

**Autonomía de la voluntad en los procesos de nulidad de traslado de régimen pensional
en la Jurisdicción Laboral de Bucaramanga**

Andrés Eduardo González Montero y Silvia Camila Cubides Güiza

Trabajo de grado para optar el título de Especialista en Seguridad Social

Director

Joyce Katherine Cuadrado Siosy

Maestra

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

División de Ciencias jurídicas y políticas

Especialista en Seguridad Social

2023

Contenido

Introducción	6
1. Autonomía de la voluntad en los procesos de nulidad de traslado de régimen pensional en la jurisdicción laboral de Bucaramanga.....	7
1.1 Planteamiento del problema.....	7
1.2 Formulación de la pregunta de investigación.....	7
1.3 Justificación.....	8
1.4 Objetivos	9
1.4.1 Objetivo general	9
1.4.2 Objetivos específicos.....	9
2. Marco referencial.....	10
2.1 Antecedentes	10
2.2 Estado del Arte	12
2.3 Marco conceptual	12
3. Hipótesis	15
4. Metodología	23
5. Resultados	24
7. Cronograma.....	25
8. Presupuesto	26
Referencias.....	27

Lista de tablas

Tabla 1. *Cronograma de actividades.* 25

Tabla 2. *Presupuesto del proyecto de investigación.*..... 26

Resumen

En el análisis de los procesos de nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, el concepto de autonomía de la voluntad debe ser fundamental para mediación de las decisiones judiciales, por ello, es importante el acercamiento a la interpretación que realizan los jueces del circuito de Bucaramanga y examinar los derechos que se vinculan, ya sea que se vulneren o protejan. Lo anterior, debido a la pertinencia de reflexionar los términos empleados por el legislador y la Corte Suprema de Justicia en el momento de desglosar las obligaciones contractuales y constitucionales desarrollados a partir de la interpretación de las normas vigentes para estos procesos, frente a las obligaciones de las partes, sin desconocer la autonomía de la voluntad como principio fundamental; considerando también diversos vacíos, confusiones o ambigüedades que la interpretación actual pueda proferir al momento de aplicarlo a situaciones específicas donde intervienen aspectos propios de la autonomía de los bienes jurídicos de posible disposición de las partes.

Palabras Clave: autonomía, voluntad, nulidad, régimen pensional, Bucaramanga

Abstract

In the analysis of the processes of nullity or ineffectiveness of the transfer of the pension regime, the concept of autonomy of the will must be fundamental for the mediation of judicial decisions, therefore, it is important to approach the interpretation made by the judges of the circuit of Bucaramanga and examine the rights that are linked, whether they are violated or protected. The above, due to the relevance of reflecting on the terms used by the legislator and the Supreme Court of Justice at the time of breaking down the contractual and constitutional obligations developed from the interpretation of the current regulations for these processes, compared to the obligations of the parties, without ignoring the autonomy of the will as a fundamental principle; also considering various gaps, confusions or ambiguities that the current interpretation may utter when applying it to specific situations where aspects of the autonomy of the legal assets of possible disposal of the parties intervene.

Keywords: autonomy, will, nullity, regime pension, Bucaramanga

Introducción

En el presente trabajo se realizará un análisis de los procesos de nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional y el concepto de autonomía de la voluntad, el cual debe ser entendido como una noción fundamental para mediación de las decisiones judiciales. Así las cosas, en el marco de la presente investigación es importante el acercamiento a la interpretación que realizan los jueces del circuito de Bucaramanga y examinar los derechos que se vinculan, ya sea que se vulneren o protejan, debido a la pertinencia de reflexionar los términos empleados por el legislador y la Corte Suprema de Justicia en el momento de desglosar las obligaciones contractuales y constitucionales desarrollados a partir de la interpretación de las normas vigentes para estos procesos, frente a las obligaciones de las partes, sin desconocer la autonomía de la voluntad como principio fundamental.

Es importante agregar que el análisis de la jurisprudencia frente a estos casos también debe considerar diversos vacíos, confusiones o ambigüedades que la interpretación actual pueda proferir al momento de aplicarlo a situaciones específicas con el propósito de identificar aspectos propios de la autonomía de los bienes jurídicos de posible disposición de las partes. Lo anterior, permitirá que por medio de los resultados y la disertación realizada en la presente investigación, se pueda determinar si los jueces laborales del circuito de Bucaramanga, tienen en cuenta las teorías jurídicas de la autonomía de la voluntad para así confortar lo establecido por la corte suprema de justicia.

1. Autonomía de la voluntad en los procesos de nulidad de traslado de régimen pensional en la jurisdicción laboral de Bucaramanga

1.1 Planteamiento del problema

En el presente trabajo de investigación se analizará cómo la autonomía de la voluntad puede mediar en las decisiones judiciales en los que respecta a los procesos de nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional en la jurisdicción laboral del municipio de Bucaramanga. Sin embargo, los términos empleados por el legislador y la Corte Suprema de Justicia al momento de desglosar las obligaciones contractuales y constitucionales desarrollados a partir de la interpretación del artículo 13 de la ley 100 de 1993 y las obligaciones contractuales de las AFP no incluyen el rol fundamental que desempeña los bienes jurídicos de posible disposición y el consentimiento de las partes al momento de afectar de manera definitiva un bien jurídico y constitucionalmente protegido como la seguridad social, situación que nos expone a vacíos, confusiones o ambigüedades al momento de aplicarlo a situaciones específicas donde intervienen aspectos propios de la autonomía de los bienes jurídicos de posible disposición de las partes.

1.2 Formulación de la pregunta de investigación

¿Cómo analizan los jueces laborales del circuito de Bucaramanga la autonomía de la voluntad en los procesos que decretan la nulidad del traslado de régimen pensional y que derechos se ven vulnerados, con dicha interpretación?

1.3 Justificación

Los procesos de nulidad e ineficacia del traslado de régimen pensional generan una compleja labor por parte de la jurisdicción laboral, al tener que asumir un análisis en una relación jurídica sustancial de la cual en principio no hizo parte uno de los regímenes pensionales como lo es el régimen de prima media con prestación definida, como es el caso de la afiliación y la administración de los recursos de las personas que se vincularon a los fondos privados. Además, generando esto la imposición de recibir estos afiliados implica asumir los costos de la representación judicial y los perjuicios por el reconocimiento de un derecho pensional sin haber realizado previamente las proyecciones y/o cálculos actuariales que representa el pago de una eventual prestación.

Ahora bien, para efectos de encontrar la estrategia legal en relación con este tipo de decisiones debe determinarse si la jurisprudencia constituida desde mayo de 2019 por parte de la Corte Suprema de Justicia cumple los siguientes parámetros:

- a. ¿Existe una interpretación correcta del artículo 1604 del Código Civil conforme lo aplica la Corte Suprema de Justicia?
- b. ¿Las sentencias proferidas hasta la fecha en materia de nulidad o ineficacia de traslado desconocen el propio precedente de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional?
- c. ¿La inversión de la carga de la prueba en estos eventos es proporcionada y razonable de conformidad con el art. 167 del Código General del Proceso? o por el contrario ¿podría generar un abuso del derecho?
- d. ¿Los demandantes deben ser considerados en su totalidad como parte débil y por ello afiliados lego?

- e. ¿Debe considerarse el grave impacto fiscal que conllevan estas decisiones judiciales en asocio con el acto legislativo 01 de 2005?
- f. ¿Existen otros artículos del Código Civil que omitió la Corte de Suprema y debían igualmente ser analizados?
- g. ¿La normatividad en materia de traslados debe ser verificada de conformidad con las normas aplicables al momento de la afiliación al fondo privado?

1.4 Objetivos

1.4.1 Objetivo general

Analizar si los jueces laborales del circuito de Bucaramanga tienen en cuenta la autonomía de la voluntad en los procesos que decretan la nulidad del traslado de régimen pensional en la jurisdicción laboral de Bucaramanga y cuales derechos fundamentales se ven afectados en los fallos.

1.4.2 Objetivos específicos

- Describir el rol de la autonomía de la voluntad en los procesos de nulidad de traslado y su naturaleza desde la interpretación de la Corte Suprema de Justicia / Sala Laboral.
- Examinar los fallos que decretan la nulidad de traslado de régimen proferidos por los jueces laborales del circuito de Bucaramanga desde el año 2019 hasta el año 2022.
- Establecer los derechos fundamentales afectados en los fallos que decretan la nulidad de traslado de régimen en los juzgados laborales del circuito de Bucaramanga.

