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 Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia, 12 de diciembre de 2018

Radicación No: 66001-31-05-004-2017-00077-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Ronald Alan Perry

Demandado: Colpensiones y Protección S.A.

Juzgado de origen: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

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

De tal suerte, que en los términos del artículo 897 del código de comercio, cuando la disposición expresa que un acto no produce efectos se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial, y bajo esta nueva perspectiva es que el deber a cargo de las administradoras de pensiones de informar a sus eventuales afiliados, acerca de las implicaciones del traslado entre regímenes pensionales, se enmarca dentro de las precisas disposiciones legales y las pautas que la jurisprudencia ha trazado, por lo que la transgresión a este especifico deber no se enlaza con las precisas conductas reguladas en el régimen de nulidades.

Lo acabado de referir toca, también, con la definición de a quién pesa la carga de demostrar tal deber de información, que como se verá corresponde en todos los casos a la administradora de pensiones.

En efecto, el órgano de cierre de la especialidad laboral ha sido enfático desde su pronunciamiento del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, en sostener que las administradoras de pensiones están obligadas, entre otras cosas: “obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares”. (Sublíneas fuera del texto)

Y concretamente en relación con el deber de información a sus posibles afiliados acerca del contenido e impacto de tal afiliación, decantó lo siguiente:

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

Además, expuso que: “En estas condiciones el engaño, no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada” (…)

De tal suerte, que no hay lugar a trasladarle tal carga probatoria al afiliado (a), pues en contraste, ese traslado de la prueba opera en contra de la Administradora de Pensiones, tal cual lo definió el órgano de cierre de la especialidad laboral, en tanto que se itera, ese deber “se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares”, toda vez que no cualquiera puede apuntar a ese fin, en la medida en que ésta debe ser relevante, o sea que abarque todos los perfiles y elementos indicativos de una buena elección, máxime si se tienen en cuenta las previsiones de los artículo 1603 y 1604 del C. Civil, según el cual “prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo.

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

Conforme con lo expuesto, más allá de afirmarse en la demanda –fls.54 a 67- que el señor Ronald Alan Perry no recibió la información suficiente que le advirtiera sobre las implicaciones que traía trasladarse del RPM al RAIS, la verdad es que no quedó demostrado que se le haya brindado información contraria a lo dispuesto en los artículos 59 y siguientes de la Ley 100 de 1993 que pudiera llevar a concluir que lo manifestado por la AFP Colmena S.A. no obedecía a lo establecido en la Ley; por el contrario, lo que se acredita en el proceso con los propios dichos del accionante, es que la asesoría brindada por el fondo privado era cierta en consideración a que efectivamente en ese régimen pensional existe la posibilidad, no la exigencia, de pensionarse anticipadamente, que el monto de la pensión depende del capital que se encuentre en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos y el bono pensional que se genere por los tiempos de servicios cotizados en el ISS, así como de las cotizaciones voluntarias que deseé realizar, e igualmente que los ahorros acumulados pueden ser incluidos en la masa sucesoral en caso de que el afiliado fallezca; siendo del caso recordar que la información que indicaba que el ISS se iba a liquidar, no fueron realizados por la asesora de la AFP con el fin de generar la afiliación del demandante, sino que, como lo expresó el señor Javier Vanegas Salgado, esa era una información que rondaba en los pasillos del claustro universitario.

Es que no puede perderse de vista que el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 determinó que una vez efectuada la selección inicial, los afiliados podrán trasladarse por una sola vez cada cinco (5) años, sin que dicho movimiento pueda efectuarse cuando falten menos de diez (10) años para acceder al derecho; facultad de la cual no hizo uso en su oportunidad legal el actor, ya que después de 1º de diciembre de 1999 cuando realizó la selección inicial del régimen de ahorro individual con solidaridad, decidió permanecer afiliado a ese régimen pensional.

Así las cosas, al no pertenecer al régimen de transición, no haber pedido la nulidad del acto dentro de los cuatro años siguientes al mismo y al no quedar acreditado que el traslado efectuado por la actora ocurrió por un engaño en el que lo hizo incurrir la AFP y que él no hizo uso oportuno de la facultad de trasladarse, necesario resulta concluir que el acto del traslado no se puede pregonar nulo ni mucho menos resulta ineficaz, motivo por el que se debió revocar en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito el 7 de noviembre de 2017.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los doce (12) días del mes de diciembre de dos mil dieciocho (2018), siendo las dos y veinte de la tarde (2:20 p.m.), reunidos en la Sala de Audiencia la magistrada y los magistrados de la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 7 de noviembre de 2017 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **Ronald Alan Perry** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** y la **AFP Protección S.A.**

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

1. **INTRODUCCIÓN**

De manera previa, se pone en conocimiento de las partes la documental aportada por las entidades demandadas en respuesta al requerimiento que hiciere esta Sala mediante autos del 9 de agosto y 26 de octubre de los corrientes, para que manifiesten lo que estimen pertinente.

Los pormenores de este litigio son: Pretende el demandante que se declare la nulidad o la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado en el año 2000 a través de la AFP Santander hoy Protección S.A., y en consecuencia, se ordene a esta entidad, a girar a favor de Colpensiones el monto que se encuentre en la cuenta de ahorro individual, y a pagar las costas del proceso a su favor.

 Como fundamento a esos pedimentos expone que se vinculó al régimen de prima media administrado por el antiguo ISS hoy Colpensiones el 7 de julio de 1995; que el 1º de diciembre de 1999 suscribió formulario de vinculación a la AFP Santander S.A., trasladándose al régimen de ahorro individual con solidaridad; que dicha entidad no le brindó la información idónea que le permitiera tomar una decisión informada, ni le ofreció proyecciones de su expectativa pensional en ambos regímenes pensionales. Indica que a partir del año 2013 la AFP Protección S.A. asumió todas las obligaciones adquiridas por la AFP Santander S.A. al haber sido absorbida; que el 10 de febrero de 2016 le comunicó a la AFP demandada el interés de trasladarse del RAIS al RPM, situación que reiteró el 9 de noviembre de 2016, empero que, esas solicitudes fueron resueltas negativamente el 16 de noviembre de 2016. Aduce que el 12 de febrero de 2016 diligenció formulario de afiliación a Colpensiones, el cual fue negado bajo el argumento que le faltaban menos de 10 años para acceder al derecho pensional; que el 3 de noviembre de 2016 solicitó las proyecciones de la mesada pensional que eventualmente podría devengar a los 60 y a los 62 años, sin embargo, en respuesta del 30 de noviembre de 2016 se le informó que no era posible realizar el cálculo debido a que en la oficina de bonos pensionales se evidenciaba un error.

En su oportuna contestación, Colpensiones y Protección S.A., se opusieron a las pretensiones y formularon en su defensa distintos medios exceptivos de fondo, tales como: “Inexistencia de la obligación”, “Buena fe”, “Imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas”, “Validez de la afiliación”, “Inexistencia de vicios del consentimiento”, “Prescripción”, “Buena fe” y “Caducidad de la acción”, fls.107 y 118.

La jueza del conocimiento, en sentencia del 7 de noviembre de 2017 accedió a las pretensiones de la demanda, al considerar que la AFP demandada no acreditó el cumplimiento al deber de información frene al demandante al momento del traslado de régimen pensional.

Inconforme, el vocero de la parte demandada se alzó contra la decisión en orden a que se revoque y se le absuelva de las pretensiones, para lo cual enfiló su recurso en que el demandante no es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100/93, y por ende, ninguna expectativa pensional o perjuicio pudo haberle ocasionado el traslado al RAIS. Estimó además que las costas procesales deben igualmente ser impuestas a cargo de Colpensiones.

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

***Del problema jurídico.***

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

*¿Acertó la a-quo al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que el actor efectuó a la AFP Colmena AIG hoy Protección SA, el 1º de diciembre de 1999, efectivo a partir del mes siguiente?*

***Alegatos en esta instancia***:

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

**III. CONSIDERACIONES:**

* 1. ***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

Para resolver la instancia, a propósito del recurso interpuesto, de entrada, es menester analizar las normas que posibilitan la efectividad de lo pretendido por la parte actora, que no es otra cosa que su retorno al régimen de prima media, administrado actualmente por la administradora Colombia de pensiones – Colpensiones, régimen del cual había emigrado en el año 1999, para ingresar al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Sobre este tópico, la jurisprudencia patria había enfocado en un comienzo el asunto dentro del régimen de nulidades previsto en el código civil, esto es, en su título segundo del libro cuarto, referente a los actos y declaraciones de la voluntad, amén de su título XX, relativo a la nulidad y la recisión. Sin embargo, la posición jurisprudencial varió dicha perspectiva, tomando en cuenta las previsiones del artículo 13 lit. b) de la Ley 100 de 1993, que a la letra reza:

“*b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la presente ley*”.

A su turno, la disposición a la que se remite la norma anterior, reza:

“*ARTICULO. 271.-Sanciones para el empleador. El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. (…) La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador*.”

De tal suerte, que en los términos del artículo 897 del código de comercio, cuando la disposición expresa que un acto no produce efectos se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial, y bajo esta nueva perspectiva es que el deber a cargo de las administradoras de pensiones de informar a sus eventuales afiliados, acerca de las implicaciones del traslado entre regímenes pensionales, se enmarca dentro de las precisas disposiciones legales y las pautas que la jurisprudencia ha trazado, por lo que la transgresión a este especifico deber no se enlaza con las precisas conductas reguladas en el régimen de nulidades.

Lo acabado de referir toca, también, con la definición de a quién pesa la carga de demostrar tal deber de información, que como se verá corresponde en todos los casos a la administradora de pensiones.

En efecto, el órgano de cierre de la especialidad laboral ha sido enfático desde su pronunciamiento del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, en sostener que las administradoras de pensiones están obligadas, entre otras cosas: “*obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares”. (sublíneas fuera del texto).*

Y concretamente en relación con el deber de información a sus posibles afiliados acerca del contenido e impacto de tal afiliación, decantó lo siguiente:

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

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

Además, expuso que:

*“En estas condiciones el engaño, no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada”*.

Agrega la ameritada providencia:

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

De tal suerte, que no hay lugar a trasladarle tal carga probatoria al afiliado (a), pues en contraste, ese traslado de la prueba opera en contra de la Administradora de Pensiones, tal cual lo definió el órgano de cierre de la especialidad laboral, en tanto que se itera, ese deber “*se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares*”, toda vez que no cualquiera puede apuntar a ese fin, en la medida en que ésta debe ser relevante, o sea que abarque todos los perfiles y elementos indicativos de una buena elección, máxime si se tienen en cuenta las previsiones de los artículo 1603 y 1604 del C. Civil, según el cual *“prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo.*

Es más en providencia más reciente, SL17595, del 18 de octubre de 2017, recaba el órgano de cierre de la especialidad laboral, que tal deber informado debe abarcar una ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado (a). Rechaza por lo tanto, la simple expresión genérica alusiva a la obligación de informar, por cuanto, la administradora debe poner de manifiesto que documentó clara y suficientemente acerca de los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.

Idéntica perspectiva se ofrece en la sentencia SL12136 de 2014, radicación 46.292, la que en su parte pertinente reza:

 “*es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.*

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

…*será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales*”.

Deber de asesoría y de debida información que ha existido desde la creación de tales administradoras del Sistema General de Pensiones, acorde con los artículos 13 y 271 de la Ley 100/93, amén de los artículos 97 y 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y que se refuerza con la regla establecida en el artículo 1604 C.C.

Solo que si el susodicho cambio implica la pérdida del régimen de transición, resulta más evidente la falencia en cuanto a la información brindada al afiliado. Y en cuanto a otros motivos que pudieran argüirse, en orden a reversar el cambio entre régimen pensionales, es oportuno destacar que si bien con antelación a este traslado, aún no habían entrado en vigencia las leyes: 795 de 2003, 1328 de 2009 y 1748 de 2014, y sus desarrollos legislativos a través de los decretos: 2241 y 2555 de 2010, amén del 2071 de 2015, suficiente resultaba el compendio normativo existente al momento de aquel.

Esto por cuanto, también, el deber de información no se agota exclusivamente al momento de la afiliación, sino que este permea *“todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional*”.

En suma, el deber de asesoría, implica que la información sea **cierta, suficiente y oportuna** respecto a cada uno de los regímenes pensionales, con una adecuada explicación de las ventajas y desventajas en cada uno de ellos, sin que ello pueda limitarse a la suscripción del formulario de afiliación. Sólo el cumplimiento de estos tres requisitos, garantizará –entonces- que el afiliado pueda decidir de manera clara y transparente cuál régimen pensional se ajusta a sus condiciones propias y a sus expectativas, eligiendo razonadamente el que le otorgue mejores o mayores beneficios.

La información es cierta cuando refleja que no existen dudas sobre aspectos legales de obligatorio conocimiento, es decir, es verdadera y sustentada en la realidad objetiva, sin que sea sesgada pretenciosa o arbitraria. Es suficiente, cuando logra concretar en el afiliado el conocimiento más amplio sobre las características del sistema, los productos y condiciones de cada sistema pensional, ubicándolo en su realidad y en sus expectativas, conociendo las ventajas y desventajas de uno y otro régimen, y es oportuna, cuando es transmitida en los momentos que deben ser, a fin de buscar una libertad contractual transparente, con decisiones a tiempo y con la mayor garantía en cuanto a los beneficios que pueda recibir.

En el sub-lite, se tiene que si bien el demandante no era beneficiario del régimen de transición que prevé el artículo 36 de la Ley 100/93, como quiera que a la entrada en vigencia del nuevo sistema general de pensiones contaba con 39 años de edad, al haber nacido el 6 de enero de 1955, y según resumen de información laboral emitido por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público , ver folio 141, acreditaba 204.29 semanas, lo cierto es que indistintamente de ello, a la AFP Colmena AIG hoy Protección S.A., le correspondía acreditar que cumplió el deber de suministrar la información suficiente y completa al afiliado, acerca de la implicaciones del cambio de régimen pensional, demostrar la prueba de la diligencia y cuidado, so pena de calificarse de ineficaz dicho tránsito, sin embargo, ningún elemento de prueba enlistó con tal propósito, puesto que se limitó a aportar pruebas documentales que únicamente dan cuenta de la afiliación del actor a esa entidad y de las cotizaciones que efectuó, según se constata con los documentos obrantes a folios 133 a 145, sin que ello sea prueba suficiente, “*que su traslado al régimen de ahorro individual …se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.*

En cuanto a las pruebas testimoniales, se escucharon las declaraciones María Cristina Giraldo y Javier Vanegas Salgado. La primera, manifestó que desconoce cuáles fueron los motivos que llevaron al demandante a trasladarse de régimen pensional, puesto que apenas hace un par de años tuvo conocimiento de ello. El segundo, en calidad de compañero de labores del demandante, refirió que en su momento todas las administradora de pensiones que los visitaban a la Universidad daban similar información a los trabajadores, la cual estaba relacionada básicamente con la posibilidad de pensionarse en forma anticipada, que el ISS desaparecería y que los dineros de cada afiliado entrarían a una cuenta de ahorro individual y no en una bolsa común. Refirió que con el paso del tiempo las personas que habían efectuado el traslado se dieron cuenta que habían tomado una decisión equivocada y buscaron la posibilidad de retornar al RPM.

Por su parte, el demandante informó en el interrogatorio de parte que absolvió que al momento de efectuar el traslado de régimen pensional, la asesora de Colmena AIG le indicó que los ahorros estarían en una cuenta individual, donde produciría rendimientos de acuerdo a los movimientos del mercado; que podría pensionarse anticipadamente; que el capital ahorrado era heredable, que podía hacer aportes voluntarios con el fin de incrementar el capital ahorrado y que podría eventualmente recibir un bono pensional.

Esa fragmentaria información, lo que demuestra es el reforzamiento de la falta del deber que se le enrostra a la demandada privada, en la medida en que, no documentó su deber, individualizando los medios que utilizó para ello, puesto que se itera, no basta la simple expresión genérica, dado que la administradora debe poner de manifiesto de manera clara y suficiente, la información acerca de los efectos que le acarreaba al afiliado (a) el cambio de régimen, y suficientemente, al afiliado, acerca de los efectos que acarreaba el cambio de régimen, so pena de que pueda declararse ineficaz ese tránsito.

No se trata de rendirle culto a las formas, o escritos, como si la única prueba admisible fuera la escrita, erigiendo una solemnidad que la ley no prevé, sin embargo, la manera de desenvolverse tales entidades en el tráfico normal de sus actividades, es dejando huella de cada uno de los deberes a su cargo, detallando y documentando cada paso que realiza, de tal suerte, que no se zafa de esa carga, trayendo al proceso la manera como cada cliente financiero percibió la función o rol que cumplió la entidad financiera, sino por el contrario, entregando al juez la probanza que revele fehacientemente, el contenido del deber informado que le incumbe, y si se trataron de reuniones, el levantamiento de actas en las que se refleje, el nombre de los instructores y asistentes, los temas tratados o desarrollados, las consultas absueltas, los niveles de satisfacción de tales respuestas a las consultas, etc.; pasos que se erigen como un hilo conductor, que le lleve al juez el convencimiento de que al usuario se le dispensó la información adecuada y precisa, en aras de hacer la mejor elección.

De otra parte, cabe agregar que las entidades demandadas –Protección SA y Colpensiones- en cumplimiento al decreto oficioso de pruebas que realizó esta Colegiatura el 9 de agosto y 26 de octubre de 2018, allegaron la proyección de la mesada pensional del señor Ronald Alan Perry en uno u otro régimen pensional, de donde se infiere que el actor, de haber permanecido en el RPM administrado por Colpensiones, alcanzaría a la fecha una mesada pensional de $3`199.747, al paso que en el RAIS no cuenta con el capital necesario en su cuenta de ahorro individual para acceder a una mesada mínima, y aun si se tuvieran en cuenta las semanas que según indicio son válidas para bono pensional, puesto que la entidad administradora aduce que existe un error en la historia laboral que impide corroborar su existencia, lo cierto es que el actor eventualmente podría acceder únicamente a la garantía de pensión mínima, ver fls.45 y ss. cdno. 2ª Inst.

De igual manera, la diferencia abismal entre un cálculo y otro, no obedece a las variaciones en el mercado de valores del que se hace depender los ahorros en el RAIS, en orden a justificar que si se cumplió con el deber de información a cargo del fondo privado, por cuanto como lo refiere un caracterizado vocero del sector financiero:

*“Con la misma velocidad con que cayeron las cotizaciones cambiarias temporalmente, en los meses posteriores se han recuperado hacia sus valores más fundamentales. De esta manera, la tendencia debería ser hacia retornos reales positivos del orden del 4 al 6 % anual en las pensiones obligatorias (donde cabe aclarar que se trata de valores netos de la inflación y de los pagos que se hacen a las AFP y a las aseguradoras, siendo estos pagos iguales a los que se hacen en el régimen público de Colpensiones).   Más aún, durante el periodo de vigencia del ahorro privado pensional en Colombia (1995-2018), el retorno real histórico ha sido un satisfactorio 8 % anual, lo cual ha permitido ofrecer una tasa de reemplazo ( TR = pensión / contribución) con valores del 50 %-60 % (similares a las observadas en países de la Ocde) y sin generar ningún tipo de faltantes fiscales”. (Sergio Clavijo, Director de Anif, 27 de mayo de 2018 publicación del diario El Espectador).*

De igual suerte, otro comentarista de la academia pone en evidencia la falta de información acerca de las estrategias de inversión, o de que estas puedan ser escogidas por el afiliado, dentro del abanico de posibilidades que el fondo tendría el deber de informar. Al efecto apuntó en un artículo de prensa:

*“Hice el ejercicio y comparé la estrategia “moderada” de los fondos colombianos con una estrategia de riesgo moderado que suelen recomendar los analistas financieros: 60% en el índice S&P500 y 40% en bonos del tesoro de los Estados Unidos. No es el portafolio más representativo posible del mercado mundial, pero se acerca bastante, y sobre todo se acerca más de lo que lo hacen los fondos de pensiones colombianos.*

*El resultado es que el retorno promedio en pesos de los fondos privados de pensiones entre 1994 (año en que entraron en funcionamiento) y 2017 fue de un 11,80% anual. Por otro lado, la estrategia alternativa dio (también en pesos) un retorno del 12,76% anual. O sea, si uno contribuyó 10 millones a principios de 1994 a un fondo colombiano, a finales de 2017 tenía 145 millones, mientras que con la estrategia alternativa la inversión inicial se habría convertido en 178 millones. Más aún, si uno hubiera podido seguir una estrategia de mayor riesgo pero de todas formas razonable (es decir, invertir el 100% en el S&P500), hoy tendría 337 millones”* (Luis Carlos Reyes Ph. D., profesor universitario de Economía, en su publicación en el diario El Espectador, el 10 de mayo de 2018)

De lo anterior, se concluye, entonces, que al actor no se le brindó la información suficiente respecto a lo que más le convenía, a fin de que tomara una decisión razonada; que no se le proporcionó una adecuada orientación de lo más benéfico a su situación pensional, ilustrándolo en forma suficiente y dando a conocer las diferentes alternativas, documentándolo sobre los efectos que acarreaba el cambio de régimen, todo lo anterior en ejercicio del deber de información y, de buen consejo que le asiste a las entidades administradoras.

De suerte que, acertada resulta la decisión de la a-quo de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el actor en el año 1999, con la consecuencia ineludible de la afiliación vigente al régimen de prima media con prestación definida, administrado actualmente por Colpensiones; así mismo, acierta al determinar que el fondo privado accionado debe autorizar el retorno del afiliado al régimen de prima media con prestación definida y adelantar las gestiones pertinentes para trasladar con destino a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, con sus respectivos rendimientos, saldos, frutos e intereses.

No obstante, es necesario adicionar la providencia, en orden a otorgarle al fondo privado accionado el término de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta sentencia, para adelantar las gestiones enunciadas anteriormente.

En torno al segundo ataque, encaminado a que se imponga a cargo de Colpensiones el pago de costas procesales por haberse opuesto a las pretensiones del gestor de esta litis, es preciso indicar que tal pedimento no tiene vocación de prosperidad, en primer lugar, porque la decisión que se profiere tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora de fondos privado al momento de efectuar el traslado de régimen pensional. Y segundo, porque la negativa de Colpensiones frente a la solicitud de traslado del demandante se hizo conforme al ordenamiento jurídico aplicable, según el cual el cambio de régimen pensional no procede cuando el afiliado se encuentra a diez años o menos de cumplir el requisito de edad para pensionarse (artículo 2º Ley 797 de 2002). Luego entonces, Colpensiones negó la solicitud de traslado conforme a la ley.

Por ende, tampoco prospera este segmento de la apelación.

Con lo expuesto, quedan resueltos en su integridad los puntos de inconformidad propuestos por la entidad recurrente, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Costas en esta instancia a cargo del fondo privado y en favor del actor y de Colpensiones.

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

**FALLA**

**1. Confirmar** la sentencia proferida el 7 de noviembre de 2017 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia, **Adicionándola** en orden a otorgarle a la AFP Protección S.A. el término de un (1) mes para realizar todas las gestiones pertinentes para el traslado del demandante, incluido el traslado de los aportes efectuados en la cuenta de ahorro individual, con sus respectivos rendimientos.

**2**. Costas en esta instancia a cargo del fondo privado y en favor del actor y de Colpensiones.

*NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.*

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

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

 Magistrada Magistrado

 Salva voto

Radicación Nro. : 66001-31-05-004-2017-00077-01

Proceso: Ordinario

Demandante: Ronald Alan Perry

Demandado: Colpensiones y otros

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

**Diciembre 12 de 2018**

**SALVAMENTO DE VOTO**

Tal como lo propuse en la ponencia que presenté inicialmente, considero que la sentencia del juzgado de conocimiento proferida el 28 de noviembre de 2018 que otorgó las pretensiones de la demanda, debió ser revocada.

Los argumentos que sustentan mi alejamiento de lo decidido por la mayoría en esta segunda instancia se basan en los siguientes supuestos jurídicos y análisis del caso concreto:

**JURISPRUDENCIA VIGENTE SOBRE LA INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.**

La Sala de Casación Laboral mediante sentencia SL12136 de 3 de septiembre de 2014 radicación Nº 46.292 con ponencia de la Magistrada Elsy del Pilar Cuello Calderón, frente al tema de la ineficacia del traslado señaló que cuando se trate de **afiliados beneficiarios del régimen de transición** establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, resulta perentorio establecer si la respectiva administradora procedió a la afiliación en términos de eficacia, informándole las consecuencias que le traería el traslado, que no es otra diferente que la de la pérdida del régimen transicional; lo cual explicó en los siguientes términos:

*“El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama* ***que se le respete el régimen de transición****, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias.*

***En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición****, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1° de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.”.*

Para apoyar esa tesis de la ineficacia de los traslados entre regímenes por la pérdida del régimen de transición, la Sala de Casación laboral se apoyó en principio en el literal b del artículo 13 de la ley 100 de 1993 que dispone *“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.”*. Este último artículo a la vez dispone que “*El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica* ***que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos*** *e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.”.*

Tales previsiones las concordó con el inciso 4º del artículo 36 de la ley 100 de 1993, para concluir que, **en la medida que el traslado al Régimen de prima media conlleva la pérdida de la transición** y que el citado inciso exige expresamente que dicha decisión sea voluntaria, para la eficacia de la decisión se requiere que aparezca prueba inequívoca de **que el cambio se produjo por una decisión informada**. Al respecto, expresamente se señaló en la sentencia con rad. 46292 de 3 de septiembre de 2014:

*“…distinto del caso de quienes solo tuvieran la edad establecida en el reseñado* ***artículo 36 de la Ley 100 de 1993****, solo que ello parte de un supuesto evidente y es que la manifestación del traslado, como se indicó, estuviera precedida de libertad,* ***y 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****, no solo por la entidad del derecho discutido, sino porque el Estado es garante de la prestación del servicio público obligatorio, y debe dirigirlo, controlarlo y coordinarlo, y por ello deben aplicarse las consecuencias de que no exista una decisión informada (artículos 4 y 5, Ley 100 de 1993).*

Acogiendo esa línea jurisprudencial, basada –se insiste- en el perjuicio que implica la pérdida de la transición, algunas Salas de decisión Laboral de este Tribunal han venido sosteniendo que cuando está en juego la pérdida de éste por efectuarse el traslado de régimen, para evitar una decisión desfavorable, le corresponde a la administradora demostrar que ofreció al usuario la información necesaria para hacerle notar las consecuencias desfavorables del mismo; no obstante, cuando el afiliado **no ostenta la calidad de beneficiario del régimen de transición**, la carga de la prueba sobre los fundamentos que alega para pedir su nulidad e ineficacia, está en su cabeza, advirtiéndose que no puede únicamente sostener que no fue informado sobre las consecuencias de su traslado, por cuanto debe probar sus dichos, **esto, en el entendido que el solo traslado no le genera ningún perjuicio**, pues en su momento, simplemente ejerció su derecho a optar por el sistema que consideró, ser el más adecuado a sus intereses y expectativas de vida futura.

En efecto, debe resaltarse la precisión que hace la Corte en cuanto sostiene “***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***”. Afirmación que no tiene significado diferente a que, en los casos en que, por el traslado de régimen, no exista pérdida del beneficio de la transición, **las reglas que deben seguirse para restarle efectos al acto jurídico del traslado, son las de la nulidad**, que entre otras cosas, dejan la carga de la prueba en cabeza del demandante y -con un adecuado sentido de la necesidad de garantizar y ofrecer a los asociados seguridad jurídica- conllevan un término prudente para solicitarla, so pena de tenerlo por convalidado como se verá más adelante.

No obstante, en reciente sentencia de 14 de noviembre de 2018, rad. 54814, con ponencia del doctor GERARDO BOTERO ZULUAGA, la Sala de Casación Laboral parece incluir dentro de la óptica de **ineficacia** del traslado por “falta de información” la de todos los afiliados, independientemente de su pertenencia o no al régimen de transición. Al respecto dice en la sentencia en cita lo siguiente:

“Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que “*en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante”,* es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **encontrándose o no la persona en transición**.”

Hasta este momento solo se conoce este pronunciamiento sobre el tema de la ampliación de la figura de la ineficacia de traslados para afiliados que no gozan del beneficio de la transición y por ende el mismo no constituye jurisprudencia que deba seguirse, pero desde ya vale hacer las siguientes observaciones sobre el tema.

**VALOR NORMATIVO DE LAS SENTENCIAS PROFERIDAS POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.**

La Corte Constitucional en la sentencia C-836 de 2001, al abordar el tema de doctrina probable enseñó que, a la Corte Suprema de Justicia como juez de casación, se le ha encomendado el deber de unificar la jurisprudencia nacional en la jurisdiccional ordinaria, situación que lleva a la propia Corte y a los jueces de esa jurisdicción a no apartarse por su sola voluntad de la jurisprudencia que sobre un mismo tema ha construido el alto tribunal, pues precisamente la razón de su existencia es diseñar el orden que garantice la igualdad. Haciéndose así necesario que para apartarse de la doctrina probable los jueces expongan claramente la tesis vigente emanada de la Corte y la razonada argumentación jurídica que los lleva a disentir de ésta.

En efecto, en la parte resolutiva de la sentencia en cita se dispuso:

“PRIMERO.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 4º de la Ley 169 de 1896, siempre y cuando se entienda que la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, **al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión**, en los términos de los numerales 14 a 24 de la presente Sentencia.”

**RAZONES QUE ME LLEVAN A APARTARME DE LA PUERTA QUE ABRIÓ LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN LO RELATIVO A LA AMPLIACIÓN DE LA POSIBILIDAD DE DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO A AFILIADOS QUE NO PERTENECEN AL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN.**

**PRIMERA: 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. Lo cual, de ninguna manera podría ser ofrecido de aceptarse, como se está haciendo *a priori,* hoy por hoy, que uno de los dos sistemas es mejor que el otro, porque eventualmente, gracias a los subsidios, en muchos eventos resulta otorgando pensiones más elevadas que el otro.

Lo primero que cabe resaltar es 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 todos estos beneficios 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 por privarse de estos para tener 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.

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

Para garantizar la libre 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-.

Para explicar 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”*.”

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 sí lo hicieron.**

**TERCERO: 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 decreto 692 de 1994, así:

*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”.***

Nótese como, no solo la norma dispuso la información que debía contener el formulario sino que, 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 guiaran adicionalmente por normas del estatuto financiero, supuestamente aplicables? ¿Acaso dejó de tener vigencia la regla de interpretación de que las normas especiales prevalecen sobre las generales?

Pero aun así, obviando lo anterior, sobre el tema cabe presentar dos preguntas: ¿En qué consiste la supuesta obligación de la administradora de dar información completa a quien pretende el traslado?, ¿Cuál es la información que se acusa a las AFP de no haber dado a las personas que se trasladaron al RAIS?:

Las respuestas son necesarias y resultan contundentes para entender la insostenibilidad de la exigencia de la tesis de falta de información, así: Las proyecciones sobre los montos pensionales en cada régimen, no pueden ser la información que se echa de menos, porque solo fueron dispuestas por la Ley 1748 de 2014, mientras que las demás precisiones que se pudieran hacer sobre los pormenores de los regímenes no son nada distinto que los contenidos de la Ley que regula los dos sistemas, cuyo conocimiento no hay que repetirlo a las partes, toda vez que el mismo se presume de derecho conocido por las ellas según el artículo 9 del Código Civil, pues a nadie le está permitido ignorar las leyes.

En efecto, resulta claro que la obligación de hacer proyecciones, apenas vino a imponerse a las administradoras con la ley 1748 de 2014, en cuyo parágrafo 1º del artículo 2º se destaca:

**“*PARÁGRAFO 1o.****Adicionar un inciso 2o al artículo*[*9*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1328_2009.html#9)*o de la Ley 1328 de 2009, que regula el contenido mínimo de la información al consumidor financiero, cuyo texto es el siguiente:*

*En desarrollo de lo anterior, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deberán garantizar que los clientes que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes.* ***Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia****.*”

Norma que permite evidenciar que con anterioridad no existía la obligación de hacer cálculos comparativos de las eventuales pensiones en cada régimen, toda vez que la misma disposición establece que la obligación que por ella se crea, solo puede ser cumplida “de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia”; previsión que para hacerse viable exigió a su vez la expedición del decreto 2071 de 2015 que precisamente en sus considerandos pregona:

“*Que el 26 de diciembre de 2014 se expidió la Ley 1748 por medio de la cual se establece la obligación de brindar información transparente a los consumidores de los servicios financieros y se dictan otras disposiciones. Para el efecto en su artículo 2° dispuso la información mínima y la periodicidad con la que le deben ser remitidos los extractos a los afiliados al Sistema General de Pensiones;*

*Que en el mismo artículo se estableció la necesidad de reglamentar los cálculos para que las administradoras de fondos de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad realicen la proyección de la expectativa pensional, con la finalidad de que los afiliados cuenten con información adecuada sobre su futuro pensional y la procedencia de obtener una asesoría personalizada para este fin;*

*Que el parágrafo 1° del mismo artículo adicionó un inciso al artículo 9° de la Ley 1328 de 2009, el cual determina la obligación de garantizar que los afiliados al sistema general de pensiones reciban una asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para el traslado, con miras a que el afiliado tome una decisión informada*”

Y fue, solo producto de tal desarrollo que finalmente se dispuso en el decreto en cita, 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”*; aspecto que pone de manifiesto que antes del decreto en comento, las Administradoras no tenían mecanismo para dar tal información pues es, este artículo 2.6.10.4.3., el que establece los parámetros técnicos para poder cumplir tal cometido, al disponer:

“***Artículo 2.6.10.4.3. Proyección del beneficio pensional en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.****El afiliado podrá solicitar una proyección del valor del beneficio pensional a la Administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en la que se encuentre afiliado. Para ello suministrará a la Administradora respectiva la información adicional que ésta requiera. Para el cumplimiento de esta obligación por parte de la Administradora, el afiliado tiene derecho a contar con una asesoría personalizada por parte de la Administradora, de conformidad con el numeral 5 del artículo 2.6.10.1.3 y el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto número 2555 de 2010, y las normas aplicables que regulen la materia.*

*Las administradoras deberán indicar de manera expresa al afiliado que la simulación corresponde a la modalidad de pensión de retiro programado, calculada con base en las cotizaciones obligatorias y no incluye aportes voluntarios.*

*Para el cálculo de la proyección antes mencionada se deberán tener en cuenta los siguientes parámetros técnicos:*

*a) La tasa de interés técnico que se encuentra establecida por la Superintendencia Financiera de Colombia o la que la modifique o sustituya;*

*b) Las tablas de mortalidad de rentistas y de inválidos expedidas por la Superintendencia Financiera de Colombia;*

*c) Las tasas de inflación y crecimiento de los beneficios pensionales;*

*d) Demás parámetros y supuestos que imparta sobre el particular la Superintendencia Financiera de Colombia*.

Para finalmente concluirse en el parágrafo 2º que:

**“*Parágrafo 2°.****La proyección de que trata este artículo, proporcionada por la Administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de las herramientas financieras, deberá entenderse como un cálculo estimado de la eventual futura pensión. La Administradora deberá informar al afiliado que la mesada pensional resultante es una mera proyección y no un derecho consolidado, por fundamentarse en una simulación de supuestos futuros probables, pero sin certeza sobre la ocurrencia*”.

Salta a la vista entonces, que con anterioridad a estas normas, no estaban establecidos los parámetros que permitieran dar una información técnica a título de proyección y por ello tal obligación no puede exigirse en estos asuntos.

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 cálculos con significado**.

**NULIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS Y OPORTUNIDAD PARA ALEGARLA.**

Una lectura juiciosa de la sentencia SL12136-2014, que sentó las bases de la actual posición de la Sala de Casación Laboral sobre el tema de la nulidad o la ineficacia del traslado, permite notar que la Corporación 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 esa afectación se presume y por ello corresponde a las AFP ofrecer la prueba de haber suministrado la información relativa a la pérdida de beneficios que el traslado conllevaba.

En ese horizonte, 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.

**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 de persistir 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**

Sea lo primero advertir que el señor Ronald Alan Perry no es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que de acuerdo con la copia de la cédula de ciudadanía –fl.26- se evidencia que para el 1º de abril de 1994, fecha en que empezó a regir el sistema general de pensiones, él tenía cumplidos 39 años de edad, y según el certificado de información laboral emitido por el la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda –fls.141 y 142-, para ese momento tan solo acreditaba 204.29 semanas de servicios, que equivalen a 3.97 años, a pesar de que en la demanda se dijo que la afiliación al sistema general de pensiones se había producido desde el 1º de julio de 1995.

Con el formulario Nº 1010521243 de 1º de diciembre de 1999 visible a folio 133 del expediente, el actor declaró bajo la gravedad de juramento haber escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad de manera libre, espontánea y sin presiones, situación que corroboró al contestar el interrogatorio de parte absuelto por petición de la AFP Protección S.A.; esto es, que su traslado a ese régimen pensional se hizo bajo los parámetros establecidos en los artículos 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, sin que se evidencie que el traslado al de ahorro individual con solidaridad efectuado el 1º de diciembre de 1999 haya producido, en principio, afectación alguna.

Claro resulta entonces que al no tratarse de un caso de ineficacia por no involucrar la pérdida del régimen de transición, el análisis que correspondía era el de la posible nulidad del acto mediante el cual se concretó el traslado, pero como quiera que este se realizó el 1 de diciembre de 1999, para el año de presentación de la demanda (2017), esto es 18 años después, había adquirido total firmeza y legalidad, pues al haber transcurrido más de cuatro años desde su realización, cualquier nulidad relativa de que hubiera podido adolecer, había quedado saneada por el transcurso del tiempo.

Pero no solo lo anterior –que de por si resulta suficiente para negar las pretensiones- da al traste con las aspiraciones del actor, sino que también, conforme quedó visto con anterioridad, le incumbía a él probar las afirmaciones con base en las cuales aspiraba obtener la declaración de nulidad, pues al no ser beneficiario del régimen transicional, no se evidencia que el traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad haya producido, en principio, afectación alguna y para ello solicitó que fueran escuchados los testimonios de María Cristina Giraldo de Londoño y Javier Vanegas Salgado.

La señora Giraldo de Londoño manifestó no conocer la situación particular de su compañero de trabajo Ronald Alan Perry, pues no sabe en qué momento se trasladó del RPM al RAIS, ni las condiciones que lo llevaron a realizar ese cambio de régimen pensional, al punto que fue solo hace un par de años que ella supo que el demandante se había trasladado del ISS.

Por su parte el señor Vanegas Salgado indicó que como compañero de trabajo desde hace muchos años del señor Ronald Alan Perry en la Universidad Tecnológica de Pereira, se dio cuenta que él se trasladó del ISS a Colmena, y que si bien él como tal se trasladó a otro fondo privado, más precisamente a Colfondos S.A., lo cierto es que la información que en su momento daban todas las AFP eran muy similares, informando que en el medio universitario había rumores de pasillo que señalaban que el ISS iba a ser liquidado, lo cual llevó a que muchos de ellos escucharan a los asesores del fondo privado, quienes en líneas generales planteaban la posibilidad de pensionarse anticipadamente, que los ahorros estaban en una cuenta individual y no en una bolsa común, pero que con el paso del tiempo y de acuerdo a lo que iban diciendo los mismos compañeros, se dieron cuenta que esa decisión había sido equivocada, motivo por el que la gran mayoría está buscando la posibilidad de retornar al régimen que administra Colpensiones.

Al contestar el interrogatorio de parte, el señor Ronald Alan Perry fue claro en manifestar que él suscribió el formulario de traslado de régimen pensional de manera libre y voluntaria; que una de las motivaciones que lo llevó a realizar el traslado fue el hecho de que se decía que el ISS se iba a liquidar; confesó que la asesora de Colmena S.A. hoy Protección S.A. le informó que en el RAIS sus ahorros iban a estar en una cuenta individual y que el crecimiento de la misma estaba directamente relacionada con el movimiento de los mercados; que por el tiempo de servicios cotizados en el ISS se iba a emitir un bono pensional que entraría directamente a la cuenta; que tenía la posibilidad de pensionarse de manera anticipada, aunque a él esa característica le era indiferente; le llamó mucho la atención el hecho de que sus ahorros podían ser heredados por sus hijos; que es consciente que en el RAIS se pensionaba de acuerdo con el capital acumulado y que en el RPM es con tiempo de cotizaciones; también sostuvo que se le informó que podía hacer aportes voluntarios con el objeto de aumentar el capital ahorrado y que actualmente debe trabajar más tiempo para lograr acceder al derecho en ambos regímenes; expresó que visita constantemente la página web de la AFP para estar pendiente del saldo de su cuenta de ahorro individual.

Ahora bien, dado que la demandante alega que en la información que se le dio se omitió brindarle proyecciones sobre el monto o la cuantificación de su mesada pensional, es pertinente recordar que esa obligación, apenas vino a imponerse a las administradoras con la ley 1748 de 2014, norma que exigió a su vez a la expedición del Decreto 2074 de 2015, como se señaló en precedencia.

De otro lado, preciso es observar que la afiliación al sistema general de pensiones del actor data del año 1995, por lo que cuando se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, la formación de su derecho pensional era apenas incipiente, sin que pudiera pregonarse de él, que su situación anterior le había generado expectativas legítimas de derecho. Por el contrario, en el régimen de ahorro individual, en el que ahora no quiere estar, permaneció sin reparos, desde diciembre de 1999 hasta febrero de 2016, esto es, por más de 17 años y en el que, por estar afiliado, resultaba potencial acreedor de los diferentes beneficios que éste otorgaba, amén que libremente pudo retornar a Colpensiones en los términos del artículo 2º de la ley 797 de 2003. ¿Cómo aceptar entonces, en tales condiciones, que el corto periodo de permanencia en el régimen de prima media es el que resulta eficaz frente al muchísimo más largo verificado en el de ahorro individual, del que se benefició?

En concordancia con lo anterior, se debe tener en cuenta que la simple manifestación de inconformidad de que el valor de la pensión a recibir en este momento en el régimen de prima media pueda resultar superior al que se ha de recibir en el RAIS, por sí sola no constituye prueba de que cuando realizó su traslado, lo haya hecho movido por un engaño o por una equivocada información. En realidad en esta clase de asuntos la parte demandante para triunfar en sus pretensiones, entre otros aspectos, debe probar el perjuicio sufrido, la información equivocada o falaz que recibió de la Administradora y la relación de causalidad entre ésta y su traslado.

Conforme con lo expuesto, más allá de afirmarse en la demanda –fls.54 a 67- que el señor Ronald Alan Perry no recibió la información suficiente que le advirtiera sobre las implicaciones que traía trasladarse del RPM al RAIS, la verdad es que no quedó demostrado que se le haya brindado información contraria a lo dispuesto en los artículos 59 y siguientes de la Ley 100 de 1993 que pudiera llevar a concluir que lo manifestado por la AFP Colmena S.A. no obedecía a lo establecido en la Ley; por el contrario, lo que se acredita en el proceso con los propios dichos del accionante, es que la asesoría brindada por el fondo privado era cierta en consideración a que efectivamente en ese régimen pensional existe la posibilidad, no la exigencia, de pensionarse anticipadamente, que el monto de la pensión depende del capital que se encuentre en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos y el bono pensional que se genere por los tiempos de servicios cotizados en el ISS, así como de las cotizaciones voluntarias que deseé realizar, e igualmente que los ahorros acumulados pueden ser incluidos en la masa sucesoral en caso de que el afiliado fallezca; siendo del caso recordar que la información que indicaba que el ISS se iba a liquidar, no fueron realizados por la asesora de la AFP con el fin de generar la afiliación del demandante, sino que, como lo expresó el señor Javier Vanegas Salgado, esa era una información que rondaba en los pasillos del claustro universitario.

Es que no puede perderse de vista que el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 determinó que una vez efectuada la selección inicial, los afiliados podrán trasladarse por una sola vez cada cinco (5) años, sin que dicho movimiento pueda efectuarse cuando falten menos de diez (10) años para acceder al derecho; facultad de la cual no hizo uso en su oportunidad legal el actor, ya que después de 1º de diciembre de 1999 cuando realizó la selección inicial del régimen de ahorro individual con solidaridad, decidió permanecer afiliado a ese régimen pensional.

Así las cosas, al no pertenecer al régimen de transición, no haber pedido la nulidad del acto dentro de los cuatro años siguientes al mismo y al no quedar acreditado que el traslado efectuado por la actora ocurrió por un engaño en el que lo hizo incurrir la AFP y que él no hizo uso oportuno de la facultad de trasladarse, necesario resulta concluir que el acto del traslado no se puede pregonar nulo ni mucho menos resulta ineficaz, motivo por el que se debió revocar en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito el 7 de noviembre de 2017.

Dejo así salvado mi voto,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado