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 de sentencia

Proceso: Ordinario Laboral

Radicación No: 66001-31-05-003-2017-00287-01

Demandante: Gerardo Alirio Rubio Rosero

Demandado: Colpensiones y Porvenir S.A.

Juzgado de origen: Tercero Laboral del Circuito de Pereira.

**TEMAS: INEFICACIA DEL TRASLADO AL RAIS / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA / LA TIENE EL AFILIADO AL SISTEMA, NO EL YA PENSIONADO.**

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal e) señala que los **afiliados** al SGP pueden escoger el régimen que prefieran y agrega, que una vez efectuada la selección, solo pueden trasladarse una sola vez cada cinco años, contados desde la fecha inicial en que se optó, y que no es posible trasladarse de régimen cuando le falten diez o menos años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Ahora, en cuanto a los pronunciamientos jurisprudenciales realizados tanto por la Corte Constitucional como por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es preciso advertir que siempre han estado orientados a analizar los requisitos que debe cumplir el **afiliado** para materializar ese traslado, referidos a la acreditación de determinado número de cotizaciones a la entrada en vigencia de la Ley 100/93 y la permanencia en cada régimen pensional. (…)

La legitimación en la causa por activa es entendida como aquella facultad que tiene una persona conforme a la ley sustancial para formular ante un juez el reconocimiento de unas pretensiones, independientemente de que ellas estén llamadas a prosperar.

Al respecto, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que la legitimación en la causa es una de las condiciones imprescindibles para la prosperidad de la pretensión elevada, y por ello hace parte del derecho sustancial de la acción, que ante su ausencia implica irremediablemente una sentencia desestimatoria…

Conforme se manifestó en el libelo…, al señor Gerardo Alirio Rubio Rosero desde el 12/05/2015 la AFP Porvenir le reconoció la pensión de vejez…, supuesto que fue admitido por esa administradora al momento de contestar la demanda…

En este orden de ideas, no queda duda de la consolidación del riesgo pensional por vejez en el actor y su reconocimiento por la AFP, lo que dio lugar a que el actor adquiriera la calidad de pensionado que excluye de entrada la condición de afiliado al Sistema General de Pensiones que lo faculte para obtener el traslado entre los regímenes que lo integran…

Por lo tanto, se evidencia la ausencia de legitimación en la causa por activa de Gerardo Alirio Rubio Rosero, de tal manera que la decisión de la funcionaria de primer grado no podía ser otra a la de denegar las pretensiones que le fueran solicitadas, como en efecto lo hizo, aunque por otras razones.

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

Estoy de acuerdo con la decisión de revocar la sentencia de primera instancia que accedió a la declaración de ineficacia del traslado y aunque coincido con la mayor parte de la argumentación que para llegar a tal solución fue expuesta en la providencia, me parece necesario aclarar las razones que me llevan a tal conclusión.

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 establecerlo; 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 debo dejar claro que me encuentro absolutamente convencido de que, tras la protección de los intereses particulares de quienes a última hora quieren obtener el mayor beneficio pensional posible, al decretar las ineficacias, en realidad se están desconociendo diferentes pilares de nuestro sistema jurídico en general y del pensional en particular.

Como quiera que son tantos y tan contundentes los motivos que a mi juicio impiden acceder a las ineficacias solicitadas, a continuación enunciare tres diferentes grupos de razones que considero, cada uno solo o en conjunto con los 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

**LA SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, MEDIANTE SENTENCIA SL4635-2021, RADICACIÓN Nº 86768, DE FECHA 13 DE OCTUBRE DE 2021, QUE PUEDE SER CONSULTADA EN LA PÁGINA WEB DE DICHA CORPORACIÓN O EN EL ARCHIVO QUE ESTÁ A CONTINUACIÓN DE ÉSTE, CASÓ EL PRESENTE FALLO Y “EN SEDE DE INSTANCIA” REVOCÓ LA SENTENCIA PROFERIDA EL 4 DE SEPTIEMBRE DE 2018 POR EL JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE LA CIUDAD PARA, EN SU LUGAR ACCEDER A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.**



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA SEGUNDA LABORAL**

Magistrada Sustanciadora

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

En Pereira, a los cuatro (04) días del mes de junio de dos mil diecinueve (2019), siendo las ocho de la mañana (08:00 a.m.), la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de desatar el recurso de apelación contra la sentencia proferida el 4 de septiembre de 2018 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Gerardo Alirio Rubio Rosero** contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** y **Porvenir S.A.,** radicado al N° 66001-31-05-003-2017-00287-01**.**

**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**

Gerardo Alirio Rubio Rosero pretende que se declare la nulidad de la afiliación realizada en enero de 1998 a Porvenir S.A. y en consecuencia que se condene a Colpensiones a “*recibir nuevamente (…) como afiliado cotizante”*, y cuando cumpla con los requisitos para pensionarse, se de trámite a la misma con fundamento en la Ley 797 de 2003.

Fundamenta sus aspiraciones en que *i)* en enero de 1998 se trasladó a Porvenir S.A.; *ii)* durante el mencionado traslado el asesor dio información engañosa, amañada y mentirosa, pues únicamente informó que podía pensionarse anticipadamente, que además su capital podía ser heredado, pero nunca le informaron sobre la cantidad de millones que debía tener y la modalidad de pensión, además le indicó que el ISS se liquidaría; máxime que no se realizó el doble asesoramiento; *iii)* que en el año 2015 la AFP le informó que la pensión ascendería a $687.116, mientras que en Colpensiones a $2’951.597.

**Colpensiones** al contestar la demanda no se opuso a las pretensiones y se atuvo a lo ordenado por el juzgado; sin embargo, presentó como medios exceptivos la “*inexistencia de la obligación demandada”* y “*prescripción”.*

**Porvenir S.A.** sí se opuso a las pretensiones y en ese sentido adujo que el demandante en la actualidad disfruta de la pensión de vejez, además que el traslado realizado a Horizonte fue libre, espontáneo y sin presiones como se desprende del formulario de afiliación, y durante el cual se dio la información completa, veraz y oportuna. Por otro lado, señaló que para la época del traslado no era una obligación legal realizar proyecciones, pero que las mismas arrojaban valores mucho más altos que en la actualidad porque las tasas de interés eran más altas. Por último presentó los medios de defensa que denominó “*validez de la afiliación a Porvenir e inexistencia de vicios en el consentimiento”,* “*subsanación de una eventual nulidad”,* “*prescripción”,* entre otras.

**2. Síntesis de la sentencia**

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira declaró plenamente eficaz el traslado realizado al RAIS el 26/01/1998 y en consecuencia, negó las pretensiones de la demanda.

Como fundamento de la decisión argumentó que en tanto el demandante carecía de los beneficios del régimen de transición, pues no contaba con más de 15 años de servicio para el 01/04/1994, entonces le correspondía acreditar la información falaz recibida por la AFP, sin que lograra dicho cometido y por el contrario, en el interrogatorio admitió que sí había recibido la información, incluso de ambos regímenes pensionales. Por otro lado, la juzgadora resaltó que Gerardo Alirio Rubio Rosero jamás ejerció el derecho de retracto que tenía una vez firmó el formulario de afiliación, ni el periodo de amnistía concedido a través del Decreto 3800/2003. Por último, señaló que el demandante tampoco acreditó que su empleador hubiese realizado maniobras coercitivas para el cambio de régimen como afirmó en el interrogatorio de parte.

**3. De los recursos de apelación**

Inconforme con la decisión, el demandante presentó recurso de alzada, para lo cual argumentó que no recibió una información clara frente a las consecuencias legales y económicas del traslado de régimen, pues no se realizó una proyección de la mesada que recibiría en ambos regímenes. Además, la AFP incumplió con su deber de información que debía ser completa y comprensible, máxime que en ella recaía la obligación de dar un buen consejo y si fuere el caso, desanimar al demandante de tomar una opción que lo perjudicara. Como apoyo del recurso de apelación citó diversas sentencias de la Corte Suprema de Justicia.

**CONSIDERACIONES**

1. **Del problema jurídico**

Atendiendo el recuento anterior la Sala se pregunta:

¿Gerardo Alirio Rubio Rosero se encuentra legitimado para solicitar la ineficacia del traslado al RAIS realizado el 26/01/1998, pese a que se encuentra pensionado en dicho régimen?

En caso de repuesta positiva ¿La AFP Porvenir S.A. desconoció el derecho del demandante a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional deseado?

**2. Solución al problema jurídico**

**2.1. Fundamento jurídico**

**Traslado entre regímenes pensionales**

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal e) señala que los **afiliados** al SGP pueden escoger el régimen que prefieran y agrega, que una vez efectuada la selección, solo pueden trasladarse una sola vez cada cinco años, contados desde la fecha inicial en que se optó, y que no es posible trasladarse de régimen cuando le falten diez o menos años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Ahora, en cuanto a los pronunciamientos jurisprudenciales realizados tanto por la Corte Constitucional como por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es preciso advertir que siempre han estado orientados a analizar los requisitos que debe cumplir el **afiliado** para materializar ese traslado, referidos a la acreditación de determinado número de cotizaciones a la entrada en vigencia de la Ley 100/93 y la permanencia en cada régimen pensional.

Al punto es preciso resaltar que de manera excepcionalísima los **pensionados** podrán incoar la ineficacia de su afiliación al RAIS, solamente en el evento que para la época del traslado ya hubiesen satisfecho los requisitos para disfrutar de la gracia pensional o por lo menos, contaban con la densidad de cotizaciones para ello en el régimen abandonado, pues allí el afiliado que se trasladó en época pretérita tenía una situación pensional consolidada; situación especial y única que la Corte Suprema de Justicia ha analizado en sentencias con radicado al número 31989 de 09/09/2008 y 33083 de 22/11/2011.

**De la legitimación en la causa por activa**

La legitimación en la causa por activa es entendida como aquella facultad que tiene una persona conforme a la ley sustancial para formular ante un juez el reconocimiento de unas pretensiones, independientemente de que ellas estén llamadas a prosperar.

Al respecto, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que la legitimación en la causa es una de las condiciones imprescindibles para la prosperidad de la pretensión elevada, y por ello hace parte del derecho sustancial de la acción, que ante su ausencia implica irremediablemente una sentencia desestimatoria, o dicho de otra forma, la ausencia de tal elemento implica que el reclamante no es titular del derecho pretendido, y por ende, obtendrá de la jurisdicción un fallo absolutorio[[1]](#footnote-1).

**2.2. Fundamento fáctico**

Conforme se manifestó en el libelo *–hecho 17 -*, al señor Gerardo Alirio Rubio Rosero desde el 12/05/2015 la AFP Porvenir le reconoció la pensión de vejez (fl. 4 c. 1), supuesto que fue admitido por esa administradora al momento de contestar la demanda –fl. 83 -, amén de que así se logró acreditar documentalmente con el memorial de reconocimiento de la prestación, en la que se indica que el demandante sería ingresado a nómina en el mes de mayo de 2015 (fl. 156 c. 1), y de la certificación emitida por la demandada en la que a 27/10/2017 dio constancia de realización del pago mensual por concepto de pensión de vejez desde julio de 2016 fl. 285 c. 1).

En este orden de ideas, no queda duda de la consolidación del riesgo pensional por vejez en el actor y su reconocimiento por la AFP, lo que dio lugar a que el actor adquiriera la calidad de pensionado que excluye de entrada la condición de afiliado al Sistema General de Pensiones que lo faculte para obtener el traslado entre los regímenes que lo integran, conforme lo establece el artículo 13, literal b) de la Ley 100/93.

Por otro lado, Gerardo Alirio Rubio Rosero apenas contaba con 45 años de edad (fl. 29 c. 1) para el 26/01/1998, época del traslado (fl. 103 c. 1), por lo que tampoco podría considerarse que tuviera un derecho pensional consolidado como para permitir ahora el estudio de la ineficacia de la afiliación, a pesar de su condición actual de pensionado.

Por lo tanto, se evidencia la ausencia de legitimación en la causa por activa de Gerardo Alirio Rubio Rosero, de tal manera que la decisión de la funcionaria de primer grado no podía ser otra a la de denegar las pretensiones que le fueran solicitadas, como en efecto lo hizo, aunque por otras razones.

Conforme lo anterior, se torna estéril cualquier análisis del cumplimiento o no de los requisitos legales y/o jurisprudenciales relacionados con el traslado entre regímenes pensionales, puesto que se está en presencia de la falta de legitimación en la causa por activa, lo que de suyo impone la denegatoria de lo pretendido.

Al punto es preciso aclarar que la inconformidad del demandante frente a su condición de pensionado en el RAIS debido al reconocimiento de un monto pensional diferente al esperado, en manera alguna lo habilita ahora para pretender la ineficacia de la afiliación a dicho régimen, y mucho menos que se haya negado a recibir la mesada pensional, como señaló en el interrogatorio de parte, pues ya ostenta la calidad de pensionado, pese a su inconformidad del monto.

En armonía con lo mencionado en precedencia, se confirmará la sentencia revisada pero por razones diferentes.

**CONCLUSIÓN**

Conforme lo expuesto, la decisión revisada será confirmada pero por otras razones. Costas en esta instancia a cargo del demandante al fracasar la alzada y a favor de las demandadas.

**DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el **4 de septiembre de 2018** por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Gerardo Alirio Rubio Rosero** contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES y Porvenir S.A.,** por otras razones.

**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 FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Magistrado

Aclara voto

Radicación Nro. Rad. 66001-31-05-003-2017-00287-01

Proceso Ordinario Laboral

Demandante: Gerardo Alirio Rubio Rosero

Demandados: AFP Porvenir S.A. y otro

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

**Junio 4 de 2019**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Estoy de acuerdo con la decisión de revocar la sentencia de primera instancia que accedió a la declaración de ineficacia del traslado y aunque coincido con la mayor parte de la argumentación que para llegar a tal solución fue expuesta en la providencia, me parece necesario aclarar las razones que me llevan a tal conclusión.

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 establecerlo; 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 debo dejar claro que me encuentro absolutamente convencido de que, tras la protección de los intereses particulares de quienes a última hora quieren obtener el mayor beneficio pensional posible, al decretar las ineficacias, en realidad se están desconociendo diferentes pilares de nuestro sistema jurídico en general y del pensional en particular.

Como quiera que son tantos y tan contundentes los motivos que a mi juicio impiden acceder a las ineficacias solicitadas, a continuación enunciare tres diferentes grupos de razones que considero, cada uno solo o en conjunto con los 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" \l "_ftn7" \o "), 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" \l "_ftn8" \o "), 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, mas 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.

Como puede verse, con algunas concepciones jurídicas adicionales, coincido con la decisión de revocar la sentencia de primera instancia que accedió las pretensiones de la demanda.

Dejo así aclarado mi voto,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado

1. # CSJ SC de 14 de marzo de 2002, Rad. 6139, reiterada en la SC2642-2015, Radicación n° 11001-31-03-030-1993-05281-01 del 10/03/2015; 23 de abril de 2007, Rad. 1999-00125-01.

   [↑](#footnote-ref-1)