2. Marco referencial

2.1 Antecedentes

Al momento de expedirse la L. 100/1993 el legislador colombiano decidió crear el Sistema General de Pensiones con dos regímenes que coexisten pero que se excluyen entre sí, un régimen basado en un modelo de reparto denominado Régimen de Prima Media con Prestación Definida y un régimen basado en un modelo de capitalización denominado Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

De esta forma, Colombia es de los pocos países en el mundo que de manera obligatoria cuenta con modelos pensionales de reparto y capitalización, lo cual implica que, en Colombia, los afiliados pueden libremente escoger entre cualquiera de los dos regímenes pensionales con el fin de realizar sus cotizaciones y obtener el reconocimiento de prestaciones de acuerdo con los requisitos y condiciones particulares de cada modelo.

Ahora bien, como señalamos, los regímenes si bien coexisten se excluyen entre sí en la medida que, un afiliado no puede encontrarse afiliado, distribuir sus cotizaciones u obtener el reconocimiento de prestaciones en ambos regímenes.

Ello a su vez, obligó al legislador a establecer la figura de traslados para permitir a los afiliados escoger entre uno y otro régimen después de la decisión de vinculación inicial, considerando que, por las particularidades de cada afiliado, uno u otro régimen puede ser más beneficioso sin que se pueda concluir de manera generalizada que uno u otro régimen es mejor.

Como resultado de la posibilidad de los afiliados de cambiar de régimen pensional, el legislador creó la figura de bonos pensionales, con el fin de contar con un mecanismo de financiación de la pensión en casos, por regla general, de traslados de afiliados de RPM a RAIS.

Adicionalmente dispuso unos límites a la posibilidad de trasladarse a partir de la vinculación inicial y antes de llegar a la edad de pensión, dado el impacto económico y operativo que implica el traslado de régimen pensional. Particularmente la restricción de traslado por edad, que implica que los afiliados no pueden cambiar de régimen encontrándose a 10 años de la edad de pensión, fue creada por razones de sostenibilidad financiera con el fin de poner una barrera al acceso al régimen de transición.

Otra figura que se creó como resultado de los traslados fue el deber de asesoría que puede ser definido como aquella obligación en cabeza de las Administradoras de Fondos de Pensiones de informar al afiliado sobre las condiciones de su régimen y situación pensional, figura que es esencial en el esquema pensional colombiano por la existencia de los dos regímenes pensionales y su diferenciación.

Mientras que el RPM por la forma de cálculo del monto de la pensión es en principio más favorable para los afiliados de mayores ingresos y con alta densidad de cotización, el RAIS por la Garantía de Pensión Mínima y la devolución de saldos resulta en principio más favorable para los afiliados de menores ingresos y con baja densidad de cotizaciones, lo cual implica que para escoger el régimen adecuado y/o trasladarse el afiliado debe estar informado de las condiciones.

No obstante, lo anterior, el desarrollo y aplicación del deber de asesoría fue demasiado tardío generando que los afiliados adoptaran decisiones no informadas que afectan su situación pensional.

Particularmente, este desarrollo tardío del deber de asesoría impactó a los afiliados al RPM que decidieron trasladarse al RAIS, obteniendo una pensión mucho más desfavorable en comparación a la que hubieran obtenido en RPM, situación que ha desencadenado en procesos

ordinarios laborales a través de los cuales, los afiliados buscan sea anulado el traslado al RAIS por indebida asesoría.

2.2 Estado del Arte

En el presente estado del arte se tendrá en cuenta la Línea jurisprudencial Ineficacia del traslado del régimen pensional del afiliado publicada por la relatoría de la Corte suprema de justicia – Sala de Casación Laboral; en el cual se hace un análisis propedéutico de las normas y sentencias que desarrollaron el tema, y dieron una línea fija las posturas que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia asumió desde el año 2008, como respuesta al supuesto fáctico, según el cual, un afiliado al régimen de prima media con prestación definida, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y solicita a la jurisdicción ordinaria la declaratoria de su ineficacia, por omisión en el deber de información de la administradora del fondo de pensiones.

Con base en este documento se establecen las normas y lineamientos sobre los cuales se ha venido realizando en análisis de conceptos como el deber de información y buen consejo que debe tener las APF con sus afiliados respecto de los pro y contras que existen en los diferentes regímenes dejando a un lado la autonomía de la voluntad de las partes.

2.3 Marco conceptual

Ineficacia: de acuerdo con la definición general de este concepto según la RAE, proviene de la falta de eficacia, que a su vez se traduce en la “Capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera”. En materia legal y jurisprudencial dicho concepto se encuentra relacionado con los efectos jurídicos de existencia y validez que pueda generar un acto o negocio jurídico previamente establecido, por tanto, se manejan dos definiciones en sentido estricto e ineficacia en sentido amplio: “La ineficacia en sentido estricto se presenta en aquellos casos en los cuales la ley, por

razones de diferente naturaleza, ha previsto que el acto no debe producir efectos de ninguna naturaleza sin que sea necesario la existencia de una declaración judicial en ese sentido.”

“Bajo el concepto de ineficacia en sentido amplio suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad” (C-345/2017). Traído a nuestro caso específico de traslado de régimen pensional, la ineficacia se encuentra ligada a la validez y el efecto jurídico que produce la aceptación del afiliado de pasar de un régimen pensional a otro, y las consecuencias jurídicas que se desprenden hacia el futuro una vez se dé la declaratoria de inexistencia de vínculo entre ellos, dentro de las cuales se encuentra incluida la nulidad. Al respecto la CSJ en sentencia SL 1421-2019, señaló respecto a la ineficacia que “existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que:

- i. la insuficiencia de la información afecte los intereses del afiliado en procura de reivindicar su derecho o el acceso al mismo;
- ii. no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad;
- iii. en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de fondos de pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, (...)”

Nulidad: por su parte la nulidad en materia de traslado de régimen pensional ha venido siendo materializada como el efecto o consecuencia jurídica que genera la declaratoria de ineficacia de la vinculación o traslado de régimen pensional principalmente del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, generando como consecuencia la conservación de los derechos de acceder a la prestación pensional por ser un derecho de rango constitucional, cuyo

objetivo principal consiste en el “retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social (...). (CSJ. SL 31989 de 2008). Partiendo de la base que los anteriores argumentos son los fundamentos legales para permitir el traslado de régimen de seguridad social, veremos si el desarrollo jurisprudencial de dichas figuras son interpretaciones garantistas que afectan los intereses de la entidad y se encuentran en contravía del ordenamiento, el principio de legalidad, seguridad jurídica y sostenibilidad fiscal del fondo de pensión bajo la excusa de garantías de derechos fundamentales del acceso al sistema de seguridad social de los afiliados. Como conclusión sobre estos conceptos, se evidencia que por su naturaleza no son equiparables entre sí; por cuanto el primero hace referencia a la legalidad del acto de la vinculación y sus efectos hacia el futuro una vez sea declarada y por otra parte la nulidad se traduce simplemente en que el vínculo jurídico nunca nació a la vida jurídica.

Traslado de régimen pensional: la facultad de migrar de un régimen pensional a otro surge por disposición del artículo 13 ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la ley 797 de 2003 donde señaló “Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; (aparte subrayado condicionado bajo el entendido que “las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado al régimen de

prima media con prestación definida, pueden regresar a éste -en cualquier tiempo-, conforme a los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”. Los conceptos y demás formalidades relacionadas con la afiliación y el traslado de régimen pensional ya han sido abordados por parte de esta Dirección, acerca del impacto patrimonial y fiscal que se ocasiona al régimen de prima media por lo cual no se entrará a profundizar, ya que el objetivo central es analizar la defensa técnica que corresponde ejercer actualmente.

Autonomía de la voluntad privada: la autonomía de la voluntad privada es la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación.

3. Hipótesis

El deber de información y la autonomía de la voluntad, ha tenido una evolución en el tiempo y la exigencia a las administradoras de fondos de pensión debe tener en cuenta la vigencia de la normatividad expedida. Como bien ha reconocido la Sala Laboral de la C.S.J. desde la Sentencia SL 1452-2019 que estableció las reglas actuales en materia de ineficacia del traslado, el grado de intensidad del deber de asesoría ha cambiado con lo cual, los jueces deben evaluar el cumplimiento de este deber con base la vigencia de las normas.

Exigir una carga en el deber de asesoría desproporcionada a la administradora de fondos de pensiones implica desconocer lo señalado por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la C.S.J., y una vulneración al principio de confianza legítima, debido proceso y seguridad jurídica.

Cabe resaltar el uso del formato de re-asesoría por parte de las administradoras, el cual permite confirmar que el afiliado conoce las condiciones del régimen pensional en que se

encuentra, así como su situación y expectativa pensional, lo cual se ajusta al deber de información que existía antes de la Ley 1748 de 2014 que creó el deber de doble asesoría solo hasta la vigencia de esta norma.

En los casos de traslados entre administradoras del RAIS, pueden ser utilizado los formatos correspondientes para demostrar que el trabajador conoce las condiciones del RAIS y su expectativa pensional en el mismo, prueba que evidencia que el trabajador ya conocía las condiciones y Traslados nía la posibilidad de adoptar una decisión de trasladarse a RPM, sin que tenga la posibilidad después de aducir que no se trasladó ya que sería aprovecharse de su propia culpa.

La carga de la prueba no debe trasladarse a la Administradora de Fondos de Pensiones; la Sala Laboral de la C.S.J., ha dado entender con su jurisprudencia que en todos los casos de ineficacia de traslado la carga de la prueba recae en las administradoras de fondos de pensiones, cuando lo cierto es que, la carga dinámica de la prueba debe analizarse en cada caso en concreto dependiendo de las particularidades del demandante y del proceso. Así lo reconoció la Corte Constitucional en la Sentencia C-086 de 2016 (Sentencia de constitucionalidad, 2016): Con esa orientación general, de manera expresa se propuso acoger la teoría de la “carga dinámica de la prueba”, catalogada con acierto como institución “novedosa” en la legislación colombiana. En la exposición de motivos se afirmó que el derecho fundamental a la prueba implicaba acceder a ella “sin obligar al necesitado a realizar actos de proeza” que en la práctica hicieran nugatorio ese derecho. Fue así como se señaló que, al amparo del principio de solidaridad, en algunos casos podría haber un desplazamiento de dicha carga según las particularidades de cada caso y las reglas de la experiencia, pero con la clara y expresa advertencia que la carga de la prueba mantendría su

concepción clásica (onus probandi): “Nuestra Constitución consagra en el artículo 29 Superior, el derecho a presentar pruebas y a controvertirlas.

El derecho fundamental a la prueba implica que a ella se debe acceder sin obligar al necesitado a realizar actos de proeza o que sencillamente a pesar de tener ese derecho, le resulte imposible conseguirla, porque quien la puede desahogar es su contraparte y esta no tiene interés en hacerlo. Frente a esta realidad y con sustento en el artículo 1º de la Constitución Política que se refiere a la solidaridad de las personas, se consagra que cuando a una de las partes le resulte más fácil probar determinados hechos, corresponde a ella demostrarlos. La carga de la prueba mantiene su concepción clásica, pero en determinados casos hay un desplazamiento a una especie de solidaridad dentro de la concepción liberal para que el otro que tiene la facilidad por motivos que no es necesario ni siquiera enunciar, ya que en cada caso y de conformidad con las reglas de la experiencia se llegará a la conclusión, a quién le quedaba más fácil probar un determinado hecho”.

De esta forma, la Sala Laboral de la C.S.J., se ha opuesto a la noción clásica de carga de la prueba que corresponde al demandante y ha convertido en regla general la carga dinámica de la prueba lo cual vulnera el derecho al debido proceso del fondo de pensiones que es demandando, quien particularmente solo cuenta con el formulario de afiliación como prueba, en la mayoría de los escenarios, el cual no tiene validez alguna para demostrar la debida asesoría según la jurisprudencia.

En línea con lo anterior, existe una indebida aplicación del artículo 1601 del Código Civil en la medida que, se aduce por la jurisprudencia que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, con lo cual se realiza un traslado de la carga de la prueba a la administradora, pero se olvida que en los términos del Decreto 2241 de 2010 el afiliado también

tiene la obligación de asesorarse con lo cual, también le es aplicable el artículo 1601 del Código Civil.

Cabe resaltar que, en el marco de estas obligaciones, el silencio se entiende como una ratificación de la decisión de permanecer en un régimen y que ciertas actuaciones del afiliado denotan que efectivamente se encuentra informado tales como solicitudes de extractos, solicitudes de traslados entre AFP o liquidaciones de bonos pensionales entre otros actos, que impiden al afiliado después aducir que no estaba informado.

En su jurisprudencia, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia está desconociendo lo preceptuado en el artículo 167 del Código General del Proceso, bajo el cual la carga de la prueba puede cambiar de acuerdo con la facilidad de la parte para demostrarla (Ley, 2012): “No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos”.

