de las normas de seguridad social contenidas en la Ley 100 de 1993 y sus modificaciones, pues ellas de suyo deben ser conocidas por el usuario, conforme a la presunción establecida en el artículo 9º del Código Civil, (iv) debe poseer una envergadura o entidad mayor abarcando, las posibles consecuencias de dicha decisión cual lo previo el Decreto 2241 de 2010, la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015, entre otras, posteriores al caso que ocupa la atención de la Sala.

La anterior positivización de las obligaciones puntuales de las AFP sobre asesoría e información a sus usuarios, no puede entenderse como ausencia de legislación anterior al respecto, puesto que, como se vio líneas atrás, existían normas que con un carácter más general, indicaban el deber de las AFP y sus promotores de brindar una información suficiente, precisa y plena para que el usuario tomará una decisión debidamente informada. Tal compendio normativo, como ya se dijo, está constituido por el Decreto 720 de 1994, artículos 10 y 12, Decreto   663 de 1993 (Estatuto Orgánico Financiero) y, obviamente, la misma Ley 100  de 1993 artículo 13 literal e, que lleva incito el deber de información de los administradores del sistema respecto a sus usuarios.

Y esa información, necesariamente implicaba poner en conocimiento del usuario la mayor cantidad de elementos, características, situaciones e hipótesis, que le permitieran alcanzar (i) un nivel de información suficiente para adoptar una decisión informada con total consciencia de sus efectos, (ii) con certeza absoluta de los pros y contras de la misma, (iii) idea cercana de los beneficios que para el afiliado y su grupo familiar acarrearía tal determinación, (iv) los costos necesarios para su obtención y (v) los demás aspectos intrínsecos y extrínsecos, insistiéndose en que no bastaba con una mera información genérica.

Y así lo ha entendido la jurisprudencia del órgano de cierre de la jurisdicción laboral de antaño, pues ha indicado la necesidad de que las entidades administradoras de pensiones informen suficientemente a los usuarios respecto a la toma de decisiones, especialmente aquellas atinentes al cambio de régimen pensional, tal como se puede evidenciar en sentencias del 9 de septiembre de 2008, Radicación 31989 y 31314 y sentencia del 22 de noviembre de 2011, Radicación 33083, SL12136-2014 de septiembre 3 de 2014. Radicación 46292, siendo pertinente citar un aparte de esta última decisión por su claridad:

*“A juicio de esta Sala no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las administradoras de fondos de pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito”.*

Así pues, refulge evidente que desde la misma entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se estableció el deber de información suficiente, precisa y completa que debe dar la AFP a sus usuarios, en especial cuando se está estudiando la posibilidad de trasladarse, cuya omisión, acarrea a términos de la parte final del canon 271 de la obra en mención, esto es *“La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador”*, es decir, el traslado se tornará en ineficaz, retrotrayendo las cosas al estado anterior al mismo.

Esclarecida la existencia del deber legal de las AFP y sus promotores en dar información a sus usuarios y las consecuencias de la falta de dicha información, es del caso entrar a estudiar el aspecto probatorio del mismo, pues tal debate, fue esencial para que en el sub-lite, se negaran las pretensiones de la demanda en primera instancia.

Puestas las cosas de esta manera, no resulta suficiente la regla universal de la carga de la prueba, canon 167 del Estatuto General del Proceso, como tampoco, la regla según la cual las afirmaciones y negaciones indefinidas no requieren prueba.

Ambas reglas probatorias, no tendrían su campo de aplicación en el marco de la seguridad social, en cuanto al tema del deber de información de las AFP respecto a las consecuencias del traslado del afiliado al sistema pensional, habida cuenta de que tales obligaciones se dan en el marco de un contrato de aseguramiento de riesgos, como lo son la vejez, la invalidez o la muerte, ejecutado en desarrollo de un derecho fundamental como es el de la seguridad social y enmarcado en una serie de principios, siendo uno de ellos el de la dignidad humana –art.1º L. 100/93-, cumple decir, que las obligaciones que adquiere allí el deudor poseen un carácter especialísimo, que implican tener una especial diligencia y cuidado en su gestión, pues de no exigirse así se sacrificarían caros principios y derechos fundamentales de los asociados, como el ya mencionado o el acceso a un mínimo vital y móvil o similares. Por eso, al tener en custodia derechos de un valor tan grande como los indicados, las AFP deben obrar con especial atención a sus deberes, ser sumamente acuciosas con la asesoría que brindan y, en general, adelantar todas aquellas gestiones que sean necesarias para el bienestar de sus afiliados, para el logro de la materialización de sus derechos.

Ante tal panorama, resulta aplicable a este caso, el inciso final del canon 1604 del CC, que en su tenor literal establece: *“La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo…”*. Por tanto, son las AFP las llamadas a demostrar que actuaron conforme a esa diligencia o cuidado exigido para su cargo, acreditando mediante los medios probatorios pertinentes que brindaron la información suficiente, clara y precisa al usuario, para que éste tomara la decisión de manera consciente, informada, libre y voluntaria.

Analizando este aspecto en el sub-lite, es menester precisar que la demandante se trasladó al RAIS el 28 de marzo de 1996 cuando se afilió a la AFP Colmena, según formulario de afiliación visible a folio 18 de la actuación.

Pues bien, se duele la parte actora en la demanda de la ausencia de información que se le dio al momento del trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, posición que es ratificada en el interrogatorio de parte, en el que indicó que recuerda que el asesor de Colmena le dijo que la pensión en el fondo privado iba a ser superior a la que recibiría en el Seguro Social, situación que resultó no ser cierta, puesto que algunos de sus compañeros que salían pensionados obtenían un valor realmente muy bajo, del salario mínimo, pese a que tenían salarios muy altos; y que además el asesor le dijo que si una vez cumplía la edad, decidía retirarse, le podían entregar a ella o a su hija todo el capital ahorrado en la cuenta individual.

El fondo de pensiones convocado al proceso, Protección S.A. no trajo al proceso algún medio de convicción que permita evidenciar que a la señora Pareja Galvis se le suministró una información veraz, suficiente, clara y precisa, sobre las consecuencias positivas y negativas del traslado de régimen pensional que efectuó en el año 1996. Y, como quedó visto líneas atrás, le incumbía a la mentada entidad acreditar y demostrar suficientemente ese deber de información, por ser un asunto de su responsabilidad como administrador del derecho pensional de la demandante. No puede, como lo hace el a-quo, imponer al afiliado tal deber probatorio de demostrar la incuria o la falta de diligencia o cuidado con que actuó el Fondo, porque primero, como se vio en el sustento normativo referido tal deber le incumbe a quien debió emplear tal cuidado y diligencia y segundo, porque el afiliado no está en condiciones de traer prueba de ello, estando en una clara desventaja frente a la entidad administradora quien es la que conoce el tema, capacitó a sus asesores, dio las directivas sobre la información a suministrar, etc., por lo que exigirle tal probanza sería someterlo a una prueba imposible.

Es necesario que el operador jurídico efectúe una ponderación de las cargas que le debe incumbir a cada extremo del litigio, no basándose simplemente en la regla general, de manera irrestricta, sino que, verificando realmente las posibilidades de uno y otro, de acreditar determinados supuestos de hechos (inc. 2º art. 167 del CGP), pues hacer lo contrario, sería volver al Juez al estado de ser la boca que pronuncia las palabras de la ley, sin análisis alguno.

De otra parte, cabe agregar que las entidades demandadas –Protección SA y Colpensiones- en cumplimiento al decreto oficioso de pruebas que realizó esta Colegiatura el 29 de enero del año en curso, allegaron la proyección de la mesada pensional de la señora Pareja Galvis en uno u otro régimen pensional, de donde se infiere que la actora, de haber permanecido en el RPM administrado por Colpensiones, alcanzaría a sus 57 años una mesada pensional de $2`461.323, al paso que en el RAIS contaría con el capital necesario para acceder a una mesada aproximada de $828.116, por garantía de pensión mínima, ver fls.10 a 18 Cdno. 2º Inst.

Por lo tanto, encuentra la Sala mayoritaria en este caso, que el fondo privado demandado no demostró haber dado la información necesaria, clara y suficiente para que la señora María Isabel Pareja Galvis pudiera ejercer o no su derecho a la libre escogencia, de manera informada. Por lo tanto, atendiendo lo normado en la parte final del inciso primero del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el traslado acaecido materialmente el 01 de abril de 1996, es ineficaz, debiendo por tanto revocarse la decisión del a-quo.

Siendo así las cosas, la consecuencia ineludible es que recupere validez la afiliación en el régimen de prima media, administrado actualmente por Colpensiones, misma que no tendrá solución de continuidad.

En consecuencia, se ordenará a la AFP Protección S.A. que en el término de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta sentencia, proceda a trasladar la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la actora, con sus respectivos rendimientos, frutos e intereses, a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones. Y a esta última entidad, a aceptar traslado de la actora al de prima media con prestación definida, como actual administradora del régimen de prima media o de reparto simple.

**Prescripción.**

Por último, se analizará el tema de la excepción de prescripción propuesta por Protección S.A. desde la óptica del canon 1750 del CC y el canon 151 del CPLSS.

En cuanto a la aplicación del artículo 1750 del Código Civil, ha de decirse que su contenido establece que el plazo para interponer la acción rescisoria del acto o contrato es de máximo cuatro años contados a partir de la celebración del mismo, resulta imperativo recordar que, esta Sala ha venido sosteniendo que tal disposición es improcedente en materia de seguridad social, como quiera que el término preclusivo resulta regresivo y, contrario al ordenamiento superior, concretamente, a los principios consagrados en el artículo 48 de la Carta Política, que ampara a la seguridad social como un derecho irrenunciable y tiene como uno de sus báculos el principio de progresividad (SL 5470, sentencia de 30 de abril de 2014, radicación 43892), a lo que se le debe agregar que se ubica en el régimen de nulidades reglado por el ordenamiento jurídico ordinario, al paso que el fenómeno presentado en el sub-lite, se inscribe en la ineficacia como de manera uniforme y reiterada lo ha decantado el órgano de cierre de la especialidad laboral a propósito de lo disciplinado en el artículo 13 lit.b) y el precepto 271 de la Ley 100/93, por lo que equivocada resulta la invocación de la disposición que no tocan con la ineficacia que es lo que precisamente se ha encontrado en este asunto.

En cuanto al canon 151 del CPLSS, dígase que si bien sería la norma aplicable al caso, lo cierto es que no resulta posible aplicar el lapso prescriptivo en este caso, amén que el traslado y su eficacia es un aspecto que íntimamente está ligado al derecho pensional, pues no hay duda que la selección adecuadamente informada de uno de los regímenes, marca la forma en que la prestación se va a recibir, el monto que va a tener y similares características, esenciales del derecho pensional mismo. Por lo tanto, al igual que las acciones para reclamar el derecho pensional en sí mismo, los elementos esenciales para su construcción (las cotizaciones), la normatividad aplicable al mismo y la reliquidación incluyendo factores no tenidos en cuenta, la acción para discutir la eficacia del traslado de régimen no es susceptible de la excepción de prescripción, por lo que se debe declarar no probada la excepción propuesta.

Con lo expuesto, queda resuelto en su integridad el punto de inconformidad propuesto por la recurrente, e implícitamente las excepciones de fondo propuestas por las demandadas.

Costas en ambas instancias a cargo de Protección S.A. y en favor de la actora.

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

**FALLA**

 **Revocar** la sentencia proferida el 25 de julio de 2018 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, para en su lugar:

1. **Declarar** la ineficacia del traslado que la señora María Isabel Pareja Galvis efectuó al RAIS a través de la AFP Protección S.A. el 01 de abril de 1996, dadas las consideraciones precedentes, con la consecuencia ineludible de mantener válida y sin solución de continuidad la afiliación en el régimen de prima media, administrado actualmente por Colpensiones.
2. **Ordenar** a la AFP Protección S.A., que en el término improrrogable de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta providencia, proceda a trasladarlos saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses, a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones.
3. **Ordenar** a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones que una vez la AFP Protección S.A. dé cumplimiento a lo dispuesto en el numeral anterior, proceda aceptar el traslado de María Isabel Pareja Galvis del régimen de ahorro individual, al de prima media con prestación definida.
4. **Declarar** no probadas las excepciones de fondo propuestas por las demandadas.
5. **Costas** en ambas instancias a cargo de Protección S.A. y en favor de la actora.

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ANA LUCIA CAICEDO CALDERÓN JULIO CESAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrada Magistrado

 Salva voto

Radicación Nro. Rad. 66001-31-05-004-2017-00270-01

Proceso Ordinario Laboral

Demandante: María Isabel Pareja Galvis

Demandados: AFP Protección S.A. y otro

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

**Junio 26 de 2019**

**SALVAMENTO DE VOTO**

Con el respeto que corresponde, me aparto de la decisión acogida por las compañeras de Sala.

Desde ya dejo en evidencia que conozco la jurisprudencia vigente emanada de la Sala de Casación Laboral y que se condensa en las sentencias SL1452 de 3 de abril de 2019 radicación Nº 68852 y SL1689 radicación 65791 de 8 de mayo de 2019, ambas con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en la primera de las cuales, entre otras cosas se señala que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para establecer que hubo un consentimiento informado y que en este tipo de eventos existe una inversión de la carga de la prueba si los actores alegan no haber recibido la información necesaria para escoger el nuevo régimen; mientras que en la segunda se resalta la autonomía de las normas laborales y de la seguridad social que impiden, para la solución de los conflictos que le corresponden, la aplicación de lo dispuesto en otros ordenamientos, haciéndose especial hincapié en la imprescriptibilidad del derecho pensional.

No obstante, tales líneas jurisprudenciales considero del caso, con base en la sentencia C-836 de 2001, apartarme de ellas, para lo cual expongo de manera razonada la argumentación jurídica que me lleva a tal alejamiento.

Para el efecto, en primer término debe ponerse de relieve que el análisis en este tipo de asuntos requiere inexorablemente la determinación de si, los intereses económicos particulares que se reclaman a título de pretensiones, tienen soporte legal en nuestro sistema jurídico pensional en general y en el régimen de obligaciones y cargas vigentes en nuestro territorio.

Como quiera que son tantos y tan contundentes los motivos que a mi juicio impiden conceder las solicitudes de la demanda, a continuación se enuncian tres diferentes grupos de razones que se consideran, cada una sola o en conjunto con las demás, con peso suficiente para arribar a tal negativa.

1. **CONFIGURACIÓN LEGAL DUAL VIGENTE DEL SISTEMA PENSIONAL**

- CONTENIDO DEL ARTÍCULO 271 DE LA LEY 100 DE 199**3**

El título de la norma ya de por si es significativo: “Sanciones al empleador”. Esto es, se trata de conductas sancionables de los empleadores o de “cualquier persona” afín con esa denominación, pero, manifiestamente no está dirigida a las actividades que puedan adelantar las AFP en desarrollo del objeto para el que fueron creadas. Es que como se verá más adelante, el sistema implementado por la ley 100 de 1993 implica la libre competencia entre los dos regímenes, de allí que no puedan ser las Administradoras las destinatarias de lo previsto en este artículo, pues es inherente a su creación el otorgarles la posibilidad de promocionar el sistema que administrarán.

No obstante lo anterior, toda la línea argumentativa de la actual posición de la Corte Suprema de Justicia, para sostener la ineficacia de los traslados entre regímenes, parte del hecho de considerar que las AFP privadas incurrieron en las conductas generantes de la sanción prevista en el artículo 271 de la ley 100 de 1993 que contiene 2 verbos rectores -“impedir o atentar”-, referidos al derecho de los trabajadores de afiliarse y seleccionar libremente los organismos e instituciones del sistema de seguridad social a los que quiere entregar la administración de sus aportes. Ahora bien, en esta clase de asunto obviamente no se está frente al primer verbo rector de la norma “impedir” pues las AFP no han impedido la afiliación del actor al sistema, y respecto al segundo, esto es, “atentar”, tampoco se está frente a tal proceder, porque ni la AFP privada ni la pública realizaron actos tendientes a desconocer, entorpecer o boicotear el derecho del afiliado a la selección del organismo que se encargaría de administrar sus aportes. Lo que hicieron fue buscar que, dentro de las opciones posibles, los participantes del sistema eligieran, ya el sistema de ahorro individual, ya el de prima media. Tal ejercicio, como pasa a verse, se permitió y se reglamentó debidamente.

- REGÍMENES PENSIONALES COEXISTENTES

La ley 100 de 1993 organizó dos regímenes pensionales solidarios excluyentes, que coexisten, cada uno de ellos con características diferentes, con pros y contras, pero, en todo caso, con prestaciones y beneficios equiparables. Ninguno de ellos mejor o peor que el otro y precisamente por ello, sin que, respecto a cualquiera de los dos se pueda pregonar, prima facie, un beneficio o un perjuicio que lo haga superior o inferior al otro.

Es más, la promoción del nuevo sistema pensional creado por la ley 100 de 1993 se basó en la libre y sana competencia que debía existir entre las administradoras del RAIS y las del RPM. Y basta un momento de reflexión para darse cuenta que, si desde la etapa inicial de realización de aportes resulta posible establecer que uno de los dos sistemas otorgará mejores beneficios que el otro, este último no logrará subsistir. Por eso, tal definición inicial carece de fundamentos como pasa a verse.

Nótese que desde la misma denominación de los regímenes los afiliados tienen una primera oportunidad de determinar su contenido. En efecto, si se observa el artículo 31 de la ley 100 de 1993 se tiene que en él se desarrolla el concepto de “régimen de prima media **con prestación definida”.** Es decir, desde allí se anuncia que la persona que se afilie a él, desde el principio sabe a cuánto puede aspirar a título de pensión, pues precisamente por definición la prestación está previamente establecida. Mientras que el artículo 59 ídem se precisa el concepto de régimen de **ahorro individual,** dando cuenta desde su denominación de la afectación de la prestación al esfuerzo personal que haga el afiliado y que para el momento de la afiliación obviamente resulta incierto, dependiendo, en un todo, su éxito, de la evolución que tengan sus aportes a futuro.

Por definición entonces, se tiene un sistema de prima media basado en la certeza del monto prestacional frente a otro, de ahorro individual, basado en el resultado del esfuerzo personal durante el periodo de cotización. No obstante la inseguridad propia del segundo, se ve recompensada con beneficios contenidos en disposiciones tales como: La garantía de pensión mínima 150 semanas antes que en el primero, pues mientras en este ocurre a las 1300 semanas en aquel sucede a las 1150 semanas; La devolución de saldos a los beneficiarios cuando el afiliado fallezca sin cumplir los requisitos para causar una pensión de sobrevivientes; La posibilidad de acceder a excedentes de libre disponibilidad; La opción de hacer aportes voluntarios para aumentar los saldos de la cuenta de ahorro individual; El beneficio de que, en caso de muerte del afiliado sin que existan beneficiarios de pensión de sobrevivientes, las sumas acumuladas en cuenta de ahorro individual hagan parte de la masa sucesoral.

**Nótese que de todas estas prebendas se goza en el transcurso de la afiliación, como posibilidades aplicables solo a los afiliados al RAIS, mientras que los del RPM, bajo ninguna circunstancia pueden acceder a ellos por cuanto optaron, con su permanencia en este régimen, por privarse de estos beneficios, eso sí, con miras a contar con la garantía de una prestación definida desde el principio, basada en la conformación de un fondo común que manejara recursos que permitieran hacer inversiones cuya rentabilidad sirviera para cubrir las prestaciones ofrecidas por el sistema.**

Por lo tanto, volviendo al tema central, resulta obvio que la anterior tesis de la Corte que sostenía la ineficacia de los traslados como medio de protección de los derechos a conservar el régimen de transición, encontraba soporte en la diferencia que existe en las condiciones para acceder al derecho pensional (menos exigentes en la legislación anterior –acuerdo 049 de 1990- que en la actual –leyes 100 de 1993 y 797 de 2003-), **pero no tiene apoyo alguno en la nueva legislación en la que precisamente coexisten dos regímenes que si bien están diseñados para otorgar pensiones, las ofrecen con el lleno de requisitos diferentes y beneficios anexos disímiles, que no permiten bajo ninguna circunstancia señalar al uno como mejor o peor que el otro**, entre otras cosas porque la nueva legislación parte de la base de que existe una abierta y libre competencia entre Administradoras públicas y privadas por el mercado de la administración de los riesgos de IVM.

- REALIDAD NORMATIVA SOBRE LA SUPUESTA FALTA DE INFORMACIÓN QUE GENERA LA INEFICACIA DE LOS TRASLADOS (ARTÍCULO 11 DEL DECRETO 692 DE 1994 HOY 2.2.2.1.8 DEL D.U.R 1833/2016)

Se viene insistiendo reiteradamente en que la ineficacia del traslado se genera porque los Fondos Privados no dieron la suficiente y clara información a las personas que les permitiera tomar una libre decisión informada.

