



Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Maestría en Derecho

Trabajo de Grado

Integrante(s):

José Luis Osorio Muñoz

Paulo Cesar Daza Zúñiga

Orientador:

Abdón Mauricio Rojas

Nulidad de traslado en el Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. El caso de la persona pensionada que no logró trasladarse de régimen antes del cumplimiento de los requisitos para la concesión del derecho a la pensión de vejez.

Palabras Claves: La buena fe, Vicios del consentimiento, Régimen de Prima Media, Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, Pensión de vejez, Nulidad de traslado.

INTRODUCCIÓN

La Ley 100 de 1993 creó el sistema general de seguridad social definiendo dos tipos de regímenes para efectos del reconocimiento al derecho a la pensión: un régimen de prima media con prestación definida y un régimen de ahorro individual con solidaridad. Ambos regímenes tienen características disímiles y, dependiendo de las condiciones del afiliado, pueden brindar o restringir beneficios en el alcance del derecho pensional. Desde luego, los afiliados al sistema general de seguridad social -a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993- tenían la posibilidad de acogerse al nuevo régimen de ahorro individual con solidaridad, previa información y capacitación sobre las ventajas y desventajas de este régimen y sus dos modalidades pensionales, a saber: el ahorro programado y la renta vitalicia.

Este régimen de Ahorro individual con solidaridad ha resultado contraproducente para los intereses de gran parte de los afiliados. La razón es que el monto de la pensión de vejez ha sido inferior al monto que se reconocería en el régimen de prima media con prestación definida,

pues en general, la mayor parte de los afiliados al sistema general de seguridad social no son personas con un alto grado de ingresos como para asegurar un capital que garantice un ahorro suficiente para una mesada pensional alta. De aquí que en Colombia, hoy por hoy, las demandas de nulidad de traslado se hayan intensificado, al punto que las altas cortes, como la Constitucional y la Suprema de Justicia, han fijado criterios prístinos a partir de los cuales el Juez Ordinario o Constitucional, ordenarán el regreso al régimen anterior al cual se encontraban vinculados.

A continuación se pretende estudiar un caso que escapa a los eventos contemplados por la jurisprudencia constitucional y ordinaria laboral, pues lo común es que la nulidad del traslado de régimen se realice con anterioridad al reconocimiento y pago del derecho pensional. En este caso, se pone de presente una circunstancia en la que una persona ya ha sido reconocida como pensionada por un Fondo Privado y le solicita a un juez ordinario laboral, la nulidad de dicho reconocimiento, de manera que anule su vinculación al régimen de ahorro individual, y ordene su admisión al régimen de prima media con prestación definida.

La situación anterior, dada su excepcionalidad, lleva a la pregunta sobre los límites y alcances que tiene un juez para determinar hasta qué momento resulta oportuno decretar una nulidad, la cual tiene repercusiones en todo un sistema cuyo fondo común, como acontece en el régimen de prima media, debe protegerse de excesos en el reconocimientos de derechos sociales con contenidos económicos, dado que existe un compromiso por mantener los derechos ya reconocidos, así como la sostenibilidad financiera de todo un sistema. No obstante, la situación descrita también lleva a preguntarse hasta dónde deben protegerse los derechos de una persona que no tuvo pleno conocimiento sobre las consecuencias de la afiliación a un sistema en el cual no logró acumular un capital lo suficientemente robusto para atender las vicisitudes de la vejez, aun cuando no existió un vicio directo en el consentimiento.

Brindar elementos de análisis críticos que fortalezcan la sindéresis de los operadores judiciales en la tarea de encontrar un justo medio de los bienes que se encuentran a cada lado de la situación descrita, es uno de los objetivos esenciales que se fijan en este trabajo. Sin embargo, previamente se requiere de una metodología que permita arribar de manera adecuada a esta finalidad, razón por la cual, se opta por el estudio de caso, que admite ir de lo particular a lo general en el análisis de los factores que el juez puede aplicar a otra situación similar. En este

sentido, el presente trabajo se justifica en términos pedagógicos porque le permite al estudiante de pregrado, posgrado e inclusive al abogado litigante, comprender los límites racionales de la función jurisdiccional de decretar una nulidad del traslado de régimen. En términos profesionales, se justifica porque les permite a los operadores judiciales tener herramientas para definir situaciones concretas como las nulidades de traslado de régimen cuando ya se ha reconocido el derecho pensional y, en términos dogmáticos, permite tener una explicación consistente en una área del derecho a la seguridad social que no cuenta con una regulación normativa expresa para definir el supuesto de hecho que se presenta.

De otra parte, del entramado argumentativo que se encuentra inmerso en la justificación de este trabajo, no podría llegarse a su objetivo esencial sin un análisis de algunas de las principales figuras que contribuyen a iluminar el fenómeno de estudio, es decir, sin definir aquellos conceptos que permiten un entendimiento de la figura jurídica de estudio. Por esta razón, el caso de estudio se compondrá de cinco apartados: el primero, referente a las facultades jurisdiccionales del juez ordinario laboral; el segundo, sobre los requisitos, exigencias y principales características del régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad; el tercero, relativo a los conceptos jurídicos de la buena fe, el consentimiento y los vicios del consentimiento que se producen en el traslado de régimen; el cuarto, la situación de hecho y consecuencias jurídicas del caso de estudio; quinto, la discusiones que giran en torno al caso preciso, objeto de estudio; y en el sexto, las conclusiones sobre las demandas de nulidad de traslado cuando ya se ostenta la calidad de pensionado.

Capítulo 1: Las facultades jurisdiccionales del juez ordinario laboral.

Por jurisdicción se entiende la capacidad que se tiene para administrar o impartir justicia, la cual, en el caso de los jueces, deriva de un mandato constitucional. Desde luego que es el texto constitucional el que le otorga legitimidad a la función que desarrollan los jueces de la república en Colombia. Esta capacidad de administrar justicia, se encuentra presente en el artículo 116 de la Constitución Política de 1991.

En el caso de los jueces ordinarios laborales, sus competencias las determinó el decreto-ley 2158 de 1948, por el cual se expidió el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Las competencias generales fueron establecidas en el artículo 2, así como unas especiales bien por razón del lugar donde se prestó el servicio laboral; bien por el lugar se surtió la reclamación administrativa; o bien por el tipo de entidad que se demande; es decir, que sea del orden municipal, del departamental o del nacional.

En los conflictos derivados de la seguridad social integral, como en el caso que nos ocupa y se describe en detalle en líneas más adelante, el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social otorgó jurisdicción a los jueces laborales para “decidir los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente del contrato de trabajo.” Igualmente, para conocer de:

“la ejecución de las obligaciones emanadas de la relación de trabajo; de los asuntos sobre fuero sindical de los trabajadores particulares y oficiales y del que corresponde a los empleados públicos; de las sanciones de suspensión temporal y de las cancelaciones de personerías, disolución y liquidación de las asociaciones sindicales; de los recursos de homologación en contra de los laudos arbitrales; de las controversias, ejecuciones y recursos que le atribuya la legislación sobre el Instituto de Seguro Social; y de las diferencias que surjan entre las entidades públicas y privadas, del régimen de seguridad social integral y sus afiliados.”

Mientras que el artículo 11 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social otorgó la competencia en única instancia de los negocios cuya cuantía exceda del equivalente a veinte (20) veces el salario mínimo legal mensual vigente, a los jueces laborales del circuito, y en primera instancia de todos los demás.

Conforme a ésta definición tan genérica sobre la jurisdicción y las competencias a los jueces laborales del circuito, los problemas que se susciten por afiliación y nulidades de afiliación al Sistema General de Seguridad Social, en especial las referidas en pensiones, son del resorte de éste funcionario de la administración de justicia. Como el proceso mediante el cual se resuelven los asuntos de nulidad de afiliación a los regímenes de pensiones existentes en Colombia, no tienen un procedimiento especial, se tramitan por el procedimiento ordinario que adelantan los operadores de la justicia.

El procedimiento ordinario es a grandes rasgos como se describe a continuación: Inicialmente, se tiene el escrito de demanda que deberá cumplir con la forma y presupuesto del artículo 25 del código procesal del trabajo y de la seguridad social, esto son a saber:

- “1. La designación del juez a quien se dirige.*
- 2. El nombre de las partes y el de su representante, si aquellas no comparecen o no pueden comparecer por sí mismas.*
- 3. El domicilio y la dirección de las partes, y si se ignora la del demandado o la de su representante si fuere el caso, se indicará esta circunstancia bajo juramento que se entenderá prestado con la presentación de la demanda.*
- 4. El nombre, domicilio y dirección del apoderado judicial del demandante, si fuere el caso.*
- 5. La indicación de la clase de proceso.*
- 6. Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad. Las varias pretensiones se formularán por separado.*
- 7. Los hechos y omisiones que sirvan de fundamento a las pretensiones, clasificados y enumerados.*
- 8. Los fundamentos y razones de derecho.*
- 9. La petición en forma individualizada y concreta de los medios de prueba, y*
- 10. La cuantía, cuando su estimación sea necesaria para fijar la competencia.”*

Generalmente, en estos procesos de nulidad el escrito de la demanda debe estar precedido por la representación de un abogado, dado que lo que se pretende debatir, son cuestiones técnicas muy precisas que escapan del conocimiento general de una persona sin formación jurídica.

De otro lado, el proceso ordinario es un proceso bastante sencillo y expedito cuya regulación la encontramos consignada en el artículo 74 y siguientes del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. De manera que, una vez admitida la demanda, *“el juez ordenará que se dé traslado*

de ella al demandado o demandados para que la contesten y al Agente del Ministerio Público si fuere el caso, por un término común de diez (10) días, traslado que se hará entregando copia del libelo a los demandados.”

Contestada la demanda conforme a lo dispuesto en el artículo 31 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el juez fija la primera audiencia dentro del proceso, que tiene por objeto agotar la *“conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio”*. Esta audiencia se ordena a través de un auto de sustanciación, que básicamente es un auto que resuelve aspectos de trámite, el cual se comunica por estado, es decir mediante la fijación de aviso en la cartelera del juzgado y a través de la página oficial de la rama judicial.

Agotada la anterior etapa, el artículo 45 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social establece que: *“Antes de terminar la audiencia el juez señalará fecha y hora para efectuar la siguiente, esta deberá ser informada mediante aviso colocado en la cartelera del Juzgado en un lugar visible al día siguiente.”* Quiere decir que la segunda audiencia del proceso ordinario, la cual se denomina *“de trámite y de juzgamiento”*, se le fija fecha al finalizar la primera audiencia.

En esta segunda audiencia, se concluye la primera instancia de las demandas por nulidad de traslado, en los que la mayor parte de las veces se interpone recurso de apelación por uno de los dos extremos de la *litis*, bien sea por el demandante o los demandados. La razón es que la decisión del juez termina por afectar a una de las parte y favorecer a la otra, lo que hace necesario que la parte inconforme intente en el recurso de alzada cambiar el resultado.

Como corolario de lo anterior, bien puede decirse que el legislador le confirió a los jueces laborales la competencia para impartir justicia en asuntos referidos a la seguridad social, como en el caso que más adelante nos ocupa, con un amplio margen de discrecionalidad, de modo que se materialice los postulados de justicia que el Estado Social y Democrático de Derecho colombiano ha fijado en su Constitución.

Capítulo 2: Requisitos, exigencias y principales características del régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Con la entrada en vigencia de la ley 100 de 1.993, se determinó en su artículo 12, la existencia de dos regímenes pensionales excluyentes, el primero de ellos denominado “Régimen de Prima

Media (RPM)” administrado por COLPENSIONES, quien a sus vez subrogó las funciones del extinto Instituto de Seguros Sociales (ISS); y el otro es el denominado “Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS)”, administrado por los fondos privados de pensiones (Protección, Porvenir, Colfondos y Old Mutual).

Para efectos de orden metodológico, en primer lugar definiremos qué es el Régimen de Prima Media con prestación definida RPM, y seguidamente nos ocuparemos de determinar las características del RAIS. Así las cosas, El RPM es el régimen de pensiones mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen con el cumplimiento de requisitos, una pensión de vejez, invalidez o sobrevivientes o, en su defecto, una indemnización sustitutiva para cuyos eventos no se logre acreditar los requisitos exigidos en cada una de las contingencias.

El Régimen de Prima Media con prestación definida RPM, es el fondo de pensiones del sector público conducido por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, que se erigió en virtud de la Ley 1151 de 2.007 como una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente; vinculada al entonces Ministerio de la Protección Social, que entró en vigencia el 28 de septiembre de 2.012 mediante el decreto 2011 de 2.012.¹

La ley 100 de 1993, que unificó todos los regímenes pensionales, con el fin de no afectar las expectativas legítimas de quienes venían cotizando, y se hallaban próximos a pensionarse, creó un régimen de transición que permitía pensionarse con las condiciones exigidas por el régimen o ley anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 del 93. Uno de esos regímenes que se intentó mantener incólume en cuanto a sus requisitos, fue el acuerdo 049 de 1.990, el cual exigía 55 años de edad -para las mujeres- o 60 años -para los hombres-, y 500 semanas cotizadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de esa edad o 1.000 semanas cotizadas en cualquier época. Así como éste, muchos otros regímenes fueron mantenidos por remisión del artículo 36 de la ley 100 de 1993, como por ejemplo, la ley 171 de 1961, la ley 33 de 1985, la ley 71 de 1988, etc.

Si bien los requisitos del acuerdo 049 de 1990 rigieron para los particulares, para los servidores públicos cotizaban a las Cajas de Previsión (municipal, departamental o nacional, según el caso)

¹ Decreto 2011 de 2012, Ministerio del Trabajo.

y se pensionaban con 20 años de servicios y 55 años de edad, es así como lo podemos ver en la ley 33 de 1985.

Este régimen de prima media, de la ley 100 del 93, fue modificado en el año 2005 mediante el acto legislativo 01, disponiéndose que la vigencia del régimen de transición sólo sería hasta el 31 de Julio de 2010 y sólo sería aplicable para aquellas personas que al 25 Julio de 2005 acreditaran tener 750 semanas cotizadas y más con las condiciones iniciales de 35 o 40 años de edad o 15 años de servicio. No obstante éste Acto legislativo 01, también señaló que el régimen de transición podría extenderse hasta el año 2014, para las personas que eran beneficiarias de dicho régimen de transición y adicionalmente acreditaban 750 semanas cotizadas a Julio de 2005, quien sí podrán pensionarse de acuerdo a las condiciones anteriores hasta el 31 de diciembre de este año.

Ahora bien, a partir del 2004, con éste Acto legislativo 01 de 2005, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, y desde el primero (1º) de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas; y desde el primero (1º) de enero de 2.006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

Estos son a grandes rasgos, los requisitos que hoy por hoy se tienen en el RPM: 57 años de edad si se es mujer, 62 años si se es hombre y 1300 semanas de cotización. De otra parte, entre las características propias de este régimen pueden identificarse:

1. No es posible que los afiliados hagan aportes voluntarios
2. Solo existe una modalidad de pensión y se adquiere con el cumplimiento de los requisitos.
3. Los afiliados en caso de no cumplir con el requisito de semanas al cumplimiento de la edad (57 o 62 años), pueden optar por una indemnización sustitutiva de pensión de vejez o seguir cotizando hasta completar las semanas.
4. Los requisitos para el disfrute de la pensión de vejez se suscriben únicamente al cumplimiento de la edad y de las semanas.
5. Al fallecimiento del afiliado, se otorga auxilio funerario.

En cuanto al otro régimen creado por la ley 100 de 1993, denominado Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, (RAIS), se tiene que, en esencia, es un sistema de ahorro para la vejez, administrado por fondos privados en donde de acuerdo al esfuerzo de ahorro que haya sido realizado por el aportante, así mismo será el monto o valor de su mesada pensional.

En el RAIS, a diferencia del RPM, los aportes no van dirigidos a un fondo público común, sino a la cuenta individual del afiliado en la que se va acumulando un capital de carácter autónomo, es decir un capital que no depende de otros rubros diferentes a los aportados por el afiliado, pero que se encuentra sujeto a las contingencias de la economía y los rendimientos que se produzcan. Los afiliados al RAIS no necesitan como requisito, una edad y número de semanas cotizadas para poder acceder a la pensión. Antes bien, se exigen que en la cuenta individual del afiliado exista como mínimo un 110% del salario mínimo, el cual deberá estar reajustado con el IPC, pues así es como lo establece el artículo 64 de la ley 100 de 1993 y, en el caso que no lo tuviere, tendrá derecho a un bono pensional.

En teoría, en el RAIS es posible que el afiliado haga aportes voluntarios, de manera que se le permita acumular una mayor cantidad líquida de dinero en su cuenta de ahorro individual, permitiéndole hacer menos gravoso el alcanzar los rubros necesarios para el reconocimiento y pago de la pensión. No obstante, la inestabilidad en el empleo y el valor del salario mínimo legal mensual vigente con el que la mayoría de los afiliados cotizan al sistema, hace matemáticamente imposible acceder a una pensión de vejez en el mismo monto que la que puede obtener en el RPM.

Como se puede apreciar, la pensión en el RAIS depende del capital acumulado que se calcula con base en la constancia de los aportes, el valor de estos y el rendimiento económico que las condiciones del mercado permitan tener de ellos. Este régimen ofrece a sus afiliados tres modalidades de pensión: Renta vitalicia, retiro programado y Retiro programado con renta vitalicia diferida. En la modalidad de Renta vitalicia, los aportes del afiliado son usados como en una especie de seguro, donde la entidad aseguradora, conforme a lo que reciba de parte del fondo de pensiones, recolecta lo depositado por el trabajador durante toda su vida laboral. Una vez establecido y recolectado los fondos del afiliado, se hace un cálculo con dicha la información para calcular cuál será el Ingreso Base de Liquidación (IBL) o monto de la mesada pensional de manera vitalicia.

En la modalidad de Retiro programado con renta vitalicia, el fondo de pensiones es el encargado de administrar los recursos, pagos de las mesadas de acuerdo al capital que se ha acumulado teniendo en cuenta la expectativa de vida del afiliado. El IBL de la mesada debe de hacerse cada año conforme a los saldos que van quedando en la cuenta individual.

Por su parte, en el retiro programado con renta vitalicia diferida, es una modalidad de pensión donde un afiliado contrata con una aseguradora, previamente elegida, una renta vitalicia, es decir el pago de unas sumas de dinero que no podrán ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, con el fin de percibirlos mensualmente. En esta modalidad pensional, se va reteniendo de la cuenta de ahorro individual del afiliado, los fondos necesarios para obtener del fondo de pensiones un retiro programado, el cual va de la fecha en que tiene lugar esta modalidad y la fecha en que la renta vitalicia diferida comience a ser pagada efectivamente por la aseguradora.

Entre las características propias de este régimen pueden identificarse:

1. En caso de fallecimiento el patrimonio de la cuenta entra a ser parte del acervo hereditario, siempre y cuando existan beneficiarios.
2. Existen tres modalidades de pensión: unas a cargo de la AFP y otras a cargo de la aseguradora de elección del pensionado.
3. Es posible que los afiliados puedan pensionarse a cualquier edad, solo se tiene en cuenta que el monto de la financiación sea de por lo menos un 110% mayor que el salario mínimo legal mensual vigente.
4. Con 1.150 semanas cotizadas y 57 años de edad a las mujeres y 62 a los hombres se puede solicitar la garantía de pensión mínima.
5. La devolución de fondos es posible en aquellos eventos en que no se alcance a pensionar el afiliado. La devolución incluye los rendimientos que se hayan obtenido.
6. Existe auxilio funerario

Capítulo 3: La buena fe, el consentimiento y los vicios del consentimiento que se producen en los traslados de régimen.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha definido, en la Sentencia C-1194/08, el principio de buena fe como “*aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una persona correcta (vir bonus)*”. En tal sentido, la buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con efecto jurídico, y se refiere a la “*confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada*” (Sentencia C-1194/08)

La buena fe como principio general del derecho, según los tratadistas Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve (2004), se tiene en el hecho de que “cada cual debe celebrar sus negocios, cumplir con sus obligaciones y, en general, ejercer sus derechos, mediante el empleo de una conducta de fidelidad, o sea por medio de la *lealtad* y *sinceridad* que imperan en una comunidad de hombres dotados de criterio honesto y razonable.” (p.185). En el proceso de nulidad de traslado, que en este trabajo se analiza, la buena fe juega un papel fundamental al momento de determinar la procedencia o no de la nulidad, al punto que la carga probatoria sobre su no vulneración le es atribuible a las entidades demandadas, quienes deben dirigir sus esfuerzos a probar que se salvaguardó la buena fe por sobre el principio de la autonomía individual.

El principio de la buena fe en relación con la falta de información oportuna a los afiliados o los silencios en los que incurren los fondos privados, deben estar encaminados, para sobre guardarse, al hecho de que no obedecieron a la existencia de constreñimiento, amenazas o engaños; sino, antes bien, que tiene su urdimbre en que por lo menos no advirtieron al afiliado de las contingencias a que quedaba expuesto cuando se traslada de RPM a RAIS, las cuales eran de alguna manera inciertas, porque dependían del comportamiento del mercado; situación que no debe equipararse con la intención de generar daños de índole patrimonial a sus afiliados o los usuarios que decidieron trasladarse de régimen.

En referencia al consentimiento, el cual es necesario para establecer que un contrato es válido, debe reunir los siguientes requisitos según lo preceptuado por el artículo 1502 del código civil:

1. *“Que las partes contratantes sean legalmente capaces.*
2. *Que se exprese el consentimiento y este sea exento de todo vicio, los vicios del consentimiento son error, fuerza y dolo.*
3. *Que el objeto del contrato sea lícito, es decir que el fin perseguido sea permitido por las normas.*
4. *Y por último causa lícita que no es más, motivo que impulsa a las partes a suscribir un contrato.”*

Conforme a lo anterior, si un contrato no cumple estos requisitos, está viciado de nulidad. En cuanto a la manifestación o declaración de la voluntad, podemos decir que es la *“conducta humana externa y consciente que según los usos sociales permite inferir la existencia y el contenido de una voluntad”* (Valencia Zea & Ortiz Monsalve, 2004, p.454), de la persona que interviene en el contrato. Su declaración se requiere para que el acto sea válido, y además resulta indispensable que dicha manifestación también sea sana; es decir, que no adolezca de vicios como el error, la fuerza o el dolo, ya que la presencia de estos factores menoscaba la libertad así como la conciencia que la ley le otorga a la persona cuando le confiere poder suficiente para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

El consentimiento, por su parte, es según la Real Academia de la Lengua Española una *“Manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente”*. (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 2018). Esta la manifestación de voluntad, se puede hacer a través de un signo distintivo, una firma, o cualquier otra forma que permita inferir que se ha expresado la voluntad.

La falta de información veraz, oportuna e idónea, brindada por los asesores comerciales de los fondos privados al momento de captar nuevos afiliados, es la base sobre la que descansan las centenas de nulidades de traslado que hoy saturan la jurisdicción laboral. Es precisamente la falta de información lo que debe analizar el juzgado al momento de autorizar el regreso de los usuarios desde el RAIS al RPM.

El Art. 1508 del Código civil dispone cuáles son los llamados vicios del consentimiento, a saber: el error, la fuerza y el dolo, situaciones fácticas que deben estar ausentes al momento del traslado de régimen so pena de dejar la posibilidad para que el afiliado, una vez conozca los alcances de su traslado, busque la nulidad del mismo a través de la acción judicial que, como se advirtió anteriormente, se abre paso en los estrados judiciales.

La falta de información oportuna y veraz en que incurren los fondos privados, a la hora del traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se ha venido dando con ocasión de que los funcionarios de cada fondo utilizan engaños y omisiones, que se ven materializados en la generación de falsas expectativas en promesas como recibir una mesada pensional mayor a la que recibirían en el RPM.

La obligación de orientar al potencial afiliado -o a quien ya lo está- de consecuencias vitales de un traslado de régimen, trasciende el simple deber de información. A juzgar por la naturaleza y finalidad de la seguridad social, podemos citando a la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral diciendo que: “la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información; de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes; y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.” (Sentencia Rad. N° 31989 del 9 de septiembre de 2008).

Es importante por todo lo expuesto, cumplir de forma clara el requisito de informar tanto sobre las ventajas como sobre las desventajas del régimen pensional a trasladarse, su incidencia sobre los derechos prestacionales que cubre a través del sistema general de pensiones y los efectos que acarrea el traslado de régimen, dado que ésta omisión, puede llegar a declararse como una justa causa para la ineficacia del acto jurídico de afiliación.

Capítulo 4: El caso

La ciudadana Luz Estella Soto Buitrago, identificada con la cedula de ciudadanía No.31214923, el día 24 de junio del 2016 interpuso demanda ordinaria laboral, a través de su apoderado judicial Luis Antonio Erazo López, con la finalidad de que se declarara la nulidad de la afiliación al fondo de pensiones y cesantías Citi Colfondos, hoy Colfondos S.A., y en su lugar se ordenara a la Administradora Colombiana De Pensiones – Colpensiones, permitir el traslado de la afiliada. La razón esencial para esta pretensión obedeció a la falta en el deber de informar a la afiliada al momento de solicitar el traslado inicial.

Según los acontecimientos de los hechos, la señora Luz Estella Soto Buitrago inició cotizaciones al antiguo Institutos de Seguros Sociales - ISS el día 10 de junio de 1968. En el año de 1998 elevó solicitud de traslado de régimen, afiliándose al fondo de pensiones y cesantías Colfondos SA, previa asesoría del funcionario de dicha entidad, Alfredo Guerrero, quien al parecer le afirmó que con Colfondos garantizaría una pensión antes de la edad exigida por el ISS, sin un número de semanas mínimas y un monto mucho más alto. Igualmente, según relata la señora Soto Buitrago, se le dijo en aquella ocasión que el ISS sería liquidado quedando en riesgo los aportes a pensión que ella venía realizando, por lo cual era mejor que aprovechara las posibilidades que le brindaba Colfondos.

El día 22 de julio de 2009 la señora Soto Buitrago le solicitó a Colfondos el reconocimiento y pago de la pensión por vejez, cuando ya contaba con 60 años edad, pues su fecha de nacimiento fue el 28 de febrero de 1949. La entidad, al dar respuesta a la solicitud el día 17 de septiembre de 2009, reconoció pensión a partir del 01 de septiembre de 2009 con una mesada de dos millones doscientos noventa y seis mil con noventa y siete centavos (\$2.296.097). No satisfecha con lo resuelto por el fondo de pensiones Colfondos, la señora Soto Buitrago buscó asesoría profesional, la cual le recomendó realizar una nueva solicitud de traslado, inicialmente mediante derecho de petición a las entidades correspondientes.

Así las cosas, el día 29 de octubre de 2009 interpuso ante Colfondos derecho de petición colocando de presente la inconformidad con la liquidación de su mesada pensional, la cual fue negativamente resuelta, en el entendido de que la mesada estaba calculada con las normas sustantivas propias del régimen de ahorro individual; y que además no era procedente el traslado por ostentar la calidad de pensionada.

Por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, subrogatario de las obligaciones del ISS, quien mediante comunicado del 10 de noviembre de 2015 se le solicitó autorizar el traslado-, dio respuesta negativa indicando que dicho mecanismo no era la manera de solicitar el traslado. De acuerdo a las respuestas de las dos entidades, se dio por concluida la vía administrativa, sin que se lograra el traslado.

De otro lado, el juzgado 18 Laboral del Circuito de Cali, mediante auto interlocutorio No.1523 del 29 de junio del 2016, admitió la demanda interpuesta por la señora Luz Estella Soto

Buitrago, ordenando notificar la presente acción a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Colfondos S. A y la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado. Una vez notificadas cada una de las entidades, Colpensiones procedió a dar respuesta dentro del término; Colfondos procedió a dar respuesta mediante demanda de reconvención; la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado no se pronunció; y el Ministerio de Hacienda Publica se pronunció en la demanda de reconvención.

Evacuados los tramites de contestación de la demanda, el juzgado 18 Laboral del Circuito de Cali, mediante auto interlocutorio No.2902 del 21 de noviembre del 2016, fijó como fecha para la audiencia de obligatoria de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio, el día 03 de abril de 2017 a las 10:30 a.m. Esta diligencia fue aplazada para el día 18 de mayo del 2017 a las 9:30 a.m., en donde se fijó para el día 13 de octubre del 2017 a la 1:30 p.m., la audiencia aludida de trámite y juzgamiento, audiencia que también se solicitó aplazamiento. Finalmente, para el 18 de mayo del 2018 se estableció la fecha en la que se resolvería de fondo el litigio.

Hasta el momento, el Juez 18 Laboral del Circuito de Cali no logró concluir la audiencia del 18 de mayo del 2018, tanto por dificultades de orden administrativo, como por extravío de parte de algunos oficios del proceso; así como por dificultades sustantivas del orden normativo que no tiene definido el problema. En consecuencia, en lo que resta de este texto, se presentará una solución jurídica al problema en concreto, a propósito de la nulidad de traslado de régimen pensional cuando ya se ostenta la calidad de pensionado.

Capítulo 5: Discusión del Caso:

Sea lo primero en destacar que sorprende el hecho de intentar un cambio de régimen pensional cuando ya se ha consolidado una situación jurídica en particular. Y ello porque, en principio, se pensaría en aspectos tales como la seguridad jurídica, el respeto al ordenamiento interno y la limitación jurisdiccional de los jueces laborales del circuito no lo permitirían. Sin embargo, existe la posibilidad de flexibilizar sobre las prohibiciones de traslado cuando, por razones muy especiales, se ha cercenado principios fundamentales sobre los que se sustenta nuestro ordenamiento jurídico.

En el caso de la señora Luz Estella Soto Buitrago podemos ver que la solicitud de cambio obedece a la falta de información al momento del traslado de régimen por parte del funcionario de Colfondos. Así mismo, obedeció a la omisión en el deber de Colfondos de explicarle a la afiliada que ella era beneficiaria del régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993 por remisión de su artículo 36, por contar al momento de la entrada en vigencia de dicha norma, con más de 35 años de edad; y, como si fuera poco, también omitió explicarle que ella podría pensionarse a los 55 años de edad conforme al artículo 049 de 1990 por contar con las mil (1.000) semanas en toda su vida laboral o quinientas (500) semanas en los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de la edad.

En un caso que guarda gran similitud con el de la señora Soto Buitrago, se encuentra la única sentencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia que ordenó la nulidad del traslado de una persona ya pensionada (Rad.31989). Se trata del caso del señor Juan Rafael Vargas Jaramillo contra el fondo de pensiones Porvenir S.A., en el que se traslada al régimen de ahorro individual estando consolidado los requisitos para la pensión, en virtud del régimen de transición que la ley 100 de 1993 previó por remisión de su artículo 36. La similitud con el caso que nos ocupa estriba en el fundamento que le permite a un juez ordenar la nulidad de traslado, esto es, la falta de información completa cuando se tiene un derecho que por transición ya se encuentra consolidado o apunto de consolidarse.

Sobre este aspecto de brindar información completa, la providencia referida nos dice que este deber de información es una de las obligaciones especiales que le asisten a las administradoras de fondo de pensiones. En sus propias palabras, sostiene:

“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

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

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

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.”²

Quiere decir lo anterior, que uno de los pilares en los que debe fundamentarse el traslado de régimen es en la información completa al afiliado, de manera que este alcance a vislumbrar las consecuencias de su decisión, antes de trasladarse; porque cuando ello no se da por acción u omisión de la entidad administradora de pensiones, se genera un vicio en el consentimiento y se rompe con la buena fe.

En una decisión tan crucial como el traslado del régimen que se pretende conseguir la nulidad por parte de la autoridad judicial, tiene particular interés y relevancia el hecho de los derechos consolidados o adquiridos y las expectativas legítimas. Sobre los primeros se ha dicho que *“configuran derechos adquiridos las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona.”* (Sentencia C-147 de 1997)

De este modo, la Corte Constitucional ha dicho que *“la Constitución prohíbe el desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una ley, con ocasión de la expedición de nuevas regulaciones legales.”* Mientras que en el caso de las expectativas legítimas, estas *“pueden ser objeto de alguna consideración protectora por el legislador, con el fin de evitar que los cambios de legislación generen situaciones desiguales e inequitativas o de promover o de asegurar beneficios sociales para ciertos sectores de la población o, en fin, para perseguir cualquier otro objetivo de interés público o social”*. (Sentencia C-147 de 1997)

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia Rad.31989 del nueve (9) de septiembre de dos mil ocho (2008).

Así, en el caso de la señora Luz Estella Soto Buitrago es posible prever que ya contaba con el requisito de los 20 años de servicio y sólo estaba a la espera de la edad; que en su caso era 55 años de edad si no se hubiera producido el traslado de régimen, pues su situación jurídica se regulaba por remisión del artículo 36 de la ley 100 de 1993, por la ley 33 de 1985, teniendo un derecho a punto de consolidarse pero por falta de información completa del fondo de privado no se dio.

Como corolario de lo anterior, el traslado es procedente porque las razones del traslado son imputables al fondo privado de pensiones, dado que creó falsas expectativas en la afiliada aprovechando el desconocimiento que tenía sobre el sistema pensional y el auge del que gozaba el RAIS en los inicios de su funcionamiento.

Conclusiones.

El traslado de régimen por nulidad es procedente por vía judicial, aún después de ostentar la condición de pensionado siempre y cuando se tenga una expectativa legítima o un derecho consolidado, el cual no se materializó por razones imputables a la entidad que prestó la asesoría para propiciar la decisión de traslado de régimen del afiliado.

En todo caso, que se pretenda intentar conseguir la declaratoria de nulidad de traslado de régimen de una persona pensionada por la vía judicial, le asiste el deber al demandante de aportar pruebas sólidas que le permitan al juzgador de instancia identificar una situación jurídica consolidada o a punto de consolidarse, pero que no se dio por causa u ocasión de un tercero que tergiversó la información necesaria para que el afiliado tomara una decisión.

Bibliografía.

Caso tomado del Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, proceso ordinario laboral de primera instancia con radicación 2016-00614-00, en el cual se solicita la nulidad de la afiliación de una pensionada de la AFP COLFONDOS S.A., y en consecuencia el traslado a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES, por faltar al deber de informar cuando la afiliada cambió de régimen pensional.

Constitución política de Colombia. [Const.] (1991) Artículos 116 y 230. 2da Ed. Legis.

Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. (21 de junio de 1948) Artículos 1, 2, 5, 6, 11, 12, 15, 25, 31, 44, 45, 74, 80, 81, 82. [Decreto Ley 2158 de 1948].

Código General del Proceso. (12 de julio de 2012) [Ley 1564 de 2012]. DO: 48.489.

Código Civil. (26 de mayo de 1873) Artículo 1502. [Ley 57 de 1887].

Corte Suprema de Justicia, (9 de septiembre de 2008) Sentencia Radicado No. 31989 [MP Eduardo López Villegas]

Corte Constitucional, (19 de marzo de 1997) Sentencia C-147 de 1997 [MP Antonio Barrera Carbonell]

Corte Constitucional, (3 de diciembre de 2008) Sentencia C-1194/08 [MP Rodrigo Escobar Gil]

DRAE (2018). Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Madrid

ARENAS MONSALVE, G. (2010). El derecho colombiano de la Seguridad. Legis. Bogotá

VALENCIA ZEA, A & ORTIZ MONSALVE, A. (2004). Derecho Civil. Parte general y personas. Temis. Bogotá