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

Providencia: Apelación sentencia

Proceso: Ordinario Laboral

Radicación No: 66001-31-05-004-2017-00312-02

Demandante: Nancy María Escobar Restrepo

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

Juzgado de origen: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira.

**TEMAS: INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL / CARGA PROBATORIA DEL DEMANDANTE / ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS SL4964 DEL 14/11/2018, SL1452 DEL 03/04/2019 Y SL1688 DEL 08/05/2019 / MANTIENE LA SALA MAYORITARIA LA POSICIÓN DE QUE INCUMBE AL DEMANDANTE PROBAR QUE LA AFP INCUMPLIÓ SU DEBER DE BRINDARLE INFORMACIÓN ADECUADA, COMPLETA Y VERAZ.**

Frente al tema de la ineficacia del traslado, sustentado en los artículos 13 literal b) y 271 inciso 1º de la Ley 100 de 1993, recientemente la SCL de la CSJ indicó que i) las AFP desde su creación tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional para que ellos pudieran adoptar una decisión consciente y libre sobre su futuro pensional…

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

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

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

… frente al tópico iii) la carga de la prueba de ninguna manera puede recaer única y exclusivamente en la AFP, pues la interpretación que deriva la Corte Suprema del artículo 1604 del C.C. es inexacta en la medida que dicho articulado exige que “la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”; no obstante lo anterior, tal obligación probatoria aparece como respuesta inmediata a alguien que previamente ha alegado el incumplimiento de una obligación por parte de su deudor, y por ello, quien alega un incumplimiento obligacional deberá probar el supuesto de hecho de la norma que consagra el efecto jurídico perseguido (art. 167 C.G.P.)…

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

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

Estoy de acuerdo con el análisis probatorio y la decisión de revocar la sentencia de primera instancia que concedió 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 precisar y adicionar algunas 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 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 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



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Sustanciadora

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

En Pereira, a los dieciséis (16) días del mes de julio de dos mil diecinueve (2019), siendo las ocho y treinta de la mañana (08:30 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 grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida 7 de noviembre de 2018 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Nancy María Escobar Restrepo** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES,** **Protección S.A.** y **Colfondos S.A.,** radicado al N° 66001-31-05-004-2017-00312-02**.**

**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**

Nancy María Escobar Restrepo pretende que se declare la ineficacia del traslado realizado al Régimen de Ahorro Individual en 1995, y en consecuencia se ordene a Protección S.A. a girar el monto de su cuenta pensional a Colpensiones, que a su vez deberá aceptar su afiliación.

Fundamenta sus aspiraciones en que *i)* el 02-01-1995 se trasladó al RAIS a través de Colfondos S.A.; *ii)* la AFP la engañó para lograr su traslado, pues le dijo que el ISS iba a desaparecer, que su mesada pensional sería mayor, además omitió informarle sobre las consecuencias de su traslado, ventajas y desventajas, las diferencias en las mesadas a recibir; *iii)* el 19-08-2004 se vinculó a Protección S.A.; *iv)* concomitante con la presentación de la demanda Nancy María Escobar Restrepo se enteró de la proyección de su pensión en el RAIS de $839.065, mientras que en el RPM ascendería a $2’593.804; *v)* infructuosamente solicitó el traslado pensional a Colpensiones.

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

A su turno, **Colfondos S.A.** se opuso a las pretensiones y en ese sentido adujo que no existió mal asesoramiento a la demandante al momento del traslado, al provenir este de su propia voluntad, sin ser beneficiaria del régimen de transición. Agregó que en 1999 la demandante se trasladó también a la AFP Colpatria, hoy Porvenir S.A. Por último, presentó las excepciones que denominó “*prescripción”,* “*buena fe”,* “*compensación”,* entre otras.

**Protección S.A.** también se opuso a las pretensiones, por lo que recriminó que la demandante recibió la información precisa para la época, sin que tuviera un derecho adquirido, por lo que el traslado no implicaba consecuencia negativa alguna; por lo que, presentó las excepciones que denominó “*prescripción”*, “*validez y eficacia de la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad”,* entre otras.

**2. Síntesis de la sentencia apelada**

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira denegó las pretensiones elevadas por Nancy María Escobar Restrepo y en consecuencia la condenó en las costas procesales. Para arribar a la anterior determinación y con fundamento en providencias emitidas por este Tribunal, explicó que ella no era beneficiaria del régimen de transición y que tampoco se había acreditado una real negación indefinida, porque del formulario de vinculación y del interrogatorio se desprendía que sí había recibido información, todo ello con el propósito de trasladar la carga de la prueba a la AFP.