Tal afirmación, no responde a la realidad. La reglamentación que dio desarrollo a la ley 100 de 1993 fue específica sobre el contenido de los formularios de afiliación y los traslados, de manera tal que **las AFP –que también son sujetos con derechos y a quienes también debe respetárseles el principio de confianza legítima**-, simplemente siguieron las indicaciones que sobre estos temas fueron señaladas en el artículo 114 de la ley 100 de 1993, en cuanto expresamente dispuso que para que las AFP pudieran válidamente aceptar un traslado bastaba **“la comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones”,** comunicación esta que tuvieron el cuidado de hacer constar en los formularios de afiliación y traslado, misma que, contrario al criterio esbozado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, da cabal certeza sobre el conocimiento que, de los pormenores del régimen, tiene el afiliado al optar por el traslado.  Es que sobre el punto no puede obviarse lo previsto en el decreto 692 de 1994 que, en desarrollo de tal precepto dispuso:

*ARTICULO 11. DILIGENCIAMIENTO DE LA SELECCIÓN Y VINCULACIÓN.**<Artículo compilado en el artículo*[*2.2.2.1.8*](https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/decreto_1833_2016_pr001.htm#2.2.2.1.8)*del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.*

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

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

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

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

*a) Lugar y fecha;*

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

*c) Nombre y apellidos del afiliado;*

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

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

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

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

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

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

Véase como, no solo la norma señaló la información que debía contener el formulario sino que, expresamente determinó los casos en que no se consideraría válida y, tratándose de traslados, advirtió que debería haber una leyenda expresa –**que podía estar preimpresa**- en la cual constara que la decisión de traslado se tomó de manera libre, espontánea y sin presiones. Entonces, frente a tal direccionamiento e indicación ¿Cómo pretender ahora que las administradoras –a quienes se les ofreció la libre competencia- y que cumplieron a cabalidad con las normas de afiliación dispuestas en la ley especial que las creó, se les reclame que no dieron la información suficiente, a pesar de haber hecho los formularios de afiliación con base en las indicaciones legales? Al respecto no se puede olvidar que el artículo 84 de la Constitución Nacional tiene previsto que:

“*Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentadas de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o* ***requisitos adicionales para su ejercicio*”**

No cabe duda entonces. Contrario a lo dicho por la jurisprudencia vigente, los formularios son la prueba de que los asesores de las AFP cumplieron las obligaciones consagradas en los artículos 97 y 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Respecto a estas últimas normas, en concreto el artículo 97, las Salas de decisión laboral No. 1 y 4 de este Tribunal por mayorías, con ponencia de la doctora Olga lucía Hoyos Sepúlveda han dicho:

“*Ahora, Tampoco podría existir desconocimiento por parte de este fondo al efectuar la asesoría mencionada, del artículo 97 numeral 1º del Estatuto Financiero – Decreto 663/93, que exige a las entidades suministrar a sus usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, para que estos a su vez puedan escoger las mejores opciones del mercado y en ese sentido, tomar decisiones informadas; por cuanto nótese que el artículo está dirigido a los usuarios respecto de quienes se exige la “información necesaria para lograr la mayor trasparencia en las operaciones que realicen”, es decir, la información a que se hace referencia es aquella relativa a las diferentes operaciones que pueden tomar los usuarios sobre las transacciones o elecciones que puede realizar dentro de la entidad, como sería el caso, a manera de ejemplo, de elegir el portafolio con el que se va a manejar su ahorro (conservador, moderado y alto riesgo).*

*Es que, el mencionado canon, de manera evidente se refiere a las “mejores opciones del mercado” respecto a las inversiones del dinero ahorrado.* ***No se trata entonces de una información sobre las características de los regímenes del sistema pensional****, sino de la solidez de la AFP y de las operaciones financieras para el manejo del dinero depositado en la cuenta de ahorro individual*”

Se resalta el aparte anterior porque, aunque parezca increíble, en este tema se está olvidando que los pormenores de los regímenes -sobre los cuales supuestamente no se dio información-, no son nada distinto que los contenidos de la Ley que regula los dos sistemas, **cuyo conocimiento no hay que repetirlo a las partes, puesto que el mismo se presume de derecho conocido por las ellas según el artículo 9 del Código Civil**, toda vez que a nadie le está permitido ignorar las leyes. Norma esta última que, a pesar de su independencia y autonomía, no puede obviarse en materia del trabajo y de la seguridad social.

- LA SUPUESTA FALTA DE INFORMACIÓN POR NO HABERSE REALIZADO PROYECCIONES SOBRE EL POSIBLE MONTO DE LA PENSIÓN

Igualmente resulta insostenible la tesis de falta de información por no haberse realizado proyecciones respecto al monto de la pensión, en tanto en Colombia las normas rigen y producen efecto a futuro, sin retroactividad y las referidas proyecciones sobre los montos pensionales en cada régimen, solo fueron dispuestas por la Ley 1748 de 2014 desarrollada en lo pertinente por el decreto 2071 de 2015 precisándose en el artículo 2.6.10.2.3., que la asesoría que debe brindarse por ambas administradoras debe contener una proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, si a ello hubiere lugar, y del valor de la pensión, haciéndose la precisión *que “para el caso de la proyección del beneficio pensional en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la Administradora deberá realizar una asesoría en los términos descritos en el artículo 2.6.10.4.3 del presente decreto”* en el que se establecen los parámetros técnicos para poder cumplir tal cometido, mismos que al no estar establecidos con anterioridad no permitían la realización de los cálculos que ahora se echan de menos.

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

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

Para garantizar la abierta competencia entre regímenes, la ley estableció la posibilidad de trasladarse libremente entre ellos, limitándola en la etapa final de la adquisición del derecho –inicialmente 5 años y posteriormente 10-.

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

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

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

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

Por otra parte, el período de permanencia previsto en la ley, de igual manera permite defender la *equidad* en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues como previamente se expuso, se aparta del valor material de la justicia que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad a partir de los rendimientos producidos por la administración de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiados del riesgo asumido por otros (C.P. preámbulo y art. 1°), o eventualmente, subsidiados a costa de los recursos ahorrados con fundamento en el aporte obligatorio que deben realizar los afiliados al Régimen de Ahorro Individual[[7]](http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2004/C-1024-04.htm%22%20%5Cl%20%22_ftn7%22%20%5Co%20%22), para garantizar el pago de la garantía de la pensión mínima de vejez cuando no alcanzan el monto de capitalización requerida[[8]](http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2004/C-1024-04.htm%22%20%5Cl%20%22_ftn8%22%20%5Co%20%22), poniendo en riesgo la cobertura universal del sistema para los ahorradores de cuentas individuales.

La *validez* de dicha herramienta legal se encuentra en la imperiosa necesidad de asegurar la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social en materia pensional a todos los habitantes del territorio colombiano, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia (C.P. art. 48).

Permitir entonces, la declaración de ineficacia de traslados de personas que, sin pertenecer al régimen de transición, han estado largos años en el RAIS y a última hora perciben que, gracias a los subsidios del Régimen de Prima Media, su pensión podría ser superior en este a la que obtendrían en aquel, no solo es desconocer que la coexistencia de regímenes implica que ninguno de los dos es mejor o peor que el otro, sino también cohonestar con que algunas personas obtengan beneficios que no les corresponden y que se derivan de esfuerzos en los que no participaron, y cuyo otorgamiento –dada esa circunstancia- **puede llegar a poner en riesgo la garantía del derecho pensional para los actuales y futuros pensionados que si lo hicieron.**

**No resulta aceptable, bajo ninguna circunstancia que a pesar de existir esta limitación temporal expresa en la ley, que encuentra la explicación que atrás se acaba de dar, la jurisdicción, por el dudoso camino de insistir en una supuesta ineficacia del acto jurídico de la afiliación, vuelva ilimitado en el tiempo la posibilidad de retorno al régimen que a última hora mejor resulte a los intereses actuales del solicitante**. Y se afirma lo anterior porque la ineficacia a diferencia de la nulidad no tiene un tiempo que otorgue firmeza jurídica al acto, entonces bajo su amparo, el interesado, cuando ya potencialmente ha estado cobijado durante largos años por los beneficios del RAIS, a última hora, con pleno conocimiento de que su pensión en el RPM resulta de mayor cuantía, busca su retorno a este sistema en el que poco colaboró con sus aportes oportunos.

La claridad de este crucial punto deja en evidencia la inadmisible carga que representaría para Colpensiones la autorización de traslados de personas que ya para pensionarse buscan beneficiarse de los subsidios que otorga el régimen de prima media, de allí que resulte preciso asegurar lo siguiente:

- IMPOSIBILIDAD JURÍDICA DE IMPONER RESPONSABILIDAD A COLPENSIONES.

Se pide en estos asuntos que se declare ineficaz el traslado al RAIS por engaño o falta de información en que incurrió la Administradora de Pensiones Privada. Se argumenta para el efecto que el monto de la pensión que se puede otorgar con el dinero que existe en cuenta de ahorro individual es inferior al que reconocería Colpensiones en el RPM y por ello se pide que sea esta última entidad quien asuma el reconocimiento y pago de la pensión.

La ley 100 de 1993 creó una dualidad de sistemas pensionales y permitió el traslado de los afiliados entre ellos, de allí que COLPENSIONES no tenía dentro de sus posibilidades retener a los afiliados que desearan cambiarse al nuevo régimen creado.

La pregunta que deben hacerse los administradores de justicia frente a esta situación es:

**¿Contempla nuestro sistema legal que se pueda imponer a una persona una carga económica por un daño antijurídico o un perjuicio que otro causó y frente al cual no tuvo ninguna posibilidad de evitarlo?**

Creo que la respuesta es obvia: No es posible. No hay ninguna disposición que imponga tal carga. De allí que, no puede pretenderse que COLPENSIONES, sin haber tenido responsabilidad ni incidencia alguna en el traslado, asuma el pago de una pensión superior a la que puede otorgarse con el dinero existente en la cuenta de ahorro individual. Obligar a este Fondo a asumir tal carga es defraudar los intereses de las personas que legítimamente lo han conformado con sus aportes.

De allí que, desde el principio esa pretensión esté llamada al fracaso porque se está imponiendo una carga económica a Colpensiones que no debe asumir.

Otra cosa sería, si se prueba en el proceso el engaño o la responsabilidad de la AFP privada en el traslado del afiliado y, como consecuencia de ello, la causación de un perjuicio a este, él pueda pedir la indemnización de ese perjuicio, **pero a cargo de quien se lo causó**, esto es la AFP, más no de COLPENSIONES. Pero este es un debate que debe darse desde la primera instancia, toda vez que de percibirse en este segundo grado, no resulta posible abordarlo dado que se configuraría una violación de los principios de congruencia y consonancia al abordar asuntos diferentes a los propuestos por las partes.

1. **LOS ACTOS JURÍDICOS Y SU VALIDEZ**

Los actos jurídicos, esto es, las manifestaciones de voluntad dirigidas a producir efectos en derecho, no se encuentran regulados por la legislación del trabajo y la seguridad social. En realidad, ellos siguen las añosas directrices del ordenamiento civil.

No se ha cambiado en nuestro sistema jurídico que para que un acto jurídico sea válido haya de reunir los requisitos de capacidad, consentimiento libre y objeto y causas lícitas, ni que, si falta alguno de estos presupuestos o se deja de cumplir con un formalismo previsto en la ley, el acto puede resultar nulo de manera absoluta o relativa. Tampoco puede mover a discusión que los vicios del consentimiento producen nulidad relativa, saneable de conformidad con la ley.

Por ello, a pesar de lo afirmado por la Sala de Casación Laboral en las sentencias inicialmente citadas, me es imposible variar mi criterio consistente en que la afiliación y traslado entre regímenes son actos jurídicos, sujetos para su validez a las reglamentaciones del derecho civil.

En este sentido resultan pertinentes los siguientes comentarios:

- NULIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS Y OPORTUNIDAD PARA ALEGARLA.

Una lectura juiciosa de la sentencia SL12136-2014, que sentó las bases de la anterior posición de la Sala de Casación Laboral sobre el tema de la nulidad o la ineficacia del traslado, permite notar que la Corporación inicialmente consideró que dados los **beneficios del régimen de transición que se perdían con el traslado de régimen**, no recibir información al respecto, conllevaba falta de libertad en la decisión del afiliado que lo hacía beneficiario de la protección brindada en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, en cuanto el acto así realizado se entendería sin efectos. Vale recordar que en la sentencia en cita se dijo:

“***que aunque es cierto que reglas jurídicas generales aluden a que debe demostrarse la afectación de la voluntad para anular una actuación particular, esto no puede aplicarse de la misma manera en estos particulares eventos en los que se discute la pérdida del régimen pensional****”*.

En otras palabras, “***las reglas jurídicas generales”*** a que allí se hace alusión, no son otras que las que regulan entre nosotros la nulidad de los actos jurídicos y que, como lo dice el texto citado, para que pueda proceder la anulación exigen la demostración por parte del interesado de la ***“afectación de la voluntad”***, mientras que la ineficacia en los eventos de pérdida del régimen de transición encuentra un plus de protección en el entendido que se parte de la base de la existencia de una afectación que genera un indicio de haberse dado una inadecuada información al afiliado por parte de la AFP, quien por lo tanto tendrá que hacer un mayor esfuerzo probatorio respecto a haber suministrado la información relativa a la pérdida de beneficios que el traslado conllevaba.

En el primer evento, esto es cuando no está en juego el régimen de transición y corresponde aplicar las “reglas generales”, de conformidad con el artículo 1741 del Código Civil, la nulidad de los actos jurídicos o de los contratos es absoluta cuando se produce por un objeto o causa ilícita o por falta de las formalidades; mientras que cuando tiene un origen diverso como por ejemplo un vicio del consentimiento, sólo se genera nulidad relativa, que da lugar a la rescisión del acto o contrato.

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

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

Respecto a este último aspecto debe resaltarse que se conoce pero no se comparte la posición de la Sala de Casación Laboral en una de sus salas de descongestión de fecha 13 de febrero de 2019, magistrado ponente Dr. Jorge Prada Sánchez -y también en su sala principal en sentencia SL1689-2019- en la que respecto a la utilización de las normas precitadas, señaló que no era posible su utilización en los asuntos laborales porque existían disposiciones propias en esta rama sobre el tema y porque que en cualquier caso el derecho pensional es irrenunciable e imprescriptible. Posición que, con todo respeto, en mi criterio incurre en una doble equivocación como pasa a verse:

1. En ningún momento la sentencia del Tribunal, que allí se analizó, dispone un término de prescripción de derechos laborales como lo entendió la Sala de Descongestión. Lo que se explicó es que el acto jurídico de afiliación adquirió firmeza por el transcurso del tiempo según lo dispuesto en el artículo 1750, firmeza que sencillamente valida la afiliación que en principio pudo haber estado revestida de alguna irregularidad, pero no significa la **extinción de ningún derecho por el transcurso del tiempo (Prescripción).** Porque, entre otras cosas, no existe un supuesto derecho a la indefinición de pertenencia a un determinado régimen, por el contrario existe la limitación legal a no poder proceder al traslado de régimen cuando falten menos de 10 años para concretar el derecho. Y
2. No se puede pregonar, como parece indicarlo la sentencia de casación, que en realidad en este asunto esté en juego la pérdida de un derecho pensional. Nada más alejado de la realidad. Sencillamente, entre dos opciones válidas (RAIS y RPM) para pensionarse, se concretó la primera, sin que ello implique el desconocimiento del irrenunciable derecho a la seguridad social ni, mucho menos, la prescripción del derecho a adquirir una pensión. Es que, si la ley ofrece dos opciones para acceder a las pensiones de invalidez, vejez y muerte, el hecho de que un afiliado opte por una u otra, no significa que al final de la maduración de su derecho, la perspectiva consistente en que en la actualidad le sea más favorable pertenecer al otro régimen, signifique que él ha perdido su derecho pensional, sino que simplemente, dada su elección inicial, su derecho se concreta bajo las reglas del régimen escogido.

Es que un sistema jurídico no puede patrocinar la existencia de obligaciones irredimibles, pues es de significativa importancia para el estado de derecho la certeza jurídica de las diferentes relaciones que realicen los habitantes en su territorio.

**Permitir que la determinación del régimen al que se pertenece se pueda alegar hasta el último momento es patrocinar, no solo el desorden jurídico, sino la inoperancia de los sistemas creados por la ley 100 de 1993 y la restricción de traslado prevista en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, pues, obviamente, al momento de pensionarse, cada cual, hará sus cuentas, y de acuerdo al resultado, querrá que se lo reconozca como afiliado al régimen que mejores dividendos le arroje en ese momento.**

Tratándose de un tema económico tan delicado, en los eventos de estarse frente a un verdadero vicio del consentimiento en el momento de realizar el traslado, si no se acepta la tesis civilista del saneamiento por el silencio del interesado en los cuatro años siguientes al acto jurídico, como mínimo debe tenerse en cuenta, para buscar el regreso al régimen inicial, la restricción legal prevista en el artículo 2º de la ley 797 de 2003, consistente a la imposibilidad de realizar traslados durante los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima para acceder al derecho.

