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 y consulta de sentencia

Proceso: Ordinario Laboral

Radicación No: 66001-31-05-004-2017-00533-01

Demandante: María Nidia Gutiérrez Agudelo

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 / PERSONAS BENEFICIARIAS DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN / LE INCUMBE A LA AFP DESVIRTUAR LA NEGACIÓN INDEFINIDA DEL DEMANDANTE ACERCA DE QUE NO RECIBIÓ LA INFORMACIÓN SUFICIENTE.**

… 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…

… en tanto María Nidia Gutiérrez Agudelo nació el 27-03-1957 (fl. 218 c. 1), sería beneficiaria del régimen de transición por edad, pues para el 1º de abril de 1994, tenía 37 años de edad cumplidos, data para la cual entró en vigencia la Ley 100 de 1993; beneficio transicional que implica un indicio grave en contra de la AFP Porvenir S.A., 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 no cumplió, puesto que ninguna prueba diferente al formulario de vinculación allegó (fl. 216 c. 2), documento que ciertamente 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 del Decreto 692 de 1994 a través del cual se reglamentó en lo pertinente la Ley 100/93 y por ello llevaría consigo la aceptación de las condiciones propias del régimen conforme al artículo 11 del Decreto 692-1994; no obstante lo anterior, la mera presencia de dicho documento resulta insuficiente en este caso para derruir tanto la negación indefinida como el indicio grave que pesa en contra de la AFP.

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

Con el debido respeto me aparto de la decisión de confirmar la decisión de declarar la ineficacia del traslado por las razones que adelante se exponen.

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 establecerlo; mientras que en la segunda se resalta la autonomía de las normas laborales y de la seguridad social que impiden, para la solución de los conflictos que le corresponden, la aplicación de lo dispuesto en otros ordenamientos, haciéndose especial hincapié en la imprescriptibilidad del derecho pensional.

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

Para el efecto, en primer término debo dejar claro que me encuentro absolutamente convencido de que, tras la protección de los intereses particulares de quienes a última hora quieren obtener el mayor beneficio pensional posible, al decretar las ineficacias, en realidad se están desconociendo diferentes pilares de nuestro sistema jurídico en general y del pensional en particular.

Como quiera que son tantos y tan contundentes los motivos que a mi juicio impiden acceder a las ineficacias solicitadas, a continuación enunciare tres diferentes grupos de razones que considero, cada uno solo o en conjunto con los demás, con peso suficiente para arribar a tal negativa.

1. CONFIGURACIÓN LEGAL DUAL VIGENTE DEL SISTEMA PENSIONAL

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

3. LOS ACTOS JURÍDICOS Y SU VALIDEZ



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA SEGUNDA LABORAL**

Magistrada Sustanciadora

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

En Pereira, a los veintiocho (28) días del mes de mayo 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 resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida 21 de septiembre de 2018 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **María Nidia Gutiérrez Agudelo** contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES y Porvenir S.A.,** radicado al N° 66001-31-05-004-2017-00533-01**.**

**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.

**Auto:**

Se deja sin efecto el auto de 22/10/2018 para en su lugar surtir el grado jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones, dado que el Estado es garante de esta entidad y los efectos económicos de la decisión de primer grado pueden recaer en ella.

**ANTECEDENTES:**

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

María Nidia Gutiérrez Agudelo pretende que se declare ineficaz el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad realizado el 01/08/1998 y que se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones, y se ordené a Porvenir S.A. que traslade la totalidad de sus aportes a aquella.

Por otro lado, pretendió que se ordene a Colpensiones “*la liquidación de la pensión de vejez (…) bajo los parámetros establecidos en el régimen de transición”* (fl. 6 c.1), a partir del momento en que cumplió los 55 años de edad, fecha para la cual contaba con 1.250 semanas de cotización.

Fundamenta sus aspiraciones en que: *i)* nació el 27/03/1957, por lo que en la actualidad cuenta con más de 60 años de edad y aún labora a favor de la Superintendencia de Notariado y Registro; *ii)* ha estado afiliada desde el 10/02/1982 al ISS, Cajanal, Fonprenor, Horizonte, hoy Porvenir S.A.; *iii)* el 01/08/1998 se trasladó del ISS a Horizonte, sin que el asesor le brindara la asesoría legal requerida, pues “*no brindó una información plena, cierta y oportuna, que le permitiera tomar la decisión jurídica (…) no le ofreció proyecciones de su expectativa pensional (…) ni le precisó el valor de la pensión (…) no le consultó a la afiliada sobre aspectos necesarios y relevantes (…) ni tampoco le informó qué régimen pensional le era mas favorable, y no le explicó que con su traslado incluso perdería la posibilidad de pensionarse bajo reglas previstas en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993”.*

Por otro lado, señaló que *iv)* el 23/07/2014 solicitó la pensión de vejez a Porvenir S.A., y que “*a la fecha de presentación de la demanda, Porvenir S.A. no le ha reconocido la pensión de vejez a mi poderdante, a pesar de haber radicado documentación para tal fin desde el día 23 de julio de 2014 (…) condenándola a continuar laborando en contra de su voluntad”* (fl. 4 c. 1).

*v)* el 28/09/2017 solicitó el traslado de régimen a Porvenir S.A., y el 03/11/2017 radicó ante Colpensiones el formulario de afiliación a dicha entidad, solicitudes que fueron negadas.

**Colpensiones** al contestar la demanda se opuso a las pretensiones elevadas en su contra, para lo cual argumentó que el acto de traslado entre regímenes fue conforme a derecho, por lo que presentó los medios de defensa que denominó “*inexistencia de la obligación”,* “*buena fe”,* “*prescripción”,* entre otras.

A su turno, **Porvenir S.A.** también se opuso a las pretensiones; así recriminó que el traslado carecía de vicio en el consentimiento, pues el asesor brindó la información necesaria y suficiente. En ese sentido, adujo que la demandante no pudo ser “*víctima de la omisión en la información”.* En cuanto al retardo en el reconocimiento de la pensión de vejez argumentó que ha ocurrido como consecuencia de la omisión de la Superintendencia de Notariado y Registro en remitir la historia laboral pertinente; ausencia que ha imposibilitado la emisión del bono pensional. Por útlimo, presentó los medios de defensa que denominó “*prescripción*”, “*buena fe”,* “*compensación”,* “*exoneración de condena en costas”,* entre otras.

1. **Síntesis de la sentencia**

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira declaró ineficaz el traslado realizado por María Nidia Gutiérrez al RAIS, en consecuencia condenó a Porvenir S.A. a trasladar la totalidad del capital con los rendimientos que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones, y a esta última a aceptar el traslado.

Además, ordenó a Colpensiones que una vez reciba la totalidad del capital “*proceda a consignar en la historia laboral las semanas correspondientes a ese capital e inmediatamente proceda a estudiar la viabilidad de la pensión de vejez”* de la demandante.

Como fundamento de la anterior determinación el juzgador aseveró que en tanto María Nidia Gutiérrez Agudelo contaba con 37 años de edad para el 01/04/1994 entonces era beneficiaria del régimen de transición por edad, pero no por tiempo de servicios, porque apenas tenía 7,4 años, “*lo que impide su retorno en cualquier momento al RPM sin perder los beneficios de la transición”.*

En cuanto a la ineficacia, aseguró que la AFP incumplió con su deber óptimo de información, pues de ninguna prueba allegada se desprende que las asesorías que se dieron a la demandante, previo a la suscripción del formulario de afiliación a Horizonte, Hoy Porvenir en el año 1998, se hubiese explicado las consecuencias que traería el traslado como beneficiaria del régimen de transición pensional, es decir, no previno que con dicho cambio perdería dichos beneficios; por ello declaró ineficaz el traslado.

En cuanto a la pensión de vejez, adujo que Colpensiones tendrá la obligación de estudiar la viabilidad de la prestación económica cuando se consigne en la historia laboral de la demandante la totalidad de las semanas cotizas, porque *i)* solo hasta ese momento se contará con la información necesaria para determinar si María Nidia Gutiérrez Agudelo puede continuar beneficiándose del régimen de transición más allá del 31/07/2010 y en general para determinar si cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez y, *ii)* en tanto que María Nidia Gutiérrez Agudelo se encuentra vinculada a la Superintendencia de Notariado y Registro como secretaría ejecutiva, y tal entidad hace parte del sector descentralizado por servicios del orden nacional, entonces la demandante sería empleada pública, y por ello cualquier controversia con el reconocimiento pensional deberá adelantarse ante la Jurisdicción de lo Contenciosa Administrativa.

1. **Recurso de apelación**

Las partes que conforman la *litis* presentaron recursos de apelación; así, **la demandante** inconforme con la decisión de primer grado solicitó su revocatoria parcial para que se ordene a Colpensiones a reconocer la pensión de vejez, el retroactivo pensional, así como los intereses moratorios, a partir de la liquidación presentada, pues alcanzó los requisitos pensionales en el año 2012, además de manifestar su voluntad de pensionarse ante la AFP Porvenir en julio de 2014.

Por su parte, **Porvenir S.A.** reprochó la decisión en el sentido de que aun cuando la demandante tenía más de 35 años de edad para el 01/04/1994, no contaba con los 15 años de servicios, por lo que no sería beneficiaria de la transición y la carga probatoria le correspondería a ella.

Por último, **Colpensiones** recriminó que ha realizado todas las actuaciones en derecho, bajo el principio de la buena fe y por ello, debió realizarse un mejor análisis probatorio, pues la demandante no acreditó un vicio en el consentimiento.

 **4. Grado jurisdiccional de consulta**

Por resultar adversa la decisión a Colpensiones, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta, pues la Nación es garante de las condenas impuestas a dicha entidad, todo ello de conformidad con el artículo 69 del C.P.L. y de la S.S.

**CONSIDERACIONES**

1. **Del problema jurídico**

Atendiendo el recuento anterior la Sala se pregunta:

¿La AFP Porvenir S.A. le desconoció el derecho de la demandante a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional deseado?

Por otro lado, ¿había lugar al reconocimiento de la pensión de vejez deprecada por la demandante y a cargo de Colpensiones?

**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 Mayoritaria.

Así, la intelección que se tiene radica en que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100/93 establece que la escogencia de cualquiera de los regímenes pensionales contemplados en dicha ley es libre y voluntaria por parte del afiliado; 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 de un lado en multas y de otro de vital importancia, dejar sin efecto la afiliación; en cuyo caso el trabajador podrá nuevamente elegir su régimen pensional en forma libre y 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.

El anterior derrotero cobra relevancia al desentrañar en quién recae la carga de probar el contenido y forma en que se dio el consentimiento por el afiliado, 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.

Ahora bien, situación diferente ocurre cuando las pretensiones del proceso de ineficacia de la afiliación se fundan en una negación indefinida, que se concreta en la ausencia total de información como prerrequisito para acreditar que su consentimiento estuvo viciado, sin que lo configure el que las partes expresen que “*la AFP no suministró información veraz y suficiente*”, dado que está en él exponer que fue lo que se les dijo o cuál fue la información falsa, para que quede en evidencia qué faltó o dónde radicó el engaño, solo así se podrá trasladar la carga de probar a la AFP. Entonces, para los procesos fundados en negaciones indefinidas corresponde de manera imperiosa a la AFP desvirtuar la misma, esto es, acreditar que el traslado estuvo precedido de suficiente información y por ende, existió un consentimiento válido.

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

**2.2. Fundamento fáctico**

Rememórese que María Nidia Gutiérrez Agudelo pretende la ineficacia del traslado ocurrido entre el RPM al RAIS (fls. 5 y 6 c. 1), del que da cuenta el formulario suscrito ante Horizonte, hoy Porvenir S.A. el 10-07-1998 (fl. 23 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 a la **fuerza** de entrada se descarta como quiera que en el formulario se 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 de la demandante (fls. 23 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.

Respecto al **dolo** y el **error,** éste último en la naturaleza del acto, identidad del objeto o calidad del mismo como consecuencia de la ausencia de información suministrada que se aduce en los hechos y fundamentos de derecho de la demanda (fls. 3 y 11 c. 1), en primer lugar obra a favor de la demandante y en contra de la demandada, una **negación indefinida** que obliga a esta última a desvirtuarla.

En segundo lugar, en tanto María Nidia Gutiérrez Agudelo nació el 27-03-1957 (fl. 218 c. 1), sería beneficiaria del régimen de transición por edad, pues para el 1º de abril de 1994, tenía 37 años de edad cumplidos, data para la cual entró en vigencia la Ley 100 de 1993; beneficio transicional que implica un **indicio grave** en contra de la AFP Porvenir S.A., 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 no cumplió, puesto que ninguna prueba diferente al formulario de vinculación allegó (fl. 216 c. 2), documento que ciertamente 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 del Decreto 692 de 1994 a través del cual se reglamentó en lo pertinente la Ley 100/93 y por ello llevaría consigo la aceptación de las condiciones propias del régimen conforme al artículo 11 del Decreto 692-1994; no obstante lo anterior, la mera presencia de dicho documento resulta insuficiente en este caso para derruir tanto la **negación indefinida** como el **indicio grave** que pesa en contra de la AFP, todo ello con el propósito de demostrar la información otorgada, en especial las consecuencias negativas de su traslado al ser beneficiaria del régimen de transición pues de retornar al Régimen de Prima Media no recuperaría el régimen de transición por adquirirlo por edad, pues solo se acompaña de la constancia de Asofondos que evidencia la afiliación a Horizonte el 10-07-1998 y luego a Porvenir S.A. por cesión debido a fusión de sociedades (fl. 220 c. 2).

Documental que analizada en conjunto en nada contribuye a cambiar el rumbo de la controversia, sin que del interrogatorio de parte absuelto por María Nidia Gutiérrez Agudelo se alcanzara a desprender alguna confesión en torno a la información recibida, o por lo menos que tuviera conocimiento de las consecuencias de su traslado al RAIS por ser beneficiaria del régimen de transición por edad, pues ninguna de dichas aseveraciones orientan hacia esta manifestación.

La restante documental allegada consistente en solicitudes de bono pensional, historia laboral de aportes, certificado de periodos de vinculación laboral para bonos pensionales, y comunicaciones entabladas con el empleador de la demandada con el propósito de establecer la historia laboral consolidada de la demandante (fls. 216 a 346 c. 2), tampoco contribuyen a evidenciar que la AFP suministró la información necesaria, verídica y suficiente para que la demandante de manera libre e informada decidiera trasladarse a dicho fondo a pesar de ser beneficiaria del régimen de transición por edad.

Por el contrario, dicha ausencia de información se confirma con el interrogatorio de parte de la demandante, pues aseguró que únicamente le informaron que el ISS se iba a acabar y que su pensión sería mucho mejor allí que en cualquier otro fondo, sin que le advirtieran de manera alguna de las consecuencias del traslado, como era la pérdida del beneficio transicional. Tal ausencia de información perduró en la demandante incluso hasta el 23 de julio de 2014, época en la que se dirigió a la AFP Porvenir S.A. para tramitar la obtención de su gracia pensional de vejez (fls. 340 a 344 c. 2), con lo que se corrobora que la demandante conservaba la creencia en que la información brindada por la asesora de que su pensión sería allí mejor persistió en el tiempo.

Sin parar mientes en que la demandante adujera que el ISS se liquidaría, pues dicha información en efecto ocurrió, y contribuyó al cambio de régimen, sin que tal información alcance para colmar el principio de libertad informada tantas veces mencionado por la máxima autoridad jurisdiccional, pues a lo sumo la demandada debió informar, entre otras, la pérdida del régimen de transición; manifestación que no ocurrió y por ende, la AFP Porvenir S.A. hizo incurrir a la demandante en un error al momento de elegir el RAIS, y por tanto, dicho traslado es ineficaz ante la configuración de un vicio en el consentimiento de María Nidia Gutiérrez Agudelo, que impone la confirmación de la sentencia en este aspecto, pues como efecto de la ineficacia es que el afiliado puede optar nuevamente por el régimen que desee en este caso desde la demanda pone en conocimiento su decisión de optar por el régimen de prima media administrado por Colpensiones, por lo que había lugar a que la primera instancia ordenara el giro de las sumas de la cuenta de ahorro individual a Colpensiones, pero no porque resulte válida la afiliación inicial a Colpensiones inicialmente al ISS, sino porque su deseo fue volver a escoger el RPM.

Ahora bien, de cara al recurso de alzada propuesto por la demandante en torno a la ausencia de **reconocimiento de la pensión de vejez** con fundamento en el régimen de transición, rememórese que el juzgador de primer grado en el numeral 3º de la decisión ordenó a Colpensiones que “*una vez le sea girado la totalidad del capital, proceda a consignar en la historia laboral las semanas correspondientes a ese capital e inmediatamente proceda a estudiar la viabilidad de la pensión de vejez a favor de la señora María Nidia Gutiérrez Agudelo”* (fl. 372 y 373 vto. cd c. 2).

El numeral 4º del artículo 2º del C.P.L. y de la S.S. modificado por la Ley 1564 de 2012 atribuyó de manera general a la Jurisdicción Ordinaria Laboral la competencia para conocer de los asuntos relativos a la prestación de los servicios de la seguridad social que ocurran entre afiliados, beneficiarios, usuarios, empleadores y entidades administradoras o prestadoras.

Por el contrario y de manera especial el numeral 4º del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 definió la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para conocer de los conflictos de seguridad social entre servidores públicos y el Estado, cuando medie una relación legal y reglamentaria entre ellos, y el régimen de seguridad social de los empleados sea administrado por una persona de derecho público.

En ese sentido, resulta imperativo analizar la naturaleza de la relación laboral del servidor público, así como de la entidad administradora de pensiones que administra el régimen al que se encuentra adscrito el mismo o aspira que lo administre, todo ello para efectos de determinar la competencia en asuntos relacionados con la seguridad social, ante la presencia de una cláusula general de competencia atribuida a la Jurisdicción Ordinaria Laboral y una especial a la Contenciosa Administrativa[[2]](#footnote-2).

Así, el sujeto pasivo de la contienda corresponde a una persona de derecho público, puesto que la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, de conformidad con el artículo 1º del Decreto 309 de 2017, es una empresa industrial y comercial del Estado organizada como entidad financiera de carácter especial, vinculada al Ministerio del Trabajo, que tiene como finalidad otorgar los derechos y beneficios establecidos en el sistema general de seguridad social contemplado en el artículo 48 de la C.P.

Por otro lado, el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 determinó que por regla general los servidores de las Superintendencias serían empleados públicos y solo excepcionalmente trabajadores oficiales, es decir, aquellos dedicados a la construcción y sostenimiento de obras públicas.

En el caso de ahora, examinado el expediente se advierte que María Nidia Gutiérrez Agudelo pretendió el reconocimiento de su pensión de vejez con fundamento en el régimen de transición contenido en el art. 36 de la Ley 100/1993, como se desprende de los fundamentos de hecho y derecho invocados (fls. 3 y 11 c. 1).

Ahora bien, en tanto del libelo genitor (fl. 3 c. 1), como del certificado de periodos de vinculación laboral para Bonos Pensionales y Pensiones (fl. 278 c. 2) y la historia laboral de aportes pensionales emitida por Porvenir S.A. (fl. 277 c. 2), se desprende que la demandante labora a favor de la Superintendencia de Notariado y Registro como secretaria ejecutiva, es decir, como empleada pública, pues sus labores como secretaría de ninguna manera coinciden con la construcción y sostenimiento de obras públicas; por lo que se infiere que María Nidia Gutiérrez Agudelo no demostró ser trabajadora oficial, como para que esta jurisdicción adquiriera competencia con el propósito de decidir su derecho pensional de vejez.

Por lo tanto fracasa el recurso de alzada propuesto por la demandante; línea argumental que también implica la revocatoria del numeral 3º de la sentencia para excluirlo, en el sentido que la ausencia de competencia de la Jurisdicción Ordinaria Laboral para decidir sobre el reconocimiento de la pensión de vejez, impedía igualmente al juez de instancia realizar cualquier tipo de orden a Colpensiones en ese sentido.

**CONCLUSIÓN**

Conforme lo expuesto, la decisión revisada se confirmará salvo el numeral 3º que se excluirá de la providencia de primer grado. Costas a cargo de la parte actora a favor de Colpensiones al fracasar la alzada. Igualmente a cargo de Porvenir a favor de la actora.

**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: REVOCAR** para excluir el numeral 3º de la sentencia proferida el 21 de septiembre de 2018 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **María Nidia Gutiérrez Agudelo** contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES y Porvenir S.A**.

**SEGUNDO:** **CONFIRMAR** en lo demás la decisión de primer grado.

**TERCERO:** Condenar en costas a la actora a favor de Colpensiones y, a Porvenir S.A. a favor de la demandante por lo expuesto en la parte motiva.

Notificación surtida en estrados.

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

Quienes integran la Sala,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Ponente

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

 Magistrado Magistrado Salvamento de voto Aclaración de voto

Radicación Nro.: Rad. 66001-31-05-004-2017-00533-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: María Nidia Gutiérrez Agudelo

Demandados: Porvenir S.A. y otro

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

**Mayo 28 de 2019**

**SALVAMENTO DE VOTO**

Con el debido respeto me aparto de la decisión de confirmar la decisión de declarar la ineficacia del traslado por las razones que adelante se exponen.

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 establecerlo; mientras que en la segunda se resalta la autonomía de las normas laborales y de la seguridad social que impiden, para la solución de los conflictos que le corresponden, la aplicación de lo dispuesto en otros ordenamientos, haciéndose especial hincapié en la imprescriptibilidad del derecho pensional.

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

Para el efecto, en primer término debo dejar claro que me encuentro absolutamente convencido de que, tras la protección de los intereses particulares de quienes a última hora quieren obtener el mayor beneficio pensional posible, al decretar las ineficacias, en realidad se están desconociendo diferentes pilares de nuestro sistema jurídico en general y del pensional en particular.

Como quiera que son tantos y tan contundentes los motivos que a mi juicio impiden acceder a las ineficacias solicitadas, a continuación enunciare tres diferentes grupos de razones que considero, cada uno solo o en conjunto con los demás, con peso suficiente para arribar a tal negativa.

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

- CONTENIDO DEL ARTÍCULO 271 DE LA LEY 100 DE 199**3**

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

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

- REGÍMENES PENSIONALES COEXISTENTES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*a) Lugar y fecha;*

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

*c) Nombre y apellidos del afiliado;*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por otra parte, el período de permanencia previsto en la ley, de igual manera permite defender la *equidad* en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues como previamente se expuso, se aparta del valor material de la justicia que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad a partir de los rendimientos producidos por la administración de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiados del riesgo asumido por otros (C.P. preámbulo y art. 1°), o eventualmente, subsidiados a costa de los recursos ahorrados con fundamento en el aporte obligatorio que deben realizar los afiliados al Régimen de Ahorro Individual[[7]](http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2004/C-1024-04.htm%22%20%5Cl%20%22_ftn7%22%20%5Co%20%22), para garantizar el pago de la garantía de la pensión mínima de vejez cuando no alcanzan el monto de capitalización requerida[[8]](http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2004/C-1024-04.htm%22%20%5Cl%20%22_ftn8%22%20%5Co%20%22), poniendo en riesgo la cobertura universal del sistema para los ahorradores de cuentas individuales.

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

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

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

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

- IMPOSIBILIDAD JURÍDICA DE IMPONER RESPONSABILIDAD A COLPENSIONES.

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

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

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

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

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

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

Otra cosa sería, si se prueba en el proceso el engaño o la responsabilidad de la AFP privada en el traslado del afiliado y, como consecuencia de ello, la causación de un perjuicio a este, él pueda pedir la indemnización de ese perjuicio, **pero a cargo de quien se lo causó**, esto es la AFP, mas no de COLPENSIONES. Pero este es un debate que debe darse desde la primera instancia, toda vez que de percibirse en este segundo grado, no resulta posible abordarlo dado que se configuraría una violación de los principios de congruencia y consonancia al abordar asuntos diferentes a los propuestos por las partes.

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

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

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

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

En este sentido resultan pertinentes los siguientes comentarios:

- NULIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS Y OPORTUNIDAD PARA ALEGARLA.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Con base en las razones anteriores salvo mi voto,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado

1. SL4964 del 14/11/2018, radicado 54814 y SL1452 del 03/04/2019, radicado 68852. [↑](#footnote-ref-1)
2. Auto del Consejo de Estado de 17 de octubre de 2017, radico al número 2014-01067-01 (4303-16), C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. [↑](#footnote-ref-2)