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

Providencia: Apelación sentencia

Proceso: Ordinario Laboral

Radicación No: 66001-31-05-004-2017-00404-01

Demandante: Sergio Eliecer León Ospina

Demandado: Colpensiones y Porvenir S.A.

Juzgado de origen: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira.

**TEMAS: INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL / DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA / VICIOS DEL CONSENTIMIENTO / CARGA PROBATORIA DEL DEMANDANTE / DEMOSTRAR QUE LA AFP INCUMPLIÓ DEBER DE BRINDARLE INFORMACIÓN ADECUADA, COMPLETA Y VERAZ / CAMBIO DE PRECEDENTE.**

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

Ahora bien, el desconocimiento del derecho de libre y voluntaria elección de régimen se manifiesta cuando existe una disconformidad entre la voluntad interna del trabajador y la declaración o manifestación que de ésta haga a su interlocutor en el momento de elegir el régimen pensional

Dicha disconformidad se cimienta en el numeral 2º del artículo 1502 del C.C. al prescribir que para que una persona se obligue con otra a través de la declaración de su voluntad deberá consentir en la declaración expresada, consentimiento que será válido siempre que no adolezca de vicio. En esa medida este deberá estar libre de defecto alguno, como son el error, la fuerza y el dolo (art. 1508 del C.C), que podrán aparecer para casos como el de ahora cuando se retiene, omite o deforme la información indispensable para que el trabajador pueda expresar su consentimiento o dicho de otro modo, para que se consolide la expresión de su voluntad. (…)

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

Lo dicho adquiere más significado pues de llegarse a sancionar el negocio jurídico celebrado entre el actor y una AFP (afiliación) con la ineficacia, quien realmente sufriría los efectos sería Colpensiones, un tercero que no participó tan siquiera en la etapa precontractual indispensable para la válida formación del consentimiento que ahora se pretende sea sancionado, y quien además, deberá asumir la carga impositiva que deviene de un nuevo afiliado…

De este modo, se recoge cualquier argumentación que haya sido esgrimida con anterioridad y que difiera de la que aquí expuesta. (…)

Puestas de ese modo las cosas, el análisis en conjunto de las pruebas documentales, testimoniales e indicios obrantes permiten inferir que sí recibió la información debida, tanto así que conocía que para esa época era beneficiario del régimen de transición y pese a ello decidió trasladarse al RAIS, y contrario a lo afirmado por el demandante, no pudo acreditar un hecho externo a su voluntad, como una obligación impuesta por dependencia alguna del Municipio de Guática para trasladarse de régimen.

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

Estoy de acuerdo con la decisión de confirmar la sentencia de primera instancia que negó la declaración de ineficacia del traslado y aunque coincido con la mayor parte de la argumentación que para llegar a tal solución fue expuesta en la providencia, me parece necesario aclarar las razones que en este tipo de asuntos me han llevado a negar las nulidades o ineficacias solicitadas. (…)

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…

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, pues se itera, su decisión no conlleva la pérdida del beneficio de la transición, por lo que los dos sistemas entre los que elige, en la concepción de la ley 100 de 1993 se encuentran en un mismo pie de igualdad y compitiendo libremente por la administración de los dineros que permiten el otorgamiento de las prestaciones del sistema. (…)

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.



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Sustanciadora

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

En Pereira, a los nueve (09) días del mes de abril de dos mil diecinueve (2019), siendo las ocho de la mañana (08:00 a.m.), la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 19 de julio de 2018 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Sergio Eliecer León Ospina** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** y **Porvenir S.A.,** radicado al N° 66001-31-05-004-2017-00404-01**.**

**Registro de asistencia:**

Demandante y su apoderado: Demandadas y sus apoderados:

**Traslado a las partes**

En este estado se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos, de conformidad con lo establecido por el artículo 13 de la Ley 1149/07.

**ANTECEDENTES:**

1. **Síntesis de la demanda y su contestación**

Sergio Eliecer León Ospina pretende que se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad realizado el 01/04/2001, que se encuentra válidamente afiliado a Colpensiones; se ordené a Porvenir S.A. que traslade la totalidad de los aportes realizados a Colpensiones, y pague la diferencia de los aportes que debió realizar el demandante en la administradora del RPM.

De manera subsidiaria solicita se declare la inexistencia del contrato de afiliación suscrito con Porvenir S.A. el 01/04/2001 y por ende, válida la afiliación al RPM.

Fundamenta sus aspiraciones en que *i)* el 01/06/1973 se afilió al ISS; *ii)* el 01/04/2001 se trasladó a Porvenir S.A., sin que recibiera la correcta asesoría ni la información adecuada sobre las consecuencias de su traslado, que le permitiera tomar una decisión consciente, máxime que nunca se le manifestó que perdería el régimen de transición y la posibilidad de pensionarse en el ISS bajo mejores condiciones económicas; *iii)* fue obligado indirectamente por el Municipio de Guática para trasladarse al RAIS, porque todos los empleados del ente territorial se encontraban allí, y por ello, se dificultaba el trabajo del pagador; *iv)* con posterioridad a su afiliación tampoco se le brindó la información suficiente sobre su traslado; *v)* el 20/06/2017 Porvenir S.A. le informó que su pensión a los 64 años ascendería a $1’037.000, mientras que en el RPM a los 62 años año sería de $2’116.225.

**Colpensiones** al contestar la demanda se opuso a las pretensiones porque el demandante voluntariamente se trasladó al RAIS. Propuso como excepciones de mérito las que denominó “*inexistencia de la obligación”,* “*buena fe”,* “*imposibilidad de cumplir las obligaciones pretendidas*” y “*prescripción”.*

A su turno, **Porvenir S.A.** se opuso a las pretensiones formuladas en su contra, para lo cual argumentó que el demandante no fue víctima de la omisión de información, ni error sobre el objeto contratado, pues firmó el formulario de vinculación después de recibir la correspondiente asesoría, y en ese sentido fue consciente el acto de vinculación al RAIS, en el que ha permanecido por más de 15 años después del traslado. Además, el demandante mediante comunicación escrita ratificó su decisión de vincularse al RAIS. Por otro lado, argumentó que el demandante no acreditó los 15 años de servicios al 01/04/1994, por lo que tampoco podría regresar al RPM según las sentencias SU-062/10 y SU-130/13.

1. **Síntesis de la sentencia**

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira denegó las pretensiones y condenó en costas al demandante. Para arribar a la anterior determinación explicó que este era beneficiario del régimen de transición por edad, pues tenía 41 años para el 01/04/1994, por lo que de conformidad con la jurisprudencia la carga de la prueba recae en la AFP, quien debería acreditar que brindó al afiliado la información necesaria para tomar una decisión libre y voluntaria, todo ello por cuanto el traslado de régimen comportaría una pérdida del beneficio transicional.

Y se probó que el actor era conocedor de las implicaciones del traslado al RAIS, pues manifestó por escrito su firme intención de ceñirse a las reglas previstas en dicho régimen, pese a que gozaba de la transición contemplada en el artículo 36 de la Ley 100/93, conocimiento que se explica en razón a que el demandante es profesional en derecho y el documento en cita no fue tachado de falsedad por su interesado. Además, señaló que de la prueba testimonial practicada tampoco se desprendía elemento alguno que permitiera concluir que el demandante no había recibido la información necesaria.

**3. Del recurso de apelación**

Inconforme con la decisión el demandante presentó recurso de apelación para lo cual argumentó, con fundamento en las sentencias con radicado número 31.989 y 31.314 de 09/09/2017 proferidas por la Corte Suprema de Justicia, que no recibió el soporte informativo necesario para conocer los riesgos del traslado al RAIS, sin que se pueda asegurar que por ser profesional en derecho tuviera que tener tal conocimiento. Además, argumentó que resulta desproporcionado exigir del ciudadano el conocimiento financiero que sí ostentan las administradoras pensionales. Por otro lado, dijo que Porvenir S.A. debía realizar una proyección de la pensión, cálculo que se ha hecho desde la vigencia de la Ley 100/93, máxime que no recibió la re asesoría obligatoria para rectificar su error.

**CONSIDERACIONES**

1. **Del problema jurídico**

Atendiendo el recuento anterior la Sala se pregunta:

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

**2. Solución al problema jurídico**

**2.1. Fundamento jurídico**

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

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

Frente al tema de la ineficacia del traslado sustentado en los artículos 13 literal b) y 271 inciso 1º de la Ley 100 de 1993, recientemente la SCL de la CSJ[[1]](#footnote-1), indicó que la misma procede para todos los afiliados al sistema pensional sin distingo a su pertenencia o no al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cuya carga probatoria recae en la AFP, quien deberá acreditar que informó las consecuencias del traslado; tesis que no se comparte por quienes integramos la Sala en esta oportunidad.

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

Ahora bien, el desconocimiento del derecho de libre y voluntaria elección de régimen se manifiesta cuando existe una disconformidad entre la voluntad interna del trabajador y la declaración o manifestación que de ésta haga a su interlocutor en el momento de elegir el régimen pensional.

Dicha disconformidad se cimienta en el numeral 2º del artículo 1502 del C.C. al prescribir que para que una persona se obligue con otra, a través de la declaración de su voluntad, deberá consentir en la declaración expresada, consentimiento que será válido siempre que no adolezca de vicio. En esa medida este deberá estar libre de defecto alguno, como son el error, la fuerza y el dolo (art. 1508 del C.C), que podrán aparecer para casos como el de ahora cuando se retiene, omite o deforma la información indispensable para que el trabajador pueda expresar su consentimiento o dicho de otro modo, para que se consolide la expresión de su voluntad, o se coaccione por cualquier modo a efectuar una declaración contraria a su voluntad interna.

Ahora bien, el anterior derrotero cobra relevancia al desentrañar en quién recae la carga de probar el vicio en el consentimiento, pues tal evidencia demostrará la disconformidad entre lo querido y lo expresado, y por ende, el desconocimiento del derecho a la libre escogencia del régimen pensional.

Puestas de ese modo las cosas, resulta imprescindible mencionar lo dispuesto en el art. 1604 del C.C. que exige que “*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”,* no obstante lo anterior, dicha obligación probatoria aparece como respuesta inmediata a alguien que previamente ha alegado el incumplimiento de una obligación por parte de su deudor; en esa medida quien alega un incumplimiento obligacional deberá probar el supuesto de hecho de la norma que consagra el efecto jurídico perseguido (art. 167 C.G.P.), o en otras palabras, deberá probar la obligación incumplida para que se presuma que ello se dio por culpa de la contraparte; quien en respuesta de tal cuestionamiento tendrá la carga de demostrar la diligencia o cuidado en la obligación pactada.

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

Deducción que en nada disiente con la doctrina al enseñar que “*para que esta sanción sea aplicable al deudor* [pago de perjuicios] *es necesario que este quebrante los dictados de la buena fe y de la diligencia que rigen su conducta (art. 1603 y 1604); se presume que el incumplimiento de la obligación es culposo (art. 1604), presunción que es desvirtuable por el deudor, mediante la prueba de la diligencia debida o del caso fortuito exonerante de responsabilidad (ibídem)”[[2]](#footnote-2).*

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

Lo anterior no despoja al trabajador del deber de un mediano empeño en participar en la elección del régimen, máxime cuando escoge el RAIS, comportamiento que debe también ser valorado, en casos como este, dada la necesidad de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema de prima media, para evitar la descapitalización del fondo común que lo compone; pues poderse adoptar el RPM en razón a la supuesta ineficacia contando con menos de 10 años para alcanzar la edad para pensionarse, es permitir que una persona que no contribuyó a dicho fondo y por ende, no fue tenida en cuenta para efectos de establecer las sumas de dinero que representarían el pago de su pensión en el futuro, acceda a una subvención pensional, poniendo en riesgo la garantía del derecho irrenunciable de los demás cotizantes; además de trasgredir la cláusula constitucional contenida en el art. 95 y el principio de eficiencia pensional y sostenibilidad del sistema (art. 48, C.N.). En este sentido se pronunció la sentencia C-1024/2004, a propósito de la constitucionalidad del artículo 2º de la Ley 797/2003 que limita el traslado entre regímenes.

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

De este modo, se recoge cualquier argumentación que haya sido esgrimida con anterioridad y que difiera de la que aquí se ha expuesto.

* 1. **Fundamento fáctico**

Rememórese que Sergio Eliecer León Ospina pretende dejar sin efecto el traslado ocurrido el 01/04/2001 del RPM al RAIS (fl. 65 c. 1), del que da cuenta el formulario suscrito ante Porvenir S.A (fl. 34 c. 1), por lo que se procede a verificar la presencia de algún vicio en el consentimiento que lleve consigo a la ineficacia del traslado, ante la disconformidad entre lo querido y lo expresado, que “*desconozca”* el derecho a la libre escogencia de régimen.

En cuanto al **dolo** y al **error,** este último de la sustancia o calidad esencial del objeto de la cosa o de sus calidades accidentales como consecuencia de la ausencia de información que se aduce en la demanda (fl. 63 c. 1), en primer lugar obra a favor del demandante y en contra de la demandada, tal **negación indefinida** que obliga a esta última a desvirtuarla.

En segundo lugar, en tanto Sergio Eliecer León Ospina nació el 31/01/1953 (fl. 27 c. 1), sería beneficiario del régimen de transición, pues para el 1º de abril de 1994 tenía 41 años de edad cumplidos, circunstancia que implica un **indicio grave** también en contra de la AFP, pues esta Sala ha sostenido que cuando se trata de afiliados beneficiarios del régimen de transición, el solo hecho de perder tal prerrogativa ante el traslado que le frustre la posibilidad del reconocimiento de la prestación con sujeción a normas anteriores más favorables, constituye en sí mismo la prueba de la omisión de la información necesaria para la libre escogencia del régimen.

En ese sentido, le corresponde a la AFP desvirtuar la mencionada negación indefinida así como dicho indicio grave, esto es, acreditar que el traslado estuvo precedido de suficiente información, entre otros, respecto de la pérdida del régimen de transición y sus consecuencias.

Carga que en efecto cumplió, puesto que aparece la firma que estampó el demandante en el formulario de traslado entre regímenes. Así, para el 01/04/2001 se realizó la “*solicitud de vinculación o traslado”* a Porvenir S.A. (fl. 34 c. 1), el que una vez revisado, cuenta con la información que para esa época era la exigida por la Ley dejar en el formulario, conforme a las directrices previstas en el Decreto 692 de 1994 a través del cual se reglamentó en lo pertinente la Ley 100/93;por lo que exigirle a la AFP dejar consignado en el formulario más de lo exigido por la ley, sería transgredir el principio de confianza legítima.

Selección del RAIS que lleva consigo a la aceptación de las condiciones propias de este conforme a lo señalado en el artículo 11 Decreto 692/94 al decir “*la selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste (…)”,* lo que necesariamente supone que se le brindó la información necesaria para llegar a adoptar tal decisión; pues la regla de la experiencia enseña que se acepta lo que se conoce; de tal manera que esa firma implica que la AFP, a través de sus asesores, dio cumplimiento al demandante al informarlo.

Por lo mismo, el formulario firmado es la prueba del cumplimiento de las AFP, y no como lo afirma la SCL de la CSJ que solo da cuenta de que fue libre y voluntaria, pues con ello se desconoce el artículo antes referido y las reglas que se fijaron para cumplir tal acto jurídico.

Lo anterior se confirma con el documento realizado y firmado por el demandante, en el cual da cuenta que contrario a lo aducido en la demanda y en el interrogatorio, sí recibió la información pertinente, tanto así que conocía que era beneficiario del régimen de transición para la época del traslado (01/04/2001), esto es, antes de la vigencia del Acto Legislativo 01/2005, así como las implicaciones de dicho traslado, por lo que se hace necesario rememorar las palabras del demandante donde expuso:

“*Luego de haber recibido la asesoría amplia y suficiente, conozco y entiendo las implicaciones legales que tiene mi decisión de trasladarme al Régimen de Ahorro Individual por medio de la solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Porvenir S.A., que hoy firmo y adjunto a la presente. Así mismo consciente que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 soy una persona que se encuentra en régimen de transición y que gozo de un tratamiento especial en el cumplimiento de requisitos para acceder a la pensión de vejez respecto de los afiliados que se encuentran íntegramente bajo el esquema de la ley 100 de 1993, les ratificó mi decisión de vincularme al fondo de pensiones Porvenir y pensionarme con las condiciones vigentes para este régimen”* (fl. 163 c. 1).

Documental que no fue tachada de falsa por el interesado, y la contundencia de sus afirmaciones devastan la ausencia de la información aludida por este y por el contrario reafirman que Porvenir S.A. cumplió con dicho deber de información, sin que ninguna otra prueba se allegara por parte de Sergio Eliecer León Ospina para desvirtuar el contenido de dicho documento, y mucho menos podría desacreditarse el mismo por la presunta generalidad de la constancia en cuanto a la explicación de las consecuencias del traslado de régimen, que se entienden dadas por el sentido natural de las palabras que se expresaron en el documento, pues exigir tal elucidación, sería tanto como transcribir de todos y cada uno de los artículos que componen la Ley 100/93, reduciendo a un absurdo el formulario de traslado.

Por último, resulta imprescindible resaltar que Sergio Eliecer León Ospina adujo en el interrogatorio que su deseo siempre fue estar en el RPM, a cargo del ISS para ese entonces, y que al momento del traslado (2001) reiteró su voluntad de permanecer en el ISS, no obstante lo anterior, llama la atención de la Sala que el demandante solamente hasta el año 2009 solicitó a Porvenir su regreso al ISS, (fls. 235 y 236 c. 1), por lo que por lo menos durante 8 años permaneció conforme en el RAIS.

Así las cosas, debe colegirse que se demostró que el actor contó con toda la información para elegir el régimen pensional; sin embargo, como argumentó en la demanda el uso de fuerza por su empleador en dicha decisión, debe continuarse con el estudio de este vicio en el consentimiento.

En cuanto a la **fuerza** que cimentó Sergio Eliecer León Ospina en que su traslado ocurrió porque había comenzado a laborar en el Municipio de Guática, Risaralda, lugar en el que le solicitaron tal cambio para comodidad del pagador, y que una funcionaria de la alcaldía le había indicado que tenía la autorización para afiliar a todos los servidores a Porvenir.

Analizadas las pruebas obrantes en el expediente aparece el testimonio de Fabio Alberto Gómez Villegas, que adujo haber laborado con el demandante en el Municipio de Guática, Risaralda, pues el actor era el Personero Municipal y el testigo Secretario de Planeación, quien narró que si bien no estuvo presente para el momento de la asesoría, sí afirmó que para “*esa época, 2001, cuando ingresamos se nos dijo por la Alcaldía que nos debíamos afiliar a un fondo de pensiones (…) no me manifestaron opciones, simplemente que iba a ir la asesora de Porvenir un día y ese día me pidieron a mí y a otros compañeros que nos afiliáramos al fondo en ese momento que estaba la asesora de Porvenir”.*

Igualmente obra el testimonio de Consuelo Moncada Ospina, quien también laboró junto con el demandante en dicha entidad territorial, y para el efecto relató que “*solamente vino una asesora y nos afilió a Porvenir, no nos dio opciones de nada (…) fue la única opción que nos dieron allá”.*

Declaraciones de las que se desprende en principio que el Municipio de Guática como empleador de Sergio Eliecer León Ospina direccionó veladamente la afiliación o traslado al RAIS, a través de Porvenir, y con ello se habría atentado contra el derecho a la libre escogencia de régimen pensional del demandante,

No obstante lo anterior, los mismos testigos aclararon sus dichos para aseverar el primero que “*no recuerdo que ellos hayan dicho que era obligatorio y sólo a Porvenir, no recuerdo que lo manifestaran”* y la segunda aseguró que “*no nos dijeron usted se afilia a tal y tal”* para referenciar una u otra AFP o régimen pensional; por lo que de ninguna manera se acreditó que en efecto el empleador hubiese usurpado la voluntad de Sergio Eliecer León Ospina al escoger el régimen pensional de su preferencia.

Situación que también se corrobora con el indicio que emerge al probarse en el expediente que se afilió por primera vez al sistema de seguridad social en pensiones en el ISS en 1973 (fl. 28 c. 1) y solo hasta el 2001 se realizó el traslado a Porvenir (fl. 34 c. 1), época para la cual tenía 48 años de edad (fl. 27 c. 1), quien se desempeñó desde su afiliación hasta la época del traslado en diversas entidades territoriales y descentralizadas (fl. 28 c. 1), y como personero para la data del cambio de régimen (fl. 262 cd, c. 1), que indican no solo el conocimiento que ostentaba el demandante sobre las diferencias entre el RPM y el RAIS, en razón a su profesión de abogado y permanencia en el ISS por 28 años; sino también, que contaba con vasta experiencia profesional y criterio propio, como para dar cuenta de la imposibilidad de coartar su voluntad para efectos de seleccionar el régimen pensional querido, pues ningún temor reverencial podría desprenderse de una persona con conocimientos profesionales y dicha experiencia, máxime que ejercía como personero de un municipio de Guática, y por ende era elegido por el cuerpo en pleno del Concejo Municipal[[4]](#footnote-4), por lo que en manera alguna dependía de un superior jerárquico que impusiera su elección de régimen, aunado al hecho de que ya ostentaba una afiliación al S.G.S.S.P., por lo que no requería afiliarse nuevamente alguna.

Y si no fuera suficiente lo anterior, el formulario de afiliación cuenta con una casilla destinada a dejar constancia que la selección del RAIS se efectúa de manera libre, espontánea y sin precisiones, campo en el cual se encuentra plasmada la firma del actor (fl. 34 c. 1). Documento que por demás no fue desconocido o tachado, máxime que fue allegado junto con la demanda, de ahí que se presuma auténtico, según lo dispuesto por el artículo 244 del C.G.P. en concordancia con el 269 *ibídem* que se aplican por remisión del artículo 145 del C.P.L.; además, al absolver el interrogatorio de parte Sergio Eliecer León Ospina aceptó que firmó el formulario de traslado.

Puestas de ese modo las cosas, el análisis en conjunto de las pruebas documentales, testimoniales e indicios obrantes permiten inferir que sí recibió la información debida, tanto así que conocía que para esa época era beneficiario del régimen de transición y pese a ello decidió trasladarse al RAIS, y contrario a lo afirmado por el demandante, no pudo acreditar un hecho externo a su voluntad, como una obligación impuesta por dependencia alguna del Municipio de Guática para trasladarse de régimen.

Merece en este punto insistir, que la profesión de abogado del demandante cobra relevancia para el caso de ahora, pues dentro de las mínimas obligaciones de esta clase de profesionales, se encuentra el conocimiento de diversos postulados normativos, entre ellos, uno de mayor trascendencia resultó ser la misma Ley 100/93, por lo que de contera debía conocer que ninguno de los dos regímenes allí contemplados resulta ser mejor que el otro, sino diferentes; pues las certeza del monto pensional que otorga el RPM se recompensa en el RAIS con la garantía de pensión mínima, la devolución de saldos, los excedentes de libre disponibilidad y que las sumas acumuladas en la cuenta individual hagan parte de la masa sucesoral. Así, dependiendo de las circunstancias particulares del afiliado al final de la vida laboral o de presentarse un siniestro, es que podrá precisar cuál de los dos es más conveniente; antes de ello solo es partir de meras conjeturas y, vaticinar la vida del afiliado 20 años.

Agréguese a lo anterior que la asesoría brindada por la AFP se restringía a la información sobre cada una de las características del RAIS frente al RPM, sin que la misma pueda analizarse desde la óptica de un buen o mal consejo, pues ello implicaría usurpar la voluntad del afiliado, única persona que después de conocer las características del régimen podrá sopesar si la escogencia del RAIS resulta adecuada o atractiva para el florecimiento de su vida, pues al gozar de capacidad de ejercicio, quien celebra el contrato de afiliación está en condiciones de entender las incidencias de la escogencia a partir de la información que ha recibido.

Adicionalmente, y en punto a los argumentos de la apelación, pese a que Sergio Eliecer León Ospina indicó en los hechos de la demanda que su pensión en el RPM sería mejor, como en efecto se demostró con la respuesta a la simulación realizada por la demandada (fl. 44 a 49 y 59 c. 1), en primer lugar, no se probó que para el año 2001 la ausencia de proyección de la pensión hubiese sido producto de un engaño, máxime que tal obligación no se encontraba regulada para 2001 época del traslado (fls. 2 y 34 c. 1), pues la proyección de la pensión solo apareció con la Ley 1748 de 2014[[5]](#footnote-5) y el Decreto 2071 de 2015[[6]](#footnote-6), por lo que ello no implica necesariamente un asesoramiento incompleto, debiéndose recordar en este punto que de haberse hecho ello y no corresponde a lo que en el momento actual tiene, tampoco podría configurar un error en el consentimiento o mal asesoramiento, pues se trataría de una proyección recreada con meras conjeturas. Situación que incluso se reconoce en la normativa citada, pues tal proyección no es un derecho consolidado, al basarse en hechos futuros probables, que pueden no darse, y en esa medida fracasa en este punto, los argumentos de la apelación.

Con todo lo anterior, lo que se demuestra es que la parte actora pretendió acondicionar una versión que se ajustara a los presupuestos legales que regulan la ineficacia del traslado entre regímenes, para corregir su pasividad para retornar al RPM dentro del término previsto en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100/93, modificado por el artículo 2º de la Ley 797/03, que en su momento estuvo a su disposición, esto es, antes de que le faltaren menos de 10 años, que tampoco ejerció en el periodo de gracia de un año concedido por dicha normativa en conjunto con el artículo 1º del Decreto 3800/03; de ahí que lo advertido es que con esta acción intenta corregir dicha incuria, pues no demostró que haya existido algún vicio en el consentimiento cuando escogió el RAIS en 2001, pues se le brindó la información completa, necesaria y veraz para que tomara su decisión de manera libre, por lo que mal puede decirse que se le desconoció su derecho a la libre escogencia, y por el contrario se probó la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen.

**CONCLUSIÓN**

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

**DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 19 de julio de 2018 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por Sergio Eliecer León Ospina en contra de **la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** y **Porvenir S.A.,** según lo dicho en precedencia.

**SEGUNDO:** Costas en esta instancia a cargo del demandante y a favor de las demandadas.

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se eleva y firma esta acta por las personas que han intervenido.

Quienes integran la Sala,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Ponente

(Ausencia justificada)

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Magistrado

Radicación Nro. 66001-31-05-004-2017-00404-01

Proceso Ordinario Laboral

Demandante: Sergio Eliecer Leon Ospina

Demandados: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Abril 9 de 2019

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Estoy de acuerdo con la decisión de confirmar la sentencia de primera instancia que negó la declaración de ineficacia del traslado y aunque coincido con la mayor parte de la argumentación que para llegar a tal solución fue expuesta en la providencia, me parece necesario aclarar las razones que en este tipo de asuntos me han llevado a negar las nulidades o ineficacias solicitadas.

Para tal efecto entonces téngase en cuenta el siguiente derrotero argumentativo:

**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, pues se itera, su decisión no conlleva la pérdida del beneficio de la transición, por lo que los dos sistemas entre los que elige, en la concepción de la ley 100 de 1993 se encuentran en un mismo pie de igualdad y compitiendo libremente por la administración de los dineros que permiten el otorgamiento de las prestaciones del sistema.

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 aun 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 régimen, por privarse de estos beneficios, eso si, 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.

**SEGUNDA: 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-.

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.**

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.

**TERCERA: 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, expresamente señaló en qué casos 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? No. Contrario a lo que trata de sostenerse, 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 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, toda vez que a nadie le está permitido ignorar las leyes.

**CUARTA: 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, toda vez que 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, 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**.

**QUINTA: 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 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 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.

Respecto a este último aspecto debe resaltarse que se conoce pero no se comparte la decisión 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, 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 de un 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, a 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.

**SEXTA: 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.

**SÉPTIMA. CARGA DE LA PRUEBA EN EVENTOS DE NULIDAD O INEFICACIA**

Sobre este importante punto, la Sala Segunda de decisión Laboral de este Tribunal, con ponencia de la doctora Olga Lucía Hoyos Sepúlveda, ha dicho:

“Ahora bien, el desconocimiento del derecho de libre y voluntaria elección de régimen se manifiesta cuando existe una disconformidad entre la voluntad interna del trabajador y la declaración o manifestación que de ésta haga a su interlocutor en el momento de elegir el régimen pensional.

Dicha disconformidad se cimienta en el numeral 2º del artículo 1502 del C.C. al prescribir que para que una persona se obligue con otra, a través de la declaración de su voluntad, deberá consentir en la declaración expresada, consentimiento que será válido siempre que no adolezca de vicio. En esa medida este deberá estar libre de defecto alguno, como son el error, la fuerza y el dolo (art. 1508 del C.C), que podrán aparecer para casos como el de ahora cuando se retiene, omite o deforma la información indispensable para que el trabajador pueda expresar su consentimiento o dicho de otro modo, para que se consolide la expresión de su voluntad, coaccione por cualquier modo a efectuar una declaración contraria a su voluntad interna.

Ahora bien, el anterior derrotero cobra relevancia al desentrañar en quién recae la carga de probar el vicio en el consentimiento, pues tal evidencia demostrará la disconformidad entre lo querido y lo expresado, y por ende, el desconocimiento del derecho a la libre escogencia del régimen pensional.

Puestas de ese modo las cosas, resulta imprescindible mencionar lo dispuesto en el art. 1604 del C.C. que exige que “la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”, no obstante lo anterior, dicha obligación probatoria aparece como respuesta inmediata a alguien que previamente ha alegado el incumplimiento de una obligación por parte de su deudor; en esa medida quien alega un incumplimiento obligacional deberá probar el supuesto de hecho de la norma que consagra el efecto jurídico perseguido (art. 167 C.G.P.), o en otras palabras, deberá probar la obligación incumplida para que se presuma que ello se dio por culpa de la contraparte; quien en respuesta de tal cuestionamiento tendrá la carga de demostrar la diligencia o cuidado en la obligación pactada.

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

Deducción que en nada diciente con la doctrina al enseñar que “para que esta sanción sea aplicable al deudor [pago de perjuicios] es necesario que este quebrante los dictados de la buena fe y de la diligencia que rigen su conducta (art. 1603 y 1604); se presume que el incumplimiento de la obligación es culposo (art. 1604), presunción que es desvirtuable por el deudor, mediante la prueba de la diligencia debida o del caso fortuito exonerante de responsabilidad (ibídem)”.

En ese sentido, probado el incumplimiento de la obligación de la AFP de brindar la información en la forma atrás mencionada, corresponderá a esta, para efecto de exonerarse de la consecuencia negativa impuesta en el art. 271 de la Ley 100/93, acreditar su diligencia y cuidado en tal suministro de información. Demostración que se circunscribe a un mayor grado de diligencia y sobretodo de profesionalismo, pues la actividad realizada por las AFP se caracteriza por ser habitual, masiva y lucrativa, elementos que en conjunto implican que la AFP ostente un conocimiento experto y singular en la actividad ofertada, y por ello, el onus probandi que recae en ella exige mayor rudeza en tal diligencia, que la que se reclama de cualquier comerciante.

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

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

De este modo, se recoge cualquier argumentación que haya sido esgrimida con anterioridad y que difiera de la que aquí expuesta.”

Con base en las razones anteriores y en el análisis probatorio vertido en la sentencia que da cuenta de que realmente el actor recibió la información pertinente para la verificación de su traslado, es que acompaño la decisión.

Dejo así aclarado mi voto,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado

1. M.P. Gerardo Botero Zuluaga SL4964 del 14/11/2018. Radicado 54814. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ospina, F. y Ospina A. Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos. Edit: Temis, 1983. P.p. 585. [↑](#footnote-ref-2)
3. Seten. Cas. Civ. de 15/11/2017, SC18476-2017. [↑](#footnote-ref-3)
4. Art. 35 de la Ley 1551/2012 [↑](#footnote-ref-4)
5. Artículo 2, parágrafo 2º [↑](#footnote-ref-5)
6. Artículos 2.6.10.2.3. y 2.6.10.4.3 [↑](#footnote-ref-6)