- IMPORTANCIA DE LA DIFERENCIACIÓN ENTRE LOS CASOS DE INEFICACIA Y LOS CASOS DE NULIDAD

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

**EL CASO CONCRETO DE LA ACCIONANTE**

Como viene de verse existen varias razones que por sí solas o en conjunto impiden acceder a las pretensiones de la actora:

Primera: Como se desprende de las consideraciones, no configuran ineficacia del traslado los actos mediante los cuales la Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A. aceptó a la actora como su afiliada, toda vez que estos, no solo fueron realizados conforme a las reglas previstas en la ley 100 de 1993 y el decreto 692 de 1994 que regularon concretamente los pormenores de la afiliación y el traslado, sino que correspondían al desarrollo natural del objeto para el cual fue autorizado su funcionamiento, sin que resulte aceptable endilgarle por el ejercicio de esa actividad, las conductas de “impedir” o “atentar” contra la libre afiliación y selección de las entidades de seguridad social.

Así, siendo el acto de afiliación y/o traslado de la actora, una de aquellas actividades que normalmente desarrollan el objeto social de la demandada y por tanto, no dándose los presupuestos para aplicar la sanción de ineficacia prevista en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, las irregularidades en que se haya podido incurrir en el acto jurídico del traslado evidentemente están cobijadas por el régimen de nulidades de nuestra legislación civil, pues la misma, por más que exista autonomía e independencia del derecho laboral y de la seguridad social, continúa siendo la que rige los aspectos relativos a la validez de los actos jurídicos.

Segunda: Si se omitiera reconocer que la AFP privada se ciñó a las disposiciones legales vigentes, para señalar que obró contra derecho omitiendo información relevante para la toma de decisión del traslado de la demandante, tendría que reconocerse que la consecuencia jurídica de tal proceder, jamás podría consistir en imponer a Colpensiones el reconocimiento de las prestaciones del sistema de reparto simple, pues es la misma demanda la que informa y resalta que con los dineros existentes en cuenta de ahorro individual solo se alcanza a otorgar una pensión de $742.256, pero que con esos mismos dineros –que solo alcanzan para esa cuantía- Colpensiones deberá pagar una mesada correspondiente a $1.982.114. Situación que genera el cuestionamiento jurídico a tal aspiración en cuanto, si Colpensiones no tuvo injerencia en el traslado de la actora a la AFP privada, ni pudo impedirlo, ¿Qué figura jurídica la hace responsable del pago de un monto pensional que no tiene soporte financiero? En otro giro ¿Qué norma o principio jurídico le impone la carga de indemnizar un perjuicio que no ocasionó?

Es que sin duda, nadie está obligado a resarcir un perjuicio que no ha causado, de allí que si la actora consideraba que el traslado le generó un perjuicio, la pretensión debió ser dirigida a que la persona que supuestamente le causó el daño –Protección S.A.- fuera quien tuviera que resarcirlo, pero no un tercero, ajeno a tal situación, quien además está amparado por una norma jurídica vigente, validada y explicada por la Corte Constitucional, según la cual, no es posible aceptar que ninguna persona se beneficie de lo dispuesto en cualquiera de los regímenes, si no ingresa a él antes de los 10 años previos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la prestación.

Tercera: Como no se trata de una acción de ineficacia y corresponde el análisis de la nulidad del acto jurídico del traslado la carga de la prueba la tendría la actora quien ninguna prueba aportó sobre los posibles hechos que hubieran generado un vicio en su consentimiento. Por el contrario, la única prueba sobre la afiliación, que obra en el expediente, es el formulario de traslado, en el que, en texto preimpreso, tal como lo estableció el decreto 692 de 1994, consta que la selección de régimen fue efectuada de manera libre, espontánea y sin presiones, lo que hace presumir que quien lo suscribe recibió la información pertinente, pues una persona en su sano juicio no firma un documento sin conocer su contenido y las implicaciones de su suscripción.

Mención especial merece en este punto lo dicho en sentido contrario por la Sala de Casación Laboral sobre que la suscripción del formulario no prueba que se haya dado la información. Afirmación de la que se disiente por dos razones:

Primera: Según nuestro sistema toda persona es capaz y puede obligarse válidamente mientras no se declare su interdicción o se demuestre fehacientemente que realizó actos en un manifiesto estado de enajenación. De allí que la regla general es la capacidad y la excepción la incapacidad para comprender y obligarse. De allí que para lo que aquí interesa, la regla de la experiencia enseña que ninguna persona en su juicio suscribe un documento, totalmente a ciegas, sin haber recibido información, sin entender su contenido y sobre todo, sin importarle las implicaciones jurídicas que de ello se derivan.

Segunda: Si aún, se obviara lo anterior e incluso se desconociera el principio de derecho consistente en que nadie puede alegar en su favor su propia torpeza -esta última reflejada en estos eventos en el hecho de firmar un documento sin conocer su contenido e implicaciones- la sola suscripción del documento implica que, la carga de la prueba de no haber recibido la información que ahora echa de menos, está en cabeza del suscriptor, pues se repite, la ley lo presume capaz y hábil para dirigir sus asuntos y negocios importantes.

Así las cosas, no habiéndose probado los supuestos de hecho que permitirían declarar la ineficacia o por lo menos la nulidad del acto jurídico del traslado, correspondía confirmar en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira el 25 de julio de 2018.

Dejo así salvado mi voto,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado