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

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia, 30 de enero de 2019

Radicación No: 66001-31-05-004-2017-00137-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Stella Franco Franco

Demandado: Colpensiones y Colfondos 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 que la accionante no recibió la información suficiente que le advirtiera sobre las implicaciones que traía trasladarse al RAIS y que se le había dado información mentirosa, la verdad es que ello no quedó demostrado, pues por el contrario, con la confesión hecha por la demandante, lo que queda probado es que la información dada no contraría lo dispuesto en los artículos 59 y siguientes de la Ley 100 de 1993, por lo que equivocado resultaría concluir que lo manifestado por la AFP Porvenir S.A. no obedecía a lo establecido en la Ley; siendo del caso señalar que cuando a la señora Franco Franco se le preguntó cuál había sido la información que se le había dado, en ningún momento afirmó que se le hubiere prometido por parte de la AFP un monto de la pensión de vejez superior a la que podría devengar en el régimen de prima media con prestación definida, al punto que hizo saber que en ese momento, esto es, en el año 1994, no le interesaba comunicar al asesor cuál era su expectativa pensional.

Tampoco 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 la señora Stella Franco Franco, ya que después del 7 de diciembre de 1994 cuando realizó la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad, decidió mantenerse afiliada 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 la hizo incurrir la AFP y que ella 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 confirmar en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito el 28 de febrero de 2018.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los treinta (30) días del mes de enero de dos mil diecinueve (2019), siendo las (8:55 a.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 actora contra la sentencia proferida el 28 de febrero de 2018 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **Stella Franco Franco** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y Colfondos S.A.**

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

1. **INTRODUCCIÓN**

Pretende la demandante que se declare la nulidad o ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad efectuado a través de la AFP Colfondos S.A. y con base en ello, se ordene a esa entidad a girar a favor de Colpensiones el monto que se encuentre en la cuenta de ahorro individual, y a éste última a aceptar el traslado, más las costas del proceso a su favor.

Como fundamento a sus pedimentos, expone que el 1º de septiembre de 1988 se vinculó al régimen de reparto simple de la Caja Nacional de Previsión Social, administrado actualmente por Colpensiones; que el 7 de diciembre de 1994 suscribió formulario de afiliación a la AFP Colfondos S.A., sin embargo, en ese momento el asesor no le brindó la información plena, cierta, seria y oportuna que le permitiera tomar una decisión jurídica consciente de las consecuencias que ello generaría; que no se le realizaron proyecciones en ambos regímenes con apoyo en el salario devengado ni se recaudó información sobre su situación familiar; que el 15 de febrero de 2017 le comunicó a la AFP su intención de trasladarse al régimen de prima media, sin embargo, a través de comunicación de 9 de marzo de esa anualidad la entidad accionada negó la petición aduciendo que no cumplía los parámetros señalados en la sentencia SU-062 de 2010. Aduce que la proyección pensional efectuada el 10 de noviembre de 2016 indica que su mesada pensional a los 57 años de edad sería de $951.353, mientras que de haber permanecido en el régimen de prima media, alcanzaría $1.434.882; por último que el 27 de septiembre de 2016 diligenció formulario de afiliación a Colpensiones, pero le fue negado por faltarle menos de 10 años para acceder a la pensión de vejez.

En su oportuna contestación, Colpensiones se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo: “Inexistencia de la obligación”, “Buena fe” e “Imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas”, ver fls.66 y ss.

Colfondos S.A., por su parte, se opuso igualmente a los pedimentos y excepcionó: “Validez de la afiliación a Colfondos e inexistencia de vicios en el consentimiento”, “Caducidad de la acción”, “Buena fe” y “Prescripción”, ver fls.96 y ss.

La jueza del conocimiento, en sentencia del 28 de febrero del 2018, negó las pretensiones y condenó en costas procesales a la parte actora, tras considerar la validez del traslado de régimen pensional efectuado por la actora al RAIS.

Inconforme, el vocero de la parte actora se alzó contra la decisión en orden a que se revoque y se acceda a las pretensiones, para lo cual sustentó en el recurso que el deber de información recae única y exclusivamente en el fondo privado accionado, circunstancia que a su juicio no quedó debidamente acreditado en el proceso.

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:

*¿Hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la actora el 7 de diciembre de 1994 de la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal a la AFP Colfondos S.A.?*

***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 1994, 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, como lo definió el órgano de cierre, 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 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*”.