Adicionalmente, al momento de determinar la carga de la prueba, el juzgador debe tener en cuenta la condición del demandante y su conocimiento acerca de las condiciones del sistema. Al respecto, cabe resaltar lo señalado en Sentencia T-422/2011 donde para determinar la validez de un traslado la Corte Constitucional, tuvo en cuenta el nivel educativo del afiliado (Sentencia de tutela, 2011)

Con base en lo anterior la Sala deduce que el actor nunca fue desafiliado materialmente del régimen de prima media administrado por el Instituto de Seguros Sociales y por ello acogerá la pretensión del actor, pero no en el sentido de declarar la nulidad de la afiliación porque ésta nunca existió, sino declarando que la única afiliación válida al régimen de pensiones ha sido la efectuada

al régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales. Por considerar suficiente la razón anterior, la Sala no encuentra necesario dilucidar si al momento de firmar el formulario de afiliación con la AFP Skandia al régimen de ahorro individual con solidaridad, se presentó algún vicio del consentimiento o al menos fuerza moral que haya podido viciarlo; lo anterior se afirma por la sensación que puede tener un campesino sin mayor preparación académica, al momento de celebrar un contrato de trabajo, de lo que podría ocurrir si no llegara a firmar la documentación que le presentan y por la ausencia de espontaneidad en la suscripción del formulario. Seguridad Social del accionante. Bajo la regla de afiliación tácita se entiende que el afiliado debe estar en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad

La jurisprudencia ha desarrollado la tesis de la afiliación tácita bajo la cual, con independencia del diligenciamiento del formulario y las formalidades de la afiliación, si la Administradora de Pensiones ha recibido los aportes a pensión por un tiempo significativo, se entiende que se ratifica la afiliación y se sana cualquier vicio en el proceso.

Recientemente la Sala Laboral de la C.S.J., puso de presente la aplicación de la afiliación tácita de la siguiente manera en la Sentencia SL 757 de 2021 (Sentencia, 2021): Así, ha dicho que la afiliación tácita opera cuando hay silencio de la administradora con relación a las posibles deficiencias o a la falta de la afiliación, pero se recibe el pago de aportes por un período significativo. En la sentencia CSJ SL 2810-2019, menciona otras anteriores y expresa: “Para dar solución a este aspecto, resulta suficiente mencionar que cuando la entidad de pensiones guarda silencio frente a deficiencias en la afiliación del trabajador y recibe aportes sin cuestionamiento alguno, tal como ocurrió en el sub lite, se configura una “aceptación tácita de la afiliación”, tal como lo sostuvo la Corte en la sentencia de radicación No. 46106 del 04 de julio de 2012, en la que reiteró lo adocinado en la No. 40531 del 19 de julio de 2011, en la siguiente forma:

Adicionalmente, es de resaltar que la solución dada por el ad quem al caso particular del sub lite, justamente, responde al mandato constitucional contenido en el artículo 48 que garantiza el derecho irrenunciable a la seguridad social y la reconoce como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Es evidente que sería letra muerta el principio de eficiencia si se permitiera que el fondo se exonerara del reconocimiento de la pensión de invalidez pese a que el beneficiario ha cotizado el tiempo requerido para tener el derecho y reúna los demás requisitos (como en el sub lite) solo porque faltó el diligenciamiento del formulario, y el fondo solo se lo vino a decir justo cuando reclama la prestación a que tiene derecho. Tampoco, se le estaría garantizando el derecho constitucional a la seguridad social.

No sobra precisar que, conforme al artículo 333 superior, las empresas tienen una función social, función que debe ser más exigente cuando se trata de personas jurídicas encargadas de administrar el sistema de seguridad social en pensiones como ocurre con la recurrente; importa también señalar que el inciso 5° del artículo 48 de la Carta Política señala que “no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella”; lo anterior impone interpretar que sería contraria a los principios que informan a la seguridad social que cotizaciones realizadas por el trabajador y por el empleador destinadas a financiar los riesgos de la seguridad social, fueran desviados a cuentas neutras y amorfas, y no a realizar los fines superiores perseguidos por la seguridad social que por esencia les corresponde.

En el presente caso, se reitera, el fondo omitió dar información al trabajador y al empleador, oportunamente, sobre la falta de afiliación, y no es para nada razonable que resulte

favorecida de su propia omisión, máxime que el trabajador efectivamente realizó los aportes al sistema contribuyendo así a la sostenibilidad financiera del sistema.

Por último, la Sala advierte que, en el caso del sub lite, el ex empleador acudió al fondo de pensiones y consignó los aportes a nombre del causante, los cuales fueron recibidos por este sin que diera a conocer reparo alguno; por lo que no es el típico caso de incumplimiento de la obligación de afiliación al sistema de pensiones por parte del empleador, como lo pretende hacer ver el fondo demandado, para trasladarle, sin razón, toda la responsabilidad al empleador.

En los procesos de nulidad de afiliación es plenamente aplicable la tesis de la afiliación tácita en la medida que, la indebida asesoría en el traslado pensional se sana por la aceptación de los aportes al Sistema General de Pensiones por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones.

Partiendo de lo expuesto en la Sentencia SL 373-2021, deberá tomarse como criterio de defensa judicial para los casos de nulidad de traslado de pensionados que, inclusive existiendo una vulneración al deber de asesoría, si el demandante ya se encuentra pensionado no es procedente la declaratoria de la nulidad del traslado por los efectos que ello implicaría en el Sistema Pensional.

Ello en la medida, que el estado de pensionado implica una situación consolidada frente al sistema pensional que impide declarar la nulidad de la afiliación, tal y como reconoció la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la ya citada Sentencia SL 373 de 2021: “La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar

derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones”.

Adicionalmente, como argumento de defensa es importante poner de presente al juzgador que, al solicitar el reconocimiento de la pensión, el afiliado ha ratificado su voluntad de permanecer al régimen de ahorro individual con lo cual no procede la nulidad del traslado. Así lo señaló la Sala Laboral en la Sentencia SL 413 de 2018 (Sentencia, 2018): “Desde luego que, para la tesis que ahora sostiene la Sala, la presencia o no de cotizaciones consistente con el formato de vinculación no es la única expresión de esa voluntad, pueden existir otras, tales como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, por mencionar algunos actos de relacionamiento con la entidad que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer a ella. Lo importante es que exista correspondencia entre voluntad y acción, es decir, que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado, de modo tal que no quede duda del deseo del trabajador de pertenecer a un régimen pensional determinado”. No se cumplen con los requisitos establecidos en el Código Civil para que exista un vicio del consentimiento y por ende la nulidad

Para que exista Nulidad en un acto jurídico, en este caso el traslado, de acuerdo con lo establecido en el Código Civil debe existir error, fuerza o dolo, presupuestos que no se generan en ningún escenario de ineficacia en la afiliación, en la medida que al momento de adoptar una decisión de traslado el trabajador adopta una decisión libre de todo vicio.

Cabe resaltar que el error en derecho que sería aplicable en un caso de traslado por indebida asesoría no vicia el consentimiento, en virtud de la presunción legal “*juris ignorantia non prodest*” consagrada en los artículos 9 y 1509 del Código Civil, relativa a que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, tal y como reconoció la Corte Constitucional en Sentencia C-993 de 2006

(Sentencia de constitucionalidad, 2006): “El error de derecho no da lugar a la declaración judicial de nulidad del negocio jurídico y que, por tanto, la parte de éste que lo cometió debe asumir todas las consecuencias de su celebración”

Es importante tener en cuenta, que actualmente se encuentra pendiente el pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre esta materia, el cual, pudiera modificar o adicionar las reflexiones propuestas en la presente hipótesis.

4. Metodología

En Nuestra investigación, se utilizará el manejo de la Teoría de la Corte Constitucional colombiana y la corte suprema de justicia, la cual nos ayudará a comprender de un modo más acertado cuáles son las teorías jurídicas utilizadas por los jueces al momento de tratarse las nulidades de traslado y cuáles son los argumentos jurídicos que exponen los jueces laborales del circuito de Bucaramanga al fallar en los procesos ordinarios.

Dado lo anterior, analizaremos si los jueces laborales del circuito de Bucaramanga tienen en cuenta la autonomía de la voluntad de las partes al momento de aceptar estar o no en un régimen pensional o si por el contrario se aferran a la posición establecida por la corte suprema de justicia.

Así las cosas, El método de análisis será de metodología deductiva, partiendo del concepto de derecho fundamental y entender su comportamiento al ponderarse con otros de similar protección, que pueden verse enfrentados en el caso de las nulidades de traslado. El estudio se hará con base en la recolección de información, datos de tipo descriptivo y observaciones tendientes a solucionar las dudas planteadas en la formulación del problema, por cuanto el enfoque será cualitativo, para lo cual tendremos en cuenta un 80% de los juzgados, recolectando cuatro sentencias que serán extraídas de los juzgados segundo, cuarto, quinto y sexto de los años 2019 al

2022; lo anterior, con el fin de determinar las teorías y argumentos jurídicos utilizadas por los jueces en los casos de la investigación de la referencia.

5. Resultados

Los resultados esperados en la presente investigación son, determinar si los jueces laborales del circuito de Bucaramanga, tienen en cuenta las teorías jurídicas de la autonomía de la voluntad para así confortar lo establecido por la corte suprema de justicia quien bajo la premisa de que:

(...)“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.(...)” Sentencia SL 373-2021

Argumentan que el deber de las administradoras y fondos de pensiones es el de explicar de manera detallada los pros y los contras de estar o no en alguno de los dos regímenes pensionales, esta sobre la capacidad y el deber de los sujetos que consensuan un acto jurídico de conocer cada

8. Presupuesto

Tabla 2. *Presupuesto del proyecto de investigación.*

Rubro	Cantidad	Valor unitario	Valor total
Personal.	2	\$ 1.500.000.	\$5.100.000
Equipos.	2	\$ 500.000	
Consecución de Sentencias.	4	\$ 500.000	
Horas de trabajo.	40	\$ 600.000	
Material bibliográfico.	25	\$ 2.000.000	
TOTAL	73		

Referencias

- Alexy, R. (2002) *Teoría de los derechos fundamentales* (Ernesto Garzón Valdez, trad.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alsina, H., (1958) *Defensas y excepciones*, Buenos Aires, Ejea.
- Álvarez Gómez, M. (2014) *Ensayos sobre el Código General del Proceso*, vol. ii, Bogotá, Temis-Pontificia Universidad Javeriana.
- Bejarano Guzmán, R. (2011) *Procesos declarativos, ejecutivos y arbitrajes*, 5.^a ed., Bogotá, Temis.
- Benavídez, J. (coord.) (2013) *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, comentado y concordado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Carnelluti, F. (1959) *Instituciones del proceso civil*, Buenos Aires, Ejea.
- Devis Echandía, H. (2004) *Teoría general del proceso*, 3.^a ed., Buenos Aires, Udeba.
- Escobar Henríquez, F. (1991) *Actualidad laboral, principios del derecho laboral en la nueva Constitución Nacional*, Bogotá, Legis.
- Garzón, J. (2014) *El nuevo proceso contencioso administrativo*, Bogotá, Doctrina y Ley.
- Guerrero Figueroa, G. (2013) *Los principios fundamentales del derecho del trabajo*, Bogotá, Leyer.
- Henao, Juan C.; Malagón C. y Medellín, C. (2000) *Defensa Judicial de las entidades Públicas*, Alcaldía Mayor Santa fe de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- López Blanco, H. (2002) *Procedimiento civil*, t. i, Parte General, Bogotá, Dupré.
- Moreno Pereira, J. (2015) *Aproximación crítica de la aplicación analógica de la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso) en el proceso del trabajo y de la seguridad social*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Mosquera Urbano, C. (2012) *Instituciones jurídico-procesales del trabajo y la seguridad social*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez-Universidad del Cauca.

Parra Quijano J. (2011) *Manual de derecho probatorio*, 18.a ed., Ediciones del Profesional, Bogotá.

Patiño Mariaca, D. (2013) *La constitucionalización del proceso, la primacía del derecho sustancial y la caducidad contencioso-administrativa*. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, vol. 43, N.º 119, Medellín, enero-junio de 2013.

Plá Rodríguez, Á. (1978) *Los principios del derecho del trabajo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.

Ramírez Arcila, C. (2001) *Derecho procesal: teoría de la acción, legitimación, pretensión procesal, acumulaciones*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional.

Rodríguez Tamayo, M. (2007) *La acción ejecutiva ante la jurisdicción administrativa*, 3.ª ed., Bogotá, Librería Jurídica Sánchez.

Rojas Gómez, M. (2016) *Lecciones de derecho procesal*, 5.ª ed., t. ii, Bogotá, Esaju, 2013. Rojas Gómez, M., *Salto al Código General del Proceso*, Bogotá, Esaju.

Rojas Gómez, M. (2006) *Introducción a la teoría del proceso*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997. Romero Díaz, H., *La conciliación judicial y extrajudicial*, Bogotá, Legis.

Rueda, M. (2010) *Marco constitucional de los mecanismos alternativos de solución de conflictos*. En AA. VV., *Derecho Procesal civil*, Bogotá, Universidad de los Andes.

Santaella Quintero, H. (2013) *Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado*. José Luis Benavidez (ed.), *Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo: comentado y concordado*, Segunda Reimpresión, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Taruff o, M. (2011) *Precedente y jurisprudencia*. Horacio Cruz Tejada (coord.), *Nuevas tendencias del derecho probatorio*, Bogotá, Universidad de los Andes.