En ese sentido, explicó que la demandante aceptó que había suscrito el formulario de afiliación, mismo que cuenta con la información que ella suministró al asesor, y por ello, el traslado a la AFP fue libre y voluntario. En ese sentido, correspondía a la demandante acreditar las afirmaciones contenidas en la demanda sin que lograra hacerlo, pues ni siquiera solicitó prueba testimonial, y por el contrario aparecía en el expediente que la demandante se trasladó a otra AFP, con lo que se evidenciaba su voluntad de permanencia en el RAIS.

 **3. Grado jurisdiccional de consulta**

Como la anterior decisión resultó adversa a los intereses de la demandante se ordenó el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo dispone en artículo 69 del C.P.L.

**CONSIDERACIONES**

**1. Del problema jurídico**

Visto el recuento anterior, la Sala formula el siguiente:

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

**2. Solución al problema jurídico**

**2.1. Fundamento jurídico**

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

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

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

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

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

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

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

En efecto, la intelección que se tiene, radica en que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100/93 establece que la escogencia de cualquiera de los regímenes pensionales contemplados en dicha ley es libre y voluntaria por parte del afiliado; escogencia que se verifica por escrito al momento del diligenciamiento de la vinculación o traslado, situación que de desconocerse acarrea las sanciones previstas en el inciso 1º del artículo 271 *ibídem*, consistentes de un lado en multas y de otro de vital importancia, dejar sin efecto la afiliación; en cuyo caso el trabajador podrá nuevamente elegir su régimen pensional en forma libre y voluntaria, sin que por esto recobre vigencia la afiliación anterior, pues ello no es el efecto jurídico de la ineficacia que trae el canon citado.

En ese sentido, frente al tópico *iii)* la carga de la prueba de ninguna manera puede recaer única y exclusivamente en la AFP, pues la interpretación que deriva la Corte Suprema del artículo 1604 del C.C. es inexacta en la medida que dicho articulado exige que “*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”;* no obstante lo anterior, tal obligación probatoria aparece como respuesta inmediata a alguien que previamente ha alegado el incumplimiento de una obligación por parte de su deudor, y por ello, quien alega un incumplimiento obligacional deberá probar el supuesto de hecho de la norma que consagra el efecto jurídico perseguido (art. 167 C.G.P.), o en otras palabras, demostrar la obligación incumplida para que se presuma que se dio por culpa de la contraparte, quien en réplica de tal cuestionamiento tendrá la carga de acreditar la diligencia o cuidado en la obligación pactada. Solo así, podrá distribuirse la obligación probatoria.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, la posición que la Sala Mayoritaria pregona de ninguna manera implica la búsqueda exhaustiva de una única persona a quién se le atribuya la obligación de probar, como quien busca un culpable; por el contrario, la actividad probatoria debe estar permeada del principio de la comunidad de la prueba, de manera tal que una vez las probanzas son allegadas al plenario, entonces tienen el único propósito de acreditar o no el hecho escrutado en el proceso, sin parar mientes en el sujeto procesal que la introdujo.

**2.2. Fundamento fáctico**

**2.2.1.** Rememórese que Nancy María Escobar Restrepo pretende la ineficacia del traslado ocurrido el 02-01-1995 del RPM al RAIS (fl. 2 c. 1), del que da cuenta el formulario suscrito ante Colfondos S.A. (fl. 15 c. 1), por lo que se procede a verificar si la demandante fue informada de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos del régimen pensional, que le permitiera tomar una decisión consciente y libre sobre su futuro pensional.

En efecto, lo que se demostró es que el traslado y selección del RAIS estuvo precedido de la oportuna y debida asesoría, pues ello se desprende de la firma que estampó en el formulario de traslado entre regímenes. Así, para el 02-01-1995 se realizó la “*solicitud de vinculación”* a Colfondos S.A. (fl. 15 c. 1), formulario que cuenta con la información exigida, como se explicó en precedencia.

Conocimiento que tanto ostentaba la demandante, que al absolver el interrogatorio de parte, confesó que se cambió de régimen pensional porque su dinero iba a tener rentabilidad en el fondo privado, máxime que el ISS se iba a quebrar. Información que recibió de manera grupal y luego individual. Además, relató que dentro del régimen se cambió a otro fondo privado porque era más sólido, rentable, donde le entregaban los extractos a tiempo, en los que se consignaba el valor de sus aportes y la rentabilidad que había tenido. Por otro lado, relató que solo hasta el 2017 se acercó a solicitar una proyección de su pensión porque sus compañeros comenzaron a pensionarse con bajas mesadas y por eso, se motivó a iniciar el proceso judicial de traslado pensional.

Frente al restante caudal probatorio se resalta que ninguna prueba de carácter testimonial fue solicitada por la demandante, restando únicamente los formularios de vinculación e historial laborales.

Y en ese sentido es preciso advertir que Nancy María Escobar Restrepo no solo suscribió el formulario de vinculación al RAIS a través de Colfondos S.A. en el año 1995 (fl. 15 c. 1), que cumplió los lineamientos fijados en la ley, sino que reiteró su voluntad de permanencia en dicho régimen, al trasladarse entre AFP en el RAIS, entre ellas a Protección S.A. el 19-08-2004 (fls 137 y 140 c. 1), calenda para la cual rondaba entre los 40 y 41 años de edad (fl. 27 c. 1), es decir, que todavía podía optar por cambiarse para el RPM por no estar afectada por la restricción contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 29/01/2003, de lo que se infiere que estaba conforme con los beneficios que venía disfrutando desde el año 1995 cuando ingresó a él y que los conocía, pues lo que se espera de una persona que recibe la información por primera vez, al efectuar el traslado entre AFP privadas y estar inconforme con ella, es que abandone tal régimen y retorne al RPM, pero no, pues decidió permanecer allí, lo que confirma que lo que se le informó en esa segunda oportunidad era lo mismo que se le enteró cuando optó por el RAIS al afiliarse a por primera vez a él.

Derrotero probatorio que permite concluir que Nancy María Escobar Restrepo contaba con la información de las características del RAIS, presupuesto indispensable para tomar una decisión basada en las condiciones y beneficios que le reportaría desde su traslado a este en el año 1995, pues de no ser así ni siquiera hubiese realizado un traslado posterior entre AFP, acto con el que puso en evidencia el conocimiento que tenía del RAIS y la voluntad de permanencia en él.

Frente a la ratificación de su voluntad de permanencia, si bien la Corte Suprema de Justicia adujo en la sentencia SL1688-2019 que la oportunidad de la información era indispensable, y por ello debía ser previa al traslado, lo cierto es que tampoco pueden desconocerse los actos posteriores realizados por los afiliados, a través de los cuales se devela su real conocimiento de las características del RAIS desde el momento del traslado; como resultaba de hacer uso de todos sus servicios y beneficios.

Actos posteriores que de ninguna manera implican el saneamiento de la información, sino que precisamente explicitan la existencia de prueba indiciaria que permite demostrar que la información fue dada de manera oportuna, transparente y completa desde el año 1995.

En punto al hecho de la demanda consistente en la ausencia de proyecciones sobre el monto de la pensión (fl. 3 c. 1), es preciso memorar que los cálculos del valor de la pensión solo aparecieron con la Ley 1748 de 2014[[5]](#footnote-5) y el Decreto 2071 de 2015[[6]](#footnote-6), por lo que su ausencia antes de estos años no implica necesariamente un asesoramiento incompleto; debiéndose recordar en este punto que de haberse hecho y no corresponder a lo que en el momento actual tiene, tampoco podría configurar una ausencia de información, pues se trataría de una proyección recreada con meras conjeturas. Situación que incluso se reconoce en la normativa en cita, pues tal proyección no es un derecho consolidado al basarse en hechos futuros probables, que pueden no darse.

Por otro lado, Nancy María Escobar Restrepo agregó en el interrogatorio que el ISS desaparecería*,* aseveración que no puede considerarse engañosa porque para nadie es un secreto que por la entrada en operación de los fondos privados y la competitividad que se emprendió entre esas entidades, el ISS se vio afectado financieramente, tanto así que se dio paso a una nueva entidad – Colpensiones -.

Ahora estándose frente a una persona que no fue beneficiaria del régimen de transición[[7]](#footnote-7) y que estuvo afiliada al RPM por más de 7 años, aunque con cotizaciones intermitentes (fl. 134 c. 1), permite deducir su conocimiento del RPM, por lo que mal podía exigírsele a la AFP privada desanimar en un primer momento a la demandante de su traslado al RAIS, máxime que tanto este como el RPM están concebidos en la misma Ley 100/93, sin que uno sea mejor que el otro, sino diferentes como pudo la misma demandante percibir al poder comparar las características, condiciones y ventajas que venía recibiendo en el RPM, con la recibida en el RAIS; pues la certeza del monto pensional que otorga el primero se recompensa en el RAIS con la garantía de pensión mínima, la devolución de saldos, los excedentes de libre disponibilidad y que las sumas acumuladas en la cuenta individual hagan parte de la masa sucesoral.

Así, dependiendo de las circunstancias particulares del afiliado al final de la vida laboral o de presentarse un siniestro, es que se podrá precisar cuál de los dos es más conveniente; antes de ello solo es partir de meras conjeturas y vaticinar la vida de la afiliada 20 años.

Dicho de otra forma, la asesoría brindada por la AFP en el momento de la escogencia del RAIS en el año 1995 se circunscribía a informar al afiliado de las características, condiciones y ventajas del RAIS, además de su solidez financiera (art. 97 del Decreto 663/1993 y sus modificaciones), última información que la demandante repetidamente aceptó en el interrogatorio de parte, sin que dicha información pueda analizarse desde la óptica de un buen o mal consejo; en primer lugar, porque según la jurisprudencia ya citada, dicha obligación solo apareció con la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, y en segundo lugar, ello implicaría usurpar la voluntad del afiliado, única persona que después de conocer las características del régimen podrá sopesar si la escogencia del RAIS resulta adecuada o atractiva para el florecimiento de su vida; pues al gozar de capacidad de ejercicio, quien celebra el contrato de afiliación está en condiciones de entender las incidencias de la escogencia a partir de la información que ha recibido.

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

**CONCLUSIÓN**

Conforme lo expuesto, la decisión revisada será confirmada. Sin costas en esta instancia en virtud al grado jurisdiccional de consulta.

**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 7 de noviembre de 2018 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Nancy María Escobar Restrepo** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES,** **Protección S.A.** y **Colfondos S.A.**

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia.

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

Aclaración de voto Salvamento de voto

Radicación Nro.: Rad. 66001-31-05-004-2017-00312-02

Proceso Ordinario Laboral

Demandante: Nancy María Escobar Restrepo

Demandados: Protección S.A. y otros

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

**Julio 2 de 2019**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Estoy de acuerdo con el análisis probatorio y la decisión de revocar la sentencia de primera instancia que concedió 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 precisar y adicionar algunas 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 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 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 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, 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.

**EL CASO CONCRETO DEL ACCIONANTE**

Como viene de verse existen varias razones que por si solas o en conjunto impiden acceder a las pretensiones del actor:

Primera: Como se desprende de las consideraciones, no configuran ineficacia del traslado los actos mediante los cuales la AFP 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 del actor, 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 existe una diferencia entre los valores pensionales que recibirá de uno u otro régimen, a pesar de que el dinero con que se cuenta para cubrir la prestación es el mismo. Situación que genera el cuestionamiento jurídico a tal aspiración en cuanto, si Colpensiones no tuvo injerencia en el traslado del actor 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 el actor 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 se informa en la providencia que se acompaña, existe suficiente prueba en el expediente que muestra que la AFP Protección S.A. dio la información que correspondía para que se pudiera pregonar que el traslado fue realizado con conocimiento informado por parte de la actora.

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, por los sólidos argumentos de la sentencia que acompaño y las razones acá explicadas, no habiéndose probado los supuestos de hecho que permitirían declarar la ineficacia o por lo menos la nulidad del acto jurídico del traslado, correspondía, como en efecto se hizo, confirmar la sentencia recurrida.

Dejo así aclarado mi voto,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado

1. SL4964 del 14/11/2018, radicado 54814, SL1452 del 03/04/2019, radicado 68852 y SL1688 del 08/05/2019. [↑](#footnote-ref-1)
2. Parra, Quijano, J. “*Manual de Derecho Probatorio”,* Ediciones del Profesional Ltda., Sexta Edición, 2007, pp. 148. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sent. Cas. Civ. de 15/11/2017, SC18476-2017. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sent. Cas. Lab. de 03/04/2019, SL1452-2019. [↑](#footnote-ref-4)
5. Artículo 2, parágrafo 2º [↑](#footnote-ref-5)
6. Artículos 2.6.10.2.3. y 2.6.10.4.3 [↑](#footnote-ref-6)
7. A la vigencia del régimen contaba con 30 años de edad (fl. 27 c. 1) y 246,42 semanas (fl. 134 c. 1). [↑](#footnote-ref-7)