Así las cosas, en tratándose de traslados entre regímenes pensionales, son las entidades administradoras de pensiones quienes tienen la obligación de demostrar el cumplimiento al deber de asesoría e información a sus afiliados, sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio de prima media al de ahorro individual, indistintamente de si la persona se encontraban o no amparada por el régimen de transición, tal como lo pregonó la Sala de Casación Laboral en sentencia SL 4964 de 2018, radicación 54814. Se recabó además en esa providencia, que la información que otorguen las administradoras debe ser de máxima transparencia, pues sólo a ellas les corresponde dar cuenta que actuaron con diligencia no sólo por la propia imposición que trae consigo el artículo 271 Ley 100/93, sino también por las disposiciones del artículo 1604 Código Civil.

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, ubicándolo en su realidad y en sus expectativas, conociendo las ventajas y desventajas, y es oportuna, cuando es transmitida en los momentos debidos, 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 la demandante no era beneficiaria 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 34 años de edad, al haber nacido el 17 de marzo de 1960, y tener 291.14 semanas cotizadas según fl.21, lo cierto es que indistintamente de ello, a la AFP Colfondos le correspondía acreditar que cumplió el deber de suministrar la información suficiente y completa a la afiliada, 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 de la actora a esa entidad, según se constata con los documentos obrantes a folios 111 a 115, 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”.*

Ahora bien, revisado el interrogatorio de parte rendido por la actora, ella indicó que la asesoría brindada por la AFP accionada estaba encaminada puntualmente a la posibilidad de obtener la pensión en forma anticipada y que los dineros ahorrados en la cuenta hacían parte de la masa herencial.

Esa fragmentaria información, no posee la capacidad de enervar la obligación a cargo de la demandada, en la medida en que, no allegó documento que acreditara que cumplió con el deber de informar en forma completa a la afiliada, individualizando los medios que utilizó para ello y haciéndole conocer los pro y los contra de la migración, puesto que se itera, no basta la simple expresión genérica, dado que la administradora debe poner de manifiesto que documentó clara y suficientemente, al afiliado (a), 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 de 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 –Colfondos SA y Colpensiones- en cumplimiento al decreto oficioso de pruebas que realizó esta Colegiatura el 21 de agosto de 2018, allegaron la proyección de la mesada pensional de la señora Franco Franco en uno u otro régimen pensional, de donde se infiere que a la edad de 58 años, de haber permanecido en el RPM alcanzaría una mesada equivalente a $4`606.399, al paso que en el RAIS a los 59 años sería de $1`253.133, ver fls.11 y 20 Cdno 2º Inst.

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 a la actora 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, ilustrándola en forma suficiente y dando a conocer las diferentes alternativas, documentándola 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.

Cabe agregar además, que de lo que se trata en este tipo de asuntos es de verificar si existió una manifestación libre y voluntaria, precedida de una oportuna, veraz, suficiente y completa información y asesoría sobre los efectos del traslado de régimen pensional, en los términos establecidos por la ley y la jurisprudencia, so pena que de que se declare la ineficacia de ese tránsito, cuyo efecto trae como consecuencia que el acto jurídico del traslado no produzca ningún efecto jurídico y propenda por el retorno al estado original de las cosas.

En ese orden, como quiera que la actora antes de trasladarse al RAIS, estaba afiliada a Cajanal, quien administraba el régimen de prima media con prestación definida – o de reparto simple- para los servidores públicos, y dado su desaparecimiento, es obvio, que el retorno al sistema de prima media deba hacerse a Colpensiones, como actual administradora de dicho régimen, tanto para afiliados públicos o privados, dado el principio universal del actual sistema general de pensiones.

Aunado a ello, el Decreto 2196 del 12 de junio de 2009, por el cual se ordenó la supresión y liquidación de Cajanal EICE, dispuso en su artículo 4º que los afiliados al ISS debían ser trasladados dentro del mes siguiente a la vigencia del decreto en mención, por lo que los traslados se hicieron efectivos en el mes de julio de 2009.

Por ende, prospera el recurso de apelación propuesto en ese sentido, por lo que se revocará la decisión de primer grado, para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la actora en el año 1994, con la consecuencia ineludible de mantener válida y sin solución de continuidad la afiliación en el régimen de prima media, administrado actualmente por Colpensiones.

En consecuencia, se ordenará a la AFP Colfondos S.A., que en el término de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta providencia, proceda a trasladarlos saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses, a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones. Y a esta última entidad, a aceptar traslado de la señora Stella Franco Franco, del régimen de ahorro individual, al de prima media con prestación definida, una vez cumplido lo anterior.

Con lo expuesto, queda resuelto en su integridad el punto de inconformidad propuesto por la parte recurrente.

Por último, en cuanto a las excepciones propuestas, solicita la AFP demandada la aplicación del artículo 1750 del Código Civil, cuyo contenido establece que el plazo para interponer la acción rescisoria del acto o contrato es de máximo cuatro años contados a partir de la celebración del mismo. Al respecto, resulta imperativo recordar que, esta Sala ha venido sosteniendo que tal disposición es improcedente en materia de seguridad social, como quiera que el término preclusivo resulta regresivo y, contrario al ordenamiento superior, concretamente, a los principios consagrados en el artículo 48 de la Carta Política, que ampara a la seguridad social como un derecho irrenunciable y tiene como uno de sus báculos el principio de progresividad (SL 5470, sentencia de 30 de abril de 2014, radicación 43892).

Lo anterior, aunado a que el artículo 1750 del C.C. se ubica en el régimen de nulidades reglado por el ordenamiento jurídico ordinario, al paso que el fenómeno presentado en el sub-lite, se inscribe en la ineficacia como de manera uniforme y reiterada lo ha decantado el órgano de cierre de la especialidad laboral a propósito de lo disciplinado en el artículo 13 lit.b) y el precepto 271 de la Ley 100/93, por lo que equivocada resulta la invocación de la disposición que no toca con la ineficacia, sino con el régimen de nulidades, que acorde con la jurisprudencia actual no se edifica en el vicio atinente a la falta de información veraz y oportuna a cargo de las administradoras de pensiones.

Con lo dicho, quedan implícitamente resueltos los demás medios exceptivos.

Las costas en ambas instancias estarán a cargo de Porvenir SA y en favor de la demandante.

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

**FALLA**

 **Revocar** la sentencia proferida el 28 de febrero de 2018 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, para en su lugar:

 **1. Declarar** la ineficacia del traslado que la señora Stella Franco Franco efectuó al RAIS a través de la AFP Colfondos el 7 de diciembre de 1994, dadas las consideraciones precedentes.

 **2. Ordenar** a la AFP Colfondos S.A. que en el término improrrogable de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta providencia, proceda a trasladarlos saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses, a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones.

**3. Ordenar** a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones que una vez la AFP Colfondos S.A. dé cumplimiento a lo dispuesto en el numeral anterior, proceda aceptar el traslado de Stella Franco Franco del régimen de ahorro individual, al de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad desde el momento en que se afilió a este último régimen.

**4**. Costas enambas instancias a cargo de Colfondos SA y en favor de la actora.

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

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

Magistrada Magistrado

 Salva voto

Radicación Nro. : 66001-31-05-004-2017-00137-01

Proceso: Ordinario

Demandante: Stella Franco Franco

Demandado: Colpensiones y otros

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

**Enero 30 de 2019**

**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 febrero de 2018 que negó las pretensiones de la demanda, debió ser confirmada.

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: RAZON 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 si 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 la señora Stella Franco Franco no es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que de acuerdo con el registro civil de nacimiento –fl.16- se evidencia que para el 1º de abril de 1994, fecha en que empezó a regir el sistema general de pensiones, ella tenía cumplidos 34 años de edad, al haber nacido el 17 de marzo de 1960, y según la historia laboral visible a folios 44 a 58, para ese momento tan solo acreditaba 291.14 semanas de servicios que corresponden a 5.58 años.

Ahora bien, afirma el apoderado judicial de la parte actora, que al haberse realizado una negación indefinida en el sentido de expresarse en la demanda que a la señora Stella Franco Franco no se le brindó la información suficiente que le permitiera tomar una decisión libre y consciente y que por ende la carga de la prueba radica en la AFP correspondiéndole demostrar que si lo hizo, lo cierto es esa inversión de la carga probatoria no se hace efectiva en este caso, debido a que la accionante al suscribir el formulario de afiliación Nº 440017 de 7 de diciembre de 1994 –fl.17 y 111- declaró bajo la gravedad de juramento haber escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad de manera libre, espontánea y sin presiones, es decir, 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.

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 7 de diciembre de 1994, para el año de presentación de la demanda (2017), esto es 23 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 beneficiaria 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.

En este punto es del caso señalar que la Sala de Casación Laboral en sentencia SL19447 de 27 de septiembre de 2017 radicación Nº 47125, dentro de un caso en el que se analizó la ineficacia del traslado al RAIS, expresó que “… no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad…”, llegando a esa conclusión en ese caso al verificarse que la información introducida en ese documento no era acorde con la realidad de la afiliada, ya que en ese documentó se reportó que antes del 30 de junio de 1992 no tenía ningún vínculo de tipo laboral, siendo evidente en la historia laboral que ella inició cotizaciones como dependiente desde el año 1984; en otras palabras, lo que concluyó la Alta Magistratura es que la suscripción del formulario de afiliación no surtirá los efectos previstos en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de tener por sentado que la afiliación al RAIS se hace de manera libre y voluntaria, cuando la información inmersa en él no se encuentre ajustada a la realidad.

En este caso, en el punto 2.5 de la demanda –fls.2 a 14- se afirma que “El gestor comercial de la AFP, no reclamó a la afiliada la información sobre su situación familiar y beneficiarios, factores necesarios para la estimación de la proyección del monto pensional en el régimen de ahorro individual.”, no obstante, al revisar el formulario de afiliación –fls.17 y 111- lo que se evidencia es todo lo contrario, esto es, que el gestor comercial de la AFP le pidió a la señora Franco Franco la información sobre sus beneficiarios, reportando como tales a un hijo menor de edad en ese momento y a su madre, datos que la propia actora reconoció al responder el interrogatorio de parte, lo que lleva a concluir no solamente que lo afirmado en el libelo introductorio en ese aspecto no obedece a la verdad, sino también, que la información inmersa en el formulario de afiliación es cierta, por lo que al mismo se le deben dar los efectos previstos en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que no es otra que aceptar que en principio la afiliación al RAIS se hizo de manera libre y voluntaria.

Así las cosas, conforme quedó visto con anterioridad, le incumbía entonces a la actora probar las afirmaciones en contrario con base en las cuales aspiraba obtener la declaración de ineficacia, pues al no ser beneficiaria del régimen transicional, no se evidencia que el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado el 7 de diciembre de 1994 se haya producido, en principio, afectación alguna; sin embargo, más allá de adjuntar el registro civil de nacimiento, la copia de la cédula de ciudadanía, la historia laboral expedida por la AFP Colfondos S.A. y la solicitudes de traslado elevadas ante las entidades demandadas; no se preocupó por traer otro tipo de pruebas, desistiendo de los testimonios decretados por petición suya, con el fin de acreditar que la AFP le había dado una información mentirosa que la hubiere hecho tomar una decisión cimentada en un engaño.

Por el contrario, al responder el interrogatorio de parte, la señora Stella Franco Franco confiesa que en la asesoría brindada por la AFP accionada en el año 1994, cuando desempeñaba al cargo de Juez en la Rama Judicial, se le informó, por ejemplo, que en el RAIS podía acceder a la pensión de vejez de manera anticipada, pero lo que más le llamó la atención y la llevó a tomar la decisión de hacer efectivo el traslado, era el hecho de que los ahorros y rendimientos que se produjeran en la cuenta de ahorro individual podían ser heredados por su hijo, al punto que no le interesó informarle al asesor cuál era su expectativa pensional, advirtiendo posteriormente que no vio la necesidad de afiliarse al régimen de prima media con prestación definida administrado en esa época por el ISS; indicando finalmente que hace seis años aproximadamente avizoró que el traslado no había resultado conveniente cuando se le indicó que su mesada pensional podría estar alrededor de los $900.000.

Conforme con lo expuesto, más allá de afirmarse en la demanda que la accionante no recibió la información suficiente que le advirtiera sobre las implicaciones que traía trasladarse al RAIS y que se le había dado información mentirosa, la verdad es que ello no quedó demostrado, pues por el contrario, con la confesión hecha por la demandante, lo que queda probado es que la información dada no contraría lo dispuesto en los artículos 59 y siguientes de la Ley 100 de 1993, por lo que equivocado resultaría concluir que lo manifestado por la AFP Porvenir S.A. no obedecía a lo establecido en la Ley; siendo del caso señalar que cuando a la señora Franco Franco se le preguntó cuál había sido la información que se le había dado, en ningún momento afirmó que se le hubiere prometido por parte de la AFP un monto de la pensión de vejez superior a la que podría devengar en el régimen de prima media con prestación definida, al punto que hizo saber que en ese momento, esto es, en el año 1994, no le interesaba comunicar al asesor cuál era su expectativa pensional.

Tampoco 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 la señora Stella Franco Franco, ya que después del 7 de diciembre de 1994 cuando realizó la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad, decidió mantenerse afiliada 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 la hizo incurrir la AFP y que ella 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 confirmar en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito el 28 de febrero de 2018.

Dejo así salvado mi voto,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado