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, 4 de septiembre de 2019

Radicación No: 66001-31-05-002-2017-000385-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Guillermo León González Vélez

Demandado: Colpensiones, Porvenir SA y Protección SA

Juzgado de origen: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares

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

Para dar inicio a la tarea de despejar los dilemas planteados, es menester adelantar que en lo tocante con las normas que establecen la eficacia y las condiciones necesarias para que el traslado entre regímenes pensionales opere, se sitúa, en primer lugar, el precepto 13 de la ley 100 de 1993, que en su literal e) disciplina el derecho que le asiste a todas las personas de escoger, libremente, el régimen de pensiones que prefieran, so pena de que, ante la eventual vulneración de este derecho por parte de las administradoras de pensiones o de los empleadores, a voces del artículo 271 de la obra en mención: “La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador”, es decir, el traslado se tornará en ineficaz, retrotrayendo las cosas al estado anterior al mismo. (…)

… el Decreto 720 de 1994… establece la forma, condiciones y obligaciones que tienen los promotores, intermediarios y asesores de los fondos de pensiones, en el marco de lo indicado en los artículos 105 y 287 de la Ley 100 de 1993…

… su precepto 10 reza:

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

De tal suerte, que existe norma expresa y explicita que establece el deber de las AFP por medio de sus promotores, de dar información suficiente, amplia y oportuna a los posibles afiliados, aspecto que se despeja de cualquier manto de duda si se repara el artículo 97 del Estatuto Orgánico Financiero, en su redacción original (vigente para el momento del traslado)…

Así las cosas, es evidente que desde la misma entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se estableció el deber de información suficiente, precisa y completa que debe dar la AFP a sus usuarios, en especial cuando se estudie un traslado en particular, con las consecuencias diáfanamente dispuestas por el propio legislador, ante una eventual ausencia de tal deber de información.

De suerte que, si se verifica que el traslado de régimen pensional de un trabajador, no estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de la Seguridad Social y a las reglas de libertad de escogencia, debe darse aplicación al presupuesto normativo que consagra la ineficacia…

… es del caso escudriñar el aspecto probatorio, esto es, si es suficiente la regla universal contenida en el precepto 167 del Estatuto General del Proceso, incluida allí la regla atinente a las afirmaciones y negaciones indefinidas, o si además, son de recibo otras disposiciones de la misma estirpe, pero contenidas en el código Civil, cuál sucede con los artículos 1603 y 1604, último de las cuales bien vale reproducir: “La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo…”.

… al tener en custodia derechos de un valor inconmensurable, como los indicados, las AFP deben obrar con especial atención a sus deberes, ser sumamente acuciosas con la asesoría que brindan y, en general, adelantar todas aquellas gestiones que sean necesarias para el bienestar de sus afiliados y la materialización de sus derechos.

Ante tal panorama, resulta prevalente, la aplicación al caso, el inciso final del canon 1604 del CC, que atrás se reprodujo.

Por consiguiente, son las AFPs las llamadas a demostrar que actuaron con arreglo a esa diligencia o cuidado, en orden a liberar su responsabilidad, mediante los medios probatorios pertinentes, que brindaron la información suficiente, clara y precisa al usuario, con el fin de que éste tomara la decisión de manera consciente, informada, libre y voluntaria.

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

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

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

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

Para el efecto, en primer término debe ponerse de relieve que el análisis en este tipo de asuntos requiere inexorablemente la determinación de si, los intereses económicos particulares que se reclaman a título de pretensiones, tienen soporte legal en nuestro sistema jurídico pensional en general y en el régimen de obligaciones y cargas vigentes en nuestro territorio, y un peso tal que permite desconocer la obligación constitucional de proteger y garantizar la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

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

1. CONFIGURACIÓN LEGAL DUAL VIGENTE DEL SISTEMA PENSIONAL

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

3. LOS ACTOS JURÍDICOS Y SU VALIDEZ (…)

Segunda: Si se omitiera reconocer que la AFP privada se ciñó a las disposiciones legales vigentes, para señalar que obró contra derecho omitiendo información relevante para la toma de decisión del traslado de la demandante, tendría que reconocerse que la consecuencia jurídica de tal proceder, en los términos del decreto 720 de 1994, implica la responsabilidad de la AFP del RAIS, pero jamás puede derivar en la imposición a Colpensiones del reconocimiento de las prestaciones del sistema de reparto simple, pues es la misma demanda la que informa y resalta que con los dineros existentes en cuenta de ahorro individual recibiría una pensión de salario inferior a la que podría recibir en el régimen de prima media. Situación que genera el cuestionamiento jurídico a tal aspiración en cuanto, si Colpensiones no tuvo injerencia en el traslado del actor a la AFP privada, ni pudo impedirlo, ¿Qué figura jurídica la hace responsable del pago de un monto pensional que no tiene soporte financiero? En otro giro ¿Qué norma o principio jurídico le impone la carga de indemnizar un perjuicio que no ocasionó?

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**  
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

En Pereira, a los cuatro (4) días del mes de septiembre de dos mil diecinueve (2019), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), la Magistrada y los Magistrados, de la Sala de Decisión N. 3 de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, declaran abierto el acto, que tiene por objeto resolver los recursos de apelación que interponen las codemandadas y el grado jurisdiccional de consulta frente a la sentencia proferida el 7 de noviembre de 2018 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **Guillermo León González Vélez** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** y, las **AFP Porvenir S.A.** y **Protección S.A.**

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

**ANTECEDENTES**

Persigue el demandante que se declare la nulidad o la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual efectuado por él a través de la AFP Protección S.A. y, en consecuencia, pide que se ordene a Porvenir S.A., entidad a la cual se encuentra actualmente afiliado, a trasladar a Colpensiones la totalidad de los saldos depositados en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos intereses y rendimientos, para que esa entidad proceda a reconocer la pensión de vejez a partir del cumplimiento de la edad y, que se condene a las accionadas al pago de las costas procesales a su favor.

Como fundamento a esos pedimentos, expone que nació el 9 de diciembre de 1955; que el 30 de marzo de 1990 se afilió al ISS; que el 1º de noviembre de 1999 suscribió formulario de afiliación con la Administradora de Pensiones y Cesantías Colmena hoy Protección S.A.; que el 24 de mayo de 2001 se trasladó a la AFP Porvenir S.A.; que al momento de efectuar ambos traslados no se le brindó una información completa, pues no se le indicó la edad mínima y el saldo que debía acreditar para acceder a una pensión anticipada o de vejez, la edad en la que se redimía su bono pensional, ni la diferencia del monto de la mesada que recibiría en el RAIS y en el RPM. Aduce que el 4 de agosto de 2015 se le negó la solicitud de traslado ante Colpensiones, argumentándose que para esa fecha se encontraba a menos de diez años para pensionarse; que como respuesta a diferentes derechos de petición, la AFP Porvenir S.A. hizo una proyección de la mesada pensional que se le reconocería al cumplir 59 a 62 años de edad, y además, le indicó que no tenía ningún soporte físico de la asesoría brindada.

Admitida la demanda, la AFP Porvenir S.A. allegó contestación en la que se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo; “Prescripción”, “Buena fe”, “Compensación”, “Exoneración de condena en costas”, “Ausencia de sujeto susceptible de beneficio del régimen de transición”, “Inexistencia de la obligación”, “Falta de causa para pedir”, “Falta de legitimación en la causa y/o ausencia de personería sustantiva por pasiva”, “Inexistencia de la fuente de la obligación”, “Inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad” y “Afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado” –fls.255 a 306.-

Por su parte la AFP Protección S.A., al contestar, se opuso a las pretensiones y presentó como excepciones de mérito las de “Prescripción”, “Validez y eficacia del traslado de RPM al RAIS”, “Buena fe y confianza legítima”, fls.322 a 338.

Colpensiones a través de su vocero judicial, manifestó igualmente que se opone a las pretensiones y en su defensa, formuló como medios exceptivos de fondo los de “Inexistencia de la obligación”, “Imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal”, “Buena fe” e “Imposibilidad de condena en costas”, ver folios 370 a 380.

El Juzgado de conocimiento profirió sentencia el 7 de noviembre de 2018, en la que accedió a las pretensiones de la demanda, al considerar que pese a que el actor no es beneficiario del régimen de transición, dadas las negaciones indefinidas contenidas en la demanda, le correspondía a al fondo privado accionado que realizó el traslado de régimen pensional, acreditar el cumplimiento cabal de su deber de información, circunstancia que no demostró, pues ninguna prueba arrimó al plenario, por lo que declaró ineficaz el traslado efectuado al RAIS el 1 de noviembre de 1999, y ordenó girar la totalidad de los aportes a Colpensiones. De otra parte, ordenó a Colpensiones reconocer y pagar en pro del actor la pensión de vejez a partir de la fecha en que acredite el cumplimiento de los requisitos, aplicando la Ley 797 de 2003 y, teniendo en cuenta el IBL más favorable. Condenó en costas a las demandadas.

Inconforme con lo decidido, se alzaron las entidades accionadas así:

Protección, indicando básicamente que no se evidenció la presencia de un perjuicio irremediable por parte de la entidad, pues la diferencia en el monto de la mesada constituye una situación fáctica derivada de un factor incierto, como es el rendimiento financiero del mercado, y además la entidad le entregó de manera completa la información necesaria al afiliado según la normatividad vigente para el momento del traslado. De otra parte, que considera inconcebible que el afiliado solo se apersone de su situación pensional cuando está ad portas de cumplir los requisitos, y pretenda trasladarse cuando legalmente se encuentran fuera del término para hacerlo. De otra parte, solicita se dé tratamiento distinto a la excepción de prescripción, pues lo que se pide es la eficacia de un acto jurídico.

Porvenir S.A. replicó que la afiliación del actor al RAIS a través de Colmena fue lícita, valida y ajustada a derecho, dado que contó con la decisión libre y voluntaria de aquel, quien además no es beneficiario del régimen de transición por lo que no podría endilgársele a la entidad un error o vicio en el consentimiento, máxime cuando permaneció por 19 años afiliado al RAIS, sin alegar nulidad relativa o haciendo uso de la facultad de retracto.

Colpensiones, a su turno, manifestó que al actor se le brindó información suficiente acorde con lo exigido por la legislación vigente al momento del traslado, tanto que, los deponentes que rindieron declaración y el propio actor dieron cuenta de ello. Aduce que al haber cumplido del demandante los requisitos para acceder a la pensión de vejez, es jurídicamente imposible a estar alturas el traslado de régimen, dado que esa decisión atentaría contra los recursos y las finalidades del sistema de seguridad social. De otra parte, solicita que en caso de descartarse los argumentos anteriores, se proceda a concretar la fecha de disfrute de la pensión, si a ello hubiere lugar y, a exonerarla de las costas del proceso, dado que su participación en el proceso es ajeno a la circunstancia de ineficacia del traslado que produjo un tercero.

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

**IV. CONSIDERACIONES:**

**Competencia.**

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

**Problema jurídico.**

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

*¿Es posible analizar la eficacia del traslado de régimen en los eventos en que el afiliado no es beneficiario del régimen de  transición? En caso positivo,*

*¿Cuáles son los deberes probatorios que asisten a las partes cuando está en discusión la eficacia del traslado entre regímenes pensionales?*

*¿Existía para el momento en que el actor efectuó el traslado de régimen pensional del RPM al RAIS normatividad vigente que obligaba a la entidad administradora de pensiones a brindarle al usuario o potencial afiliado cierta información?*

*¿Del material probatorio recopilado en la actuación es posible derivar que el actor recibió la información que se requiere en este tipo de asuntos?*

*¿Hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó el actor el 1º de noviembre de 1999 del ISS a la AFP Colmena hoy Protección S.A.?*

*¿Tiene el demandante derecho a la pensión de vejez que reclama? En caso positivo,*

*¿A partir de cuándo y en qué monto?*

***Alegatos en esta instancia***:

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

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

Para dar inicio a la tarea de despejar los dilemas planteados,  es menester adelantar que en lo tocante con las normas que establecen la eficacia y las condiciones necesarias para que el traslado entre regímenes pensionales opere, se sitúa, en primer lugar, el precepto 13 de la ley 100 de 1993, que en su literal e) disciplina el derecho que le asiste a todas las personas de escoger, libremente, el régimen de pensiones que prefieran, so pena de que ante, la eventual, vulneración de este derecho por parte de las administradoras de pensiones o de los empleadores, a voces del artículo 271 de la obra en mención: *“La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador”*, es decir, el traslado se tornará en ineficaz, retrotrayendo las cosas al estado anterior al mismo.

A su turno, el artículo 272 ibídem previó la inaplicación de disposiciones lesivas a los asociados, cuando quiera que con ellas se menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores, pues en esos casos los principios mínimos fundamentales que consagra el artículo 53 de la Carta Política imperan con plena validez y eficacia.

Tal cuerpo normativo se desarrolló, entre otras disposiciones, en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, al prescribir los elementos que debe contener el formulario y, las consecuencias de la falta de alguno de dichos supuestos.

  Complementario a dicho panorama legislativo está el Decreto 720 de 1994 (que entró en vigencia el 07 de abril de ese año), que establece la forma, condiciones y obligaciones que tienen los promotores, intermediarios y asesores de los fondos de pensiones, en el marco de lo indicado en los artículos 105 y 287 de la Ley 100 de 1993. Tal Decreto, en su canon 12 disciplina que:

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

Al paso que su precepto 10 reza:

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

De tal suerte, que existe norma expresa y explicita que establece el deber de las AFP por medio de sus promotores, de dar información suficiente, amplia y oportuna a los posibles afiliados, aspecto que se despeja de cualquier manto de duda si se repara el artículo 97 del Estatuto Orgánico Financiero, en su redacción original (vigente para el momento del traslado), el cual es del siguiente tenor literal:

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

Tal compendio normativo fue reiterado y mejorado mediante el Decreto 2241 de 2010, la Ley 1748 de 2014, y el Decreto 2071 de 2015, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

Aunada a esta copiosa legislación, el deber de información a cargo de las administradoras de pensiones, posee su apoyo jurisprudencial, entre otros en los fallos de 9 de septiembre de 2008, Radicación 31989 y 31314, 22 de noviembre de 2011, Radicación 33083, SL12136-2014 de septiembre 3 de 2014, radicación 46292, y más recientemente en sentencias SL1421, 1452 y 1688 del 10 de abril, 3 de abril y 8 de mayo del año en curso, radicaciones 56174, 68852 y 68838, en su orden.

  Así las cosas, es evidente que desde la misma entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se estableció el deber de información suficiente, precisa y completa que debe dar la AFP a sus usuarios, en especial cuando se estudie un traslado en particular, con las consecuencias diáfanamente dispuestas por el propio legislador, ante una eventual ausencia de tal deber de información.

De suerte que, si se verifica que el traslado de régimen pensional de un trabajador, no estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de la Seguridad Social y a las reglas de libertad de escogencia, debe darse aplicación al presupuesto normativo que consagra la ineficacia, aspecto que ha diferenciarse, en lo relativo al mandato legal, en virtud del cual el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad mínima de pensión.

En efecto, tales términos perentorios de la fidelidad al régimen pensional escogido, impera siempre y cuando, tal elección estuviere exenta o libre de todo apremio, vicio o defecto que comprometiera la validez y eficacia del traslado, puesto que mientras ronde la sospecha de no haberse efectuado al afiliado (a) la información pertinente y eficaz, al momento de la afiliación o traslado entre regímenes, seguirá campeando la ineficacia, predicable a tales instituciones, habida consideración de que, sería un contrasentido legal, que se le obligara al afiliado (a) a permanecer a un fondo pensional, cuando para su ingreso, aquel no dio el consentimiento libre de apremios o vicios, o como en el caso presente, en que la parte actora, se duele de no haber recibido la información pertinente, oportuna y relevante al instante en que emigró del RPMPD, al RAIS.

A propósito de la pérdida del régimen de transición, y su incidencia en esta especie de litigios, pendiendo de que aquello se hubiera consumado o no, esta Sala mayoritaria, en varios de sus fallos con contornos similares, se ha mostrado indiferente para las resultas del litigio, que tal pérdida del régimen de transición se haya presentado, como prerrequisito de la prosperidad de la súplica de ineficacia, o que el régimen probatorio reciba un tratamiento diferente, dependiendo de esa misma circunstancia.

Ello, en obedecimiento a la sentencia del órgano de cierre de la especialidad laboral, SL4964/18, 14 noviembre de 2018, radicación 54814.

Y eso es así en la medida en que, en todos los casos, la opción de migración entre sistemas pensionales, debe estar precedida de una voluntad del afiliado, expresada de manera libre, consciente y voluntaria y, además, con una información suficiente y clara, que le permita arribar a la acertada, conclusión, de que el traslado es la mejor opción con miras a su plan de vida, por lo que la ausencia de tales connotaciones, constituiría por sí sola, una lesión injustificada del ejercicio del derecho a la seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la AFP, lo que le impediría adoptar una decisión suficientemente informada, que solo si conllevare la pérdida del régimen de transición, resultaría más ostensible, como un agregado a la ausencia del deber de información, esta vez, en el sentido qué tal traslado le generaría la comentada pérdida, y por ende, de poder pensionarse con arreglo a las pautas del régimen de prima media reguladas con antelación a la ley 100 de 1993; mas no es el único tema determinante y diferenciador sobre el contenido y alcance respecto a la decisión de ineficacia.

Así las cosas, la eficacia del traslado es un aspecto que se analiza de manera independiente, así se perdiera o no el régimen de transición; si no que se hace desde la óptica del cumplimiento o no de las obligaciones propias de las AFP, respecto a la posibilidad de los usuarios de adoptar una decisión debida y suficientemente informada.

Para cerrar este capítulo, resulta oportuno sostener que las obligadas, no podrían liberarse del deber de información, con la mera lectura a sus usuarios y afiliados, de la ley 100 y sus leyes y decretos reglamentarios, puesto que si en eso consistiera tal deber de información, les quedaría relevada por la presunción consagrada en el artículo 9º del Código Civil, de que todas las personas conocen las leyes vigentes en el país.

La asesoría o información que se debe brindar al posible afiliado ostenta una entidad mayor, hasta cubrir con su alcance, lo que no expresa el texto de la ley, pero que por corresponder a otras áreas del conocimiento (económico, financiero, actuarial etc.), pudieran repercutir o influir en pro o en contra de los intereses del afiliado.

Esclarecido lo anterior, que tiene que ver con la existencia del deber legal de las AFP y sus promotores en dar información a sus usuarios y, las consecuencias de la falta de dicha información, es del caso escudriñar el aspecto probatorio, esto es, si es suficiente la regla universal contenida en el precepto 167 del Estatuto General del Proceso, incluida allí la regla atinente a las afirmaciones y negaciones indefinidas, o si además, son de recibo otras disposiciones de la misma estirpe, pero contenidas en el código Civil, cuál sucede con los artículos 1603 y 1604, último de las cuales bien vale reproducir: “*La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo…”*.

Pasa, por acotarse, que las obligaciones de que se tratan, se dan en el marco de un contrato de aseguramiento de riesgos, como lo es el de la vejez, la invalidez o la muerte, ejecutado en desarrollo de un derecho fundamental como es el de la seguridad social y enmarcado en una serie de principios, siendo uno de ellos el de la dignidad humana –art.1º L. 100/93-, por lo que se precisa afirmar, que las obligaciones que adquiere allí el deudor, tiene un carácter especialísimo, que implica dotar de una especial diligencia y cuidado a su gestión, pues de no exigirse así, se sacrificarían caros principios y derechos fundamentales de los asociados, como el ya mencionado o el acceso a un mínimo vital y móvil o similares.

Por eso, al tener en custodia derechos de un valor inconmensurable, como los indicados, las AFP deben obrar con especial atención a sus deberes, ser sumamente acuciosas con la asesoría que brindan y, en general, adelantar todas aquellas gestiones que sean necesarias para el bienestar de sus afiliados y la materialización de sus derechos.

Ante tal panorama, resulta prevalente, la aplicación al caso, el inciso final del canon 1604 del CC, que atrás se reprodujo.

Por consiguiente, son las AFPs las llamadas a demostrar que actuaron con arreglo a esa diligencia o cuidado, en orden a liberar su responsabilidad, mediante los medios probatorios pertinentes, que brindaron la información suficiente, clara y precisa al usuario, con el fin de que éste tomara la decisión de manera consciente, informada, libre y voluntaria.

Analizando este aspecto en el caso puntual, es necesario indicar que el fondo privado pasivo de esta acción, buscó demostrar su diligencia y cuidado con pruebas de naturaleza documental y con la declaración de parte del actor. Respecto de las primeras ha de decirse que constan los folios 339 a 367, consistentes en el formulario de afiliación a la AFP Colmena hoy Protección S.A., respuesta a distintas peticiones elevadas por el actor e historia laboral de los aportes efectuados a esa entidad.

Tales documentos no evidencian ningún tipo de características o elementos que permitieran al señor Guillermo León González Vélez obtener una información clara, veraz, suficiente y objetiva, para tomar una decisión libre, consciente y voluntaria, con el debido conocimiento de las consecuencias del traslado, con la información de los pros y los contras, como le correspondía demostrar a dicho fondo privado accionado, pues era a él a quien estaba asignado el actuar con el deber de cuidado y diligencia y por tanto demostrarlo, máxime por lo técnico del mismo, los factores y variables que le conforman, que no son aspectos de dominio público y, por lo mismo, deben explicarse claramente.

Tampoco la declaración de parte da fe de que se hubiere cumplido con la información debida, puesto que al analizar la referida declaración, no se observa que el actor hubiere admitido haber recibido información suficiente, clara y completa, pues únicamente manifestó que recordaba que le dijeron que el ISS se iba a acabar y, que la mesada pensional sería superior a la que podría obtener en el RPM. Tales dichos, fueron ratificados por los deponentes citados a instancias suyas, señores Pablo Eugenio Salazar Gómez, Oscar Alberto Villegas Arenas, Jaime Gómez López y Luciano Ospina Meza, quienes además manifestaron que el asesor del indicó que el dinero que aportaban se invertía en la bolsa de valores.

No obstante, se considera que lo dicho o no dicho por el afiliado o por los deponentes que rindieron declaración, no puede ser tomado como parámetro válido para medir si la entidad cumplió a cabalidad el deber a su cargo, pues se trata de terceros legos en la materia, que carece de medios comparativos apropiados, de toda índole, en orden a juzgar que la información fue o no adecuada.

Esa tarea, debe ser necesariamente asumida por el juez laboral, empero, para efectuar esa labor, debe arrancar inexorablemente con la información que brindó el fondo de pensiones. De allí que no sea gratuita la exigencia jurisprudencial, consistente en que la entidad debió documentar el tipo de información que brindó al afiliado (a), la cual debe reposar en sus archivos, que debe conservar tal cual lo han recabado los recientes pronunciamientos del órgano de cierre, en los siguientes términos:

*“i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*

*Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual...las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tiene una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (L.1328/2009, art.11, literal b)), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavorable de los consumidores financieros...error jurídico al no imponerle la administradora accionada la carga de demostrar el cumplimiento de su deber de información y, contrario a ello, exigirle al demandante acreditar el ofrecimiento engañoso de mejores condiciones pensionales en la AFP...” (SL1452, radicado 68852, 3 de abril de 2019, Legis 570-936).”*

Cabe agregar además, que las entidad demandadas – Porvenir y Colpensiones-, en cumplimiento al decreto oficioso de pruebas que realizó esta Colegiatura, allegaron la proyección de la mesada pensional del actor, de donde se infiere que, a la fecha, de haber permanecido en el RPM administrado por Colpensiones, alcanzaría una mesada pensional de $3`687.019, al paso que en el RAIS sería de apenas $1`153.400, fls.11 a 26 Cdno. 2º Inst.

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, razón por la cual el traslado ocurrido materialmente el 1 de noviembre de 1999, es ineficaz, tal como lo dedujo la a-quo, puesto que la suscripción del formulario de afiliación no es prueba suficiente de que el actor recibió la información idónea y suficiente para el traslado.

Tal declaración trae además como consecuencia, el regreso automático del afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrada actualmente por Colpensiones, sin solución de continuidad.

No obstante, es necesario adicionar la providencia apelada, en orden a otorgarle a Porvenir S.A. entidad a la cual se encuentra actualmente afiliado el actor, el término de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta sentencia, para adelantar las gestiones pertinentes para trasladar con destino a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, con sus respectivos bonos pensionales, rendimientos, saldos, frutos e intereses, tal como lo adujo la a-quo, con arreglo al artículo 113 de la Ley 100/93.

Aunado a ello, se dispondrá en virtud del grado jurisdiccional de consulta que opera en favor de Colpensiones, ordenar a las AFP`s accionadas –Protección S.A. y Porvenir S.A. a devolver cada una con destino a Colpensiones, los valores correspondientes a gastos de administración cobrados durante el lapso en que el demandante estuvo afiliado en esas entidades, con cargo a sus propios recursos y, debidamente indexados (sentencia SL 1688 de 2019).

En cuanto al tema de la excepción de prescripción propuesta por Protección desde la óptica del canon 1750 del CC y el canon 151 del CPLSS, se considera no prospera como lo concluyó la a-quo:

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

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

Resuelto lo anterior, se procederá a dilucidar si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez que reclama.

En vista que el actor no es beneficiario del régimen de transición establecido en el sistema general pensiones, porque al momento de su entrada en vigencia contaba con 38 años de edad y menos de 15 años de tiempos de servicio o cotizaciones, su caso debe estudiarse bajo los lineamientos de la Ley 100 de 1993. Norma que en su artículo 33, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, contempla que la pensión de vejez se causa en el caso de Los hombres, cuando alcanzan 62 años de edad y a partir del año 2015, cuentan con un total de 1300 semanas de cotizaciones al sistema de seguridad social.

Dichos requisitos, los satisfizo a cabalidad la demandante, en tanto que, arribó a la edad mínima el 9 de diciembre de 2017 –fl.38 y 39, amén de que reporta más de 1.500 semanas al sistema pensional, ver folio 23 Cdno. 2ª Inst., por lo que debe entenderse que el actor tiene derecho a la a la pensión de vejez reclamada.

En cuanto al disfrute para empezar efectivamente a percibir las mesadas pensionales, sabido es que el legislador, en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, estableció como requisito sine qua non la desafiliación del sistema pensional, entendida esta como el cambio definitivo de afiliado cotizante o inactivo a pensionado, para lo cual se ha establecido entre varias formas de hacerlo, la novedad de retiro al sistema pensional, que puede ser asociado a otros hechos o actos expresos o inequívocos del afiliado, como es la solicitud de la pensión en tal sentido, acompañada de la cesación definitiva de cotizaciones al sistema.

En el sub-lite, no obra de manera expresa el retiro del sistema informado por el empleador y en la historia laboral consolidada se observa que el actor con posterioridad a la presentación de la demanda continuó haciendo aportes al sistema de seguridad social, sin que existan elementos que permitan determinar la existencia de su desafiliación del régimen general de pensiones.

Por consiguiente, bien hizo la jueza de instancia al ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones, reconocer y pagar la pensión de vejez al señor Guillermo León González Vélez, a partir del momento en que este acredite el retiro definitivo del sistema, teniendo en cuenta como ingreso base de liquidación el que le resulte más favorable entre el promedio de toda la vida laboral o el de los últimos 10 años y aplicando la tasa de reemplazo correspondiente, conforme con la totalidad del tiempo cotizado al sistema general de pensiones.

Por último, en relación con la condena en costas impuestas a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, se considera que no había lugar a ello, primero, por cuanto la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen tiene su fuente en la conducta indebida de su par procesal –Protección S.A.- por falta al deber de información al momento de efectuar el traslado de régimen pensional del actor. Por ende, se le exonerará del pago de las costas del proceso de primer grado a esa entidad recurrente.

 Con lo anterior, quedan resueltos los puntos de inconformidad propuestos por las recurrentes y el grado jurisdiccional de consulta.

Las costas en esta sede estarán a cargo de Protección y Porvenir, dada la improsperidad de sus recursos.

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. Adiciona** el ordinal 2º de la sentencia proferida el 7 de noviembre de 2018 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia, en el sentido de otorgarle a la AFP Porvenir S.A. el término de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta sentencia, para adelantar las gestiones pertinentes para trasladar con destino a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del actor, con sus respectivos bonos pensionales, rendimientos, saldos, frutos, intereses y además, los gastos de administración con cargo a sus propios recursos, y debidamente indexados.

Así mismo, para ordenarle a la AFP Protección S.A., a devolver los valores correspondientes a gastos de administración que fueron cobrados durante el lapso en que el demandante estuvo afiliado a esa entidad, con cargo a sus propios recursos y, debidamente indexados.

**2**. **Revoca parcialmente** el ordinal 5º de la sentencia, en orden a **Absolver** a Colpensiones del pago de las costas de primer grado.

**3. Confirma** todo lo demás

**4. C**ostas en esta instancia a cargo de Protección y Porvenir SA. y en favor del actor.

La anterior decisión queda notificada en estrados.

***FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES***

***ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ***

*Magistrada Magistrado*

*Salva voto*

Providencia: Sentencia de 4 de septiembre de 2019

Radicación Nro. 66001-31-05-002-2017-00385-01

Proceso Ordinario Laboral

Demandante: Guillermo León González Vélez

Demandado: Colpensiones y las AFP Protección S.A. y Porvenir S.A.

Magistrado Ponente: Julio César Salazar Muñoz

Juzgado de origen: Juzgado Segundo Laboral del Circuito

Tema: **INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

**SALVAMENTO DE VOTO**

Con el respeto que corresponde, me aparto de la decisión acogida por los demás integrantes de Sala.

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

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

Para el efecto, en primer término debe ponerse de relieve que el análisis en este tipo de asuntos requiere inexorablemente la determinación de si, los intereses económicos particulares que se reclaman a título de pretensiones, tienen soporte legal en nuestro sistema jurídico pensional en general y en el régimen de obligaciones y cargas vigentes en nuestro territorio, y un peso tal que permite desconocer la obligación constitucional de proteger y garantizar la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

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

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

- CONTENIDO DEL ARTÍCULO 271 DE LA LEY 100 DE 1993

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

Antes de avanzar en el tema vale la pena resaltar dos errores protuberantes en que se está incurriendo al aplicar estas “sanciones” a las AFP, pero con las consecuencias finales a cargo de Colpensiones:

1. Se viene olvidando olvidado la regla de interpretación prevista en el artículo 31 del Código Civil que determina que “Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación” y de la cual, en casación, desde 14 de diciembre de **1898 se viene repitiendo que “En la interpretación de leyes prohibitivas no deben buscarse analogías o razones para hacerlas extensivas a casos no comprendidos claramente en la prohibición”**.
2. Se está inaplicando el artículo 10 del decreto 720 de 1994 que es la norma que determina la verdadera sanción para las administradoras por los errores u omisiones -en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados- en que incurran  los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad, y que no es otra que comprometer de manera directa su responsabilidad en el resarcimiento, claro está, del perjuicio causado.

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

- REGÍMENES PENSIONALES COEXISTENTES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*a) Lugar y fecha;*

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

*c) Nombre y apellidos del afiliado;*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- IMPOSIBILIDAD JURÍDICA DE IMPONER RESPONSABILIDAD A COLPENSIONES.

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

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

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

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

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

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

Otra cosa sería, si se prueba en el proceso el engaño o la responsabilidad de la AFP privada en el traslado del afiliado y, como consecuencia de ello, la causación de un perjuicio a este, él pueda pedir la indemnización de ese perjuicio, **pero a cargo de quien se lo causó**, esto es la AFP, más no de COLPENSIONES.

La anterior conclusión no es una simple inferencia sino que se encuentra prevista en nuestra legislación en el artículo 10 del decreto 720 de 1994, norma que de manera evidente viene siendo inaplicada, con claro perjuicio para Colpensiones. Dice la norma citada:

Artículo 10**.** RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES. **Cualquier infracción, error u omisión -en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados- en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelante de sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación** sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones.”

Pero esta solución contiene un debate que debe darse desde la primera instancia, toda vez que de percibirse en este segundo grado, no resulta posible abordarlo dado que se configuraría una violación de los principios de congruencia y consonancia al abordar asuntos diferentes a los propuestos por las partes.

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

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

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

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

En este sentido resultan pertinentes los siguientes comentarios:

- NULIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS Y OPORTUNIDAD PARA ALEGARLA.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**EL CASO CONCRETO DEL ACCIONANTE**

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

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

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

Segunda: Si se omitiera reconocer que la AFP privada se ciñó a las disposiciones legales vigentes, para señalar que obró contra derecho omitiendo información relevante para la toma de decisión del traslado de la demandante, tendría que reconocerse que la consecuencia jurídica de tal proceder, en los términos del decreto 720 de 1994, implica la responsabilidad de la AFP del RAIS, pero jamás puede derivar en la imposición a Colpensiones del reconocimiento de las prestaciones del sistema de reparto simple, pues es la misma demanda la que informa y resalta que con los dineros existentes en cuenta de ahorro individual recibiría una pensión de salario inferior a la que podría recibir en el régimen de prima media. Situación que genera el cuestionamiento jurídico a tal aspiración en cuanto, si Colpensiones no tuvo injerencia en el traslado del actor a la AFP privada, ni pudo impedirlo, ¿Qué figura jurídica la hace responsable del pago de un monto pensional que no tiene soporte financiero? En otro giro ¿Qué norma o principio jurídico le impone la carga de indemnizar un perjuicio que no ocasionó?

Es que sin duda, nadie está obligado a resarcir un perjuicio que no ha causado, de allí que si el actor consideraba que el traslado le generó un daño, la pretensión, según el artículo 10 del decreto 720 de 1994, debió ser dirigida a que la persona que supuestamente lo causó –Porvenir S.A.- fuera quien tuviera que resarcirlo, pero no un tercero, ajeno a tal situación, quien además está amparado por una norma jurídica vigente, validada y explicada por la Corte Constitucional, según la cual, no es posible aceptar que ninguna persona se beneficie de lo dispuesto en cualquiera de los regímenes, si no ingresa a él antes de los 10 años previos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la prestación.

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

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

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

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

La contundencia de los argumentos jurídicos previamente desarrollados resultaba suficiente para negar las pretensiones, pero adicionalmente las pruebas recogidas llevan a la misma conclusión.

En efecto, si bien el accionante para corroborar los supuestos fácticos en que basó sus aspiraciones solicitó fueran escuchados los testimonios de los señores Pablo Eugenio Salazar Gómez, Oscar Alberto Villegas Arenas, Jaime Gómez López y Luciano Ospina Meza, quienes afirmaron haber estado presentes en la asesoría o reunión que tuvo lugar en el año 1999, en la que un funcionario de la AFP Colmena les informó el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y que definitivamente iban a tener que vincularse a un fondo privado, además, que en el RAIS se pensionarían con una mesada pensional muy superior a la que podían obtener en el RPM, pero que no les especificó cuáles eran los riesgos o desventajas del traslado.

Lo expuesto por los testigos, podría decirse que guarda relación con lo dicho por el actor en su demanda y en su interrogatorio de parte, sin embargo, quedó claro que en dicha reunión el asesor de la AFP Colmena sí les explicó cómo funcionaba el RAIS, al indicarles que el dinero de los aportes, sería invertido en la bolsa y en fondos de inversión extranjera, lo que generaría una mejor rentabilidad la que necesariamente se vería reflejada en la mesada pensional que percibieran; en consecuencia, se evidencia que el actor sí conocía acerca de los riesgos y consecuencias que su decisión acarrearía en el futuro, pues el valor de su mesada pensional, dependía de las variaciones que tuviera el mercado, sumado a que él refirió que no tuvo intención de trasladarse al Seguro Social hoy Colpensiones, sino hasta después de que sus compañeros de trabajo se empezaron a pensionar en los fondos privados con un mesada muy inferior a la esperada.

En ese orden de ideas y conforme a lo declarado por el accionante, resulta claro, que su descontento con el régimen de ahorro individual con solidaridad, solo se vino a materializar en el año 2015, cuando se le informó que la posible mesada pensional que obtendría sería equivalente a $966.700 una vez arribara a los 62 años de edad, la cual, a simple vista le resultó muy inferior de acuerdo con los ingresos sobre los cuales había efectuado sus cotizaciones; es decir, su inconformidad realmente no proviene de que se le haya dado una información falaz o mínima que hubiere producido en él un convencimiento erróneo sobre las particularidades del RAIS, como lo quería hacer ver con las afirmaciones contenidas en la demanda.

Ahora, 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 el señor Guillermo León González Vélez, ya que después del 28 de septiembre de 1999 cuando realizó la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad, tuvo más de 8 años para trasladarse válidamente, sin que así lo hubiese hecho, optando por mantenerse afiliado al RAIS, inclusive migrando en el mismo régimen pensional, en el año 2001 a la AFP Porvenir S.A., cuando aún tenía la posibilidad de retornar al RPM, según información expedida por el SIAFP –fl.309-, siendo en ese momento además advertido o re-asesorado sobre aspectos particulares como el régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de esa decisión, según constancia expresa contenida en el formulario de solicitud de vinculación o traslado visible a folio 307 del expediente.

Así las cosas, por las muchas razones acá explicadas, no habiéndose probado los supuestos de hecho que permitirían declarar la ineficacia o por lo menos la nulidad del acto jurídico del traslado, correspondía revocar la sentencia recurrida.

Dejo así salvado mi voto,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado