[**INEFICACIA TRASLADO DE RÉGIMEN / DEBERES DE LAS AFP / GESTIONAR LOS INTERESES DE SUS AFILIADOS**](http://tribunalsuperiorpereira.com/Relatoria/2021/SALA_LABORAL/GERMAN_DARIO_GOEZ_VINASCO/07.Julio/Sentencias_Seguridad_Social/IT%20%202018-00074%20%28S%29%20-%20Ineficacia%20traslado%20de%20regimen.%20Deber%20de%20informacion.%20Es%20carga%20de%20las%20AFP.%20Tambien%20les%20incumbe%20la%20carga%20probatoria%20%28AV%29.pdf)

… es de advertir que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para la vejez, invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

[**INEFICACIA TRASLADO DE RÉGIMEN / OBLIGACIÓN AFP / SUMINISTRAR INFORMACIÓN COMPLETA Y COMPRENSIBLE**](http://tribunalsuperiorpereira.com/Relatoria/2021/SALA_LABORAL/GERMAN_DARIO_GOEZ_VINASCO/07.Julio/Sentencias_Seguridad_Social/IT%20%202018-00074%20%28S%29%20-%20Ineficacia%20traslado%20de%20regimen.%20Deber%20de%20informacion.%20Es%20carga%20de%20las%20AFP.%20Tambien%20les%20incumbe%20la%20carga%20probatoria%20%28AV%29.pdf)

Entre las obligaciones enrostradas está el deber de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, 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…

[**INEFICACIA TRASLADO DE RÉGIMEN / CARGA PROBATORIA DE LAS AFP / DEMOSTRAR QUE CUMPLIERON DEBER**](http://tribunalsuperiorpereira.com/Relatoria/2021/SALA_LABORAL/GERMAN_DARIO_GOEZ_VINASCO/07.Julio/Sentencias_Seguridad_Social/IT%20%202018-00074%20%28S%29%20-%20Ineficacia%20traslado%20de%20regimen.%20Deber%20de%20informacion.%20Es%20carga%20de%20las%20AFP.%20Tambien%20les%20incumbe%20la%20carga%20probatoria%20%28AV%29.pdf) **EL DEBER DE INFORMACIÓN**

En torno a la carga de la prueba, es de indicar que corresponde a la AFP ante quien se realizó el cambio de régimen pensional, porque es quien debe de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos al contar con los documentos e información en general que le suministró al interesado, pues no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los fondos privados imponen el deber de información, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la calidad de la asesoría brindada.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

 **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

**Dr. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**

Magistrado Ponente

|  |  |
| --- | --- |
| Proceso: | Ordinario Laboral |
| Radicado: | 66001310500320210004201 |
| Demandante: | Ana Edilia Gutiérrez Moncada |
| Demandado: | Colpensiones y Porvenir S.A. |
| Asunto: | Consulta Sentencia (15 de junio de 2023) |
| Juzgado: | Tercero Laboral del Circuito de Pereira |
| Tema: | Ineficacia de traslado |
| Decisión: | REVOCA |

**APROBADO POR ACTA No. 169 DEL 24 DE OCTUBRE DE 2023**

Hoy, treinta (30) de octubre de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Laboral integrada por los magistrados Dra. **OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA**, Dr. **JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ** y como ponente Dr. **GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta ordenado a favor de la parte demandante en la providencia, proferida por el Juzgado Tercero Laboral Circuito de esta ciudad dentro del proceso **ordinario laboral** promovido por **ANA EDILIA GUTIÉRREZ MONCADA** contra la **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.,** radicado  **66001310500320210004201.**

Seguidamente se procede a proferir la decisión por escrito aprobada por esta Sala, conforme al artículo 15 del Decreto No. 806 de 2020, adoptado como legislación permanente por la Ley 221 del 13 de junio de 2022, la cual se traduce en los siguientes términos,

**SENTENCIA No. 181**

1. **ANTECEDENTES**
2. **Pretensiones**

ANA EDILIA GUTIÉRREZ MONCADA, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que hizo a la AFP PORVENIR S.A. de la cual se produjo el traslado de régimen desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. En consecuencia, solicita que se condene a COLPENSIONES a recibirla nuevamente como afiliada cotizante y a las AFP a liberar de sus bases de datos a la parte actora haciendo el respectivo traslado de sus cotizaciones y rendimientos. Además, solicita se condene en costas y lo ultra y extra petita

1. **Hechos**

En sustento de lo pretendido, relata que se vinculó por primera vez a la seguridad social el día 01 de enero de 1989 y permaneció afiliada hasta el 31 de marzo de 2004. Comenta que en el mes de abril de 2004 los asesores del fondo PORVENIR la afilió de fomra masiva a los empleados donde laboraba para la época, sin brindarle ninguna información sobre las consecuencias del traslado, tampoco le informó sobre las ventajas y desventajas de cambiarse de régimen pensional, pero se trasladó al fondo el 31 de marzo de 2004. Luego de considerar que la AFP no cumplió con su deber de información previo al traslado, solicitó el traslado ante COLPENSIONES que por medio de un oficio le negó el cambio bajo el argumento de que, debido a su edad, se encontraba dentro de la prohibición legal para retornar al RPM.

1. **Posición de las demandadas.**

**COLPENSIONES**, al contestar la demanda señaló que se opone a las pretensiones de la demanda, toda vez que el traslado de régimen de la actora se encuentra ajustado a derecho. Como excepciones propuso: **Caducidad, inexistencia de la obligación de traslado, imposibilidad de retornar al *Estatu Quo*, prescripción, falta de legitimación y declaratoria de otras excepciones.** (Anexo14)

**PORVENIR S.A.** Se opuso a las pretensiones de la demanda y señaló que el fondo cumplió con el deber de información y el traslado se encuentra válidamente vigente, ya que, la actora firmó el formulario de forma libre, voluntaria y sin ningún tipo de presiones, luego de recibir una información clara, completa y oportuna, acerca de las características propias de ambos regímenes. Reprochó el actuar pasivo de la actora quien no ejecutó ninguna acción durante el tiempo en que ha permanecido vinculada al RAIS, tampoco hizo uso de su derecho al retracto ni solicitó una reasesoría en caso. En virtud de ello, considera se deben negar las pretensiones de la demanda. Como expcepciones propuso: **validez y eficiacia de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declarare la ineficacia, inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS, prescripción, buena fe, innominada o genérica.** (Anexo13)

1. **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La Jueza Tercero Laboral Circuito de Pereira, resolvió:

*“PRIMERO: Declarar que el traslado de régimen pensional que se efectuó por cuenta de la señora ANA EDILIA GUTIÉRREZ MONCADA, el 19 de abril de 2004 es eficaz, toda vez que se le brindó la información que para ese momento resultaba procedente conforme a las disposiciones legales y teniendo en cuenta los parámetros de interpretación dados por la jurisprudencia nacional.*

*SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración negar la totalidad de las pretensiones que fueron presentadas por la señora ANA EDILIA GUTIÉRREZ MONCADA frente a la AFP PORVENIR S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES.*

*TERCERO: Declarar probada la excepción de mérito que fue propuesta por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES y que denominó imposibilidad de retornar al statu quo ante.*

*CUARTO: Declarar no probadas las demás excepciones de mérito que fueron planteadas tanto por la entidad COLPENSIONES como por la AFP PORVENIR S.A.*

*QUINTO: Condenar en costas procesales a la demandante a favor de las demandadas en cuantía equivalente al 100% de las causadas.”*

En síntesis, la juez de instancia indicó que el interrogatorio rendido por la demandante no ofrece seguridad de que el fondo hubiese faltado a su deber de información, ya que, la actora señaló que cuando laboró en Confecciones Sur fueron sorprendidos por asesores que llegaron a informarle sobre el cambio de régimen pensional y que le habían dicho que firmara el formulario sin ninguna asesoría; sin embargo, la testigo desmintió lo dicho.

En la audiencia, durante el testimonio rendido por la señora Leonila Restrepo Sampedro aseguró que era compañera de trabajo de la actora y que, al momento del traslado, los asesores reunieron a todo el personal en un salón y tuvieron la oportunidad de escuchar clara, pausada y tranquilamente la información que les estaban transmitiendo. Dicha información consistió en indicarles que el Seguro Social se iba a acabar, que en el fondo privado se generarían mayores rendimientos, sobre algunas de las diferencias entre los regímenes, los requisitos para pensionarse en el RAIS, la devolución de saldos, que el capital ahorrado se podría heredar al momento del fallecimiento del afiliado y que, incluso, a los trabajadores que no les convenía el traslado, les impidieron firmar el formulario de afiliación.

De lo anterior, concluyó la jueza, que la demandante omitió la información que le habían brindado al momento del traslado, no solo en la demanda sino en el interrogatorio de parte, pues “*tomó la actitud de guardar silencio o aducir que se encontraba indispuesta para no generar las respuestas correspondientes que ayudarían a esclarecer lo que verdaderamente había acontecido”*. Máxime cuando la testigo aseguró que la actora sí estuvo presente durante la asesoría y que los propios trabajadores eran quienes diligenciaban el formulario. Aunado a ello, advirtió que, aunque la actora dijo no recordar las fechas en que laboró y comenzó a cotizar en el RPM y el RAIS, con la testigo se evidenció que sí hubo tiempo de preguntar y ofrecer respuestas, lo cual dan cuenta de lo que es una “*verdadera asesoría*”.

Conforme a lo concluido, la jueza aseguró que en el presente asunto no se puede partir del supuesto incierto que la AFP PORVENIR S.A. omitió su deber de información ni que fuera negligente a la hora de transmitir las expectativas del usuario, puesto que, lo que “*surge claramente”* es que el fondo sí se preocupó por brindar información que tuvo tiempo de conversación de los interesados hasta el punto de indicarle a cada trabajador si le convenía o no trasladarse al RAIS; en ese sentido, no se puede acceder a las pretensiones de declarar la ineficacia de traslado por falta de información.

1. **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

De otro lado, conforme a lo consagrado en el art. 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CPTSS) la Sala estudiará el fallo del a quo, en grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante.

1. **ALEGATOS**

Atendiendo a que la finalidad de esta etapa es atender la persuasión fáctica y jurídicamente sobre el tema objeto de discusión, bajo ese espectro se tendrán en cuentan los alegatos que guardan relación directa con los temas debatidos.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde, previas las siguientes,

1. **CONSIDERACIONES**

De acuerdo con el grado jurisdiccional de consulta y los alegatos presentados por las partes, los (el) problema(s) jurídico(s) a ser abordado(s) consiste(n) en:

1. Establecer si había lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional.

1. Había lugar a ordenar a las AFP demandada el trasladar con cargo a sus propios recursos, el valor de las comisiones y cuotas de administración que cobraron, así como las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales hacia Colpensiones.
2. Se deberán analizar las órdenes impartidas en la sentencia y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Para iniciar, es de tener en cuenta que los siguientes hechos no presentan discusión: **i)** la demandante nació el 01 de febrero de 1967 (fl.20, anexo5) **ii)** la demandante se trasladó el 19 de abril de 2004 de COLPENSIONES a PORVENIR, fondo actual donde continúa cotizando. (fl.27, anexo05ou) **ii)** La fecha de redención del bono pensional es del 01/02/2027. (fl.62, anexo13)

Conforme a los anteriores referentes, pasa la Sala a desatar la litis, en los siguientes términos:

**DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN.**

Para iniciar, es de advertir que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para la vejez, invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Entre las obligaciones enrostradas está el deber de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, 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, por ello, el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene 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, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31314 y 31989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33083 del 22 de noviembre de 2011 y la sentencia SL-12136 rad. No 46292 del 3 de septiembre de 2014.

Es de anotar que la jurisprudencia antes citada corresponde a traslados respecto a personas beneficiarias del régimen de transición, sin embargo, en sendos pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la SL1452-2019, SL1017-2022, señala que, ni la jurisprudencia desarrollada por esa Corporación y, mucho menos el ordenamiento jurídico laboral y de la seguridad social prevén como requisito para que resulten aplicables las reglas sobre ineficacia del traslado y en especial la relativa a la inversión de la carga de la prueba que en ella opera, que el afiliado al momento del cambio de régimen pensional fuese beneficiario del régimen de transición, tuviese un derecho consolidado o una expectativa legítima, por el contrario se ha estimado que para que resulte viable la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de traslado, así como, la inversión de la carga de la prueba que en estos asuntos se configura, lo que se exige es que la administradora de pensiones hubiese faltado a su deber de información ya que «*el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea»* (CSJ3719-2021), todo ello por cuanto *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL4025-2021).

Así mismo, se ha de señalar que, por el sólo hecho de que se suscriba un formulario de afiliación no es posible inferir que la persona conocía los verdaderos efectos que sobre sus derechos pensionales podía tener la decisión de trasladarse, lo que además no puede considerase como satisfecho con una simple expresión genérica; o con el hecho de que el afiliado no haya demostrado en el transcurso del tiempo inconformidad alguna sobre el cambio en el sistema pensional que hizo.

En torno a la carga de la prueba, es de indicar que corresponde a la AFP ante quien se realizó el cambio de régimen pensional, porque es quien debe de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos al contar con los documentos e información en general que le suministró al interesado, pues no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los fondos privados imponen el deber de información, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la calidad de la asesoría brindada.

Además de lo expuesto, la Corte ha reiterado (SL1017/2022) que, la trasgresión al deber de información en tratándose del traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades regulado por el Código Civil, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021).

¿**Se acreditó el cumplimiento del deber de información por parte de las accionadas?**

Aplicando los anteriores criterios al caso que nos ocupa, desde ya considera esta Sala de Decisión, que de la documental adosada por la AFP que estuvo a cargo del traslado de régimen de la demandante, ninguna prueba idónea presentó para demostrar que en la antesala de la decisión que tuvo la afiliada para migrar del RPM con PD, la AFP cumplió con su deber de información, esto es, dotando a la reclamante de todo el conocimiento que requería para adoptar una decisión consciente, racional y ajustada a sus expectativas pensionales.

Ahora, los argumentos de la jueza para negar las pretensiones de la demanda y asegurar que el fondo privado cumplió con el deber de información que le correspondía, se centraron en las divergencias entre el interrogatorio rendido en juicio y la declaración testimonial de la señora LEONILA RESTREPO SAMPEDRO.

Pues bien, para determinar si PORVENIR brindó la asesoría a la actora antes del traslado y en los términos que ha demarcado con insistencia la jurisprudencia de las Altas Cortes, se escuchó **en interrogatorio a la parte demandante** quien refirió que estudió hasta bachillerato y terminó varios cursos en el SENA en temas de producción y supervisión de personal. Informó que en la actualidad está viviendo en España desempeñando labores de empleada doméstica. Agregó que, en el momento del traslado, los asesores del fondo asistieron a su lugar de trabajo en horario laboral y le entregaron unos papeles que firmó sin leer y sin obtener la asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional. Aclaró que como estaba trabajando y tenía a cargo a toda una planta completa de confecciones y al momento de suscribir el formulario, solo firmó y regresó a sus labores. Manifestó que quiere regresar a COLPENSIONES porque no desea pensionarse con menos del salario mínimo, máxime cuando cotizó mucho más que eso y el fondo privado no le explicó los requisitos y el monto aproximado en que podría ser la pensión. Advirtió que cuando se fue a España y llamó a PORVENIR S.A. donde le dijeron que podría dejar de cotizar porque estaba cerca de cumplir la edad pensional y tenía más de 1200 semanas para pensionarse. Finalmente, aclaró que no cotiza a pensión en España y aunque no recuerda con exactitud el tiempo y las empresas donde laboró, da fe de que no recibió asesoría por parte del fondo privado.

También se rindió el informe a la testigo LEONILA RESTREPO SAMPEDRO, quien indicó que fue compañera de trabajo de la demandante, pues era su jefe inmediato y supervisora en una empresa de confección. Señaló que en el tiempo en que estaba laborando, los asesores del fondo privado PORVENIR, en medio de una reunión grupal de más de 30 personas, que duró aproximadamente 20 minutos, le informaron que el Seguro Social se iba a acabar, que era mejor pasarse al RAIS porque podrían pensionarse más rápido, con un monto de pensión más alto, que podría acceder a la pensión de garantía mínima, sobre la devolución de saldos y la posibilidad que tenían sus beneficiarios para ingresar el capital ahorrado como herencia. Sin embargo, advirtió que no le explicaron sobre la posibilidad de realizar aportes voluntarios, ni las diferencias entre el RAIS y el RPM, únicamente le indicaron que en el RPM necesitaría más tiempo para pensionarse por el número de semanas.

Para esta Sala, no existen prueba de que el fondo privado hubiese cumplido con su deber de información y mucho menos que tal circunstancia se hubiese demostrado con el interrogatorio de parte absuelto por la demandante y el informe de la testigo. Y es que, se evidencia que la *a quo* emitió conclusiones que no se derivan de los expresado por las llamadas a juicio, ello por cuanto, omitió el hecho de que la testigo aseguró que los asesores del fondo hicieron una asesoría grupal y solo mencionaron las ventajas del RAIS, sin explicar las desventajas de ese cambio, el funcionamiento diferenciado de los sistemas pensionales y de las consecuencias que podría acarrear su decisión, bajo la perspectiva de los derechos pensionales de la demandante. Tampoco quedó demostrado que por el hecho de que la actora informó que no recibió ninguna asesoría y la testigo la contradijo manifestando que todos los trabajadores de Industrias Sur, incluida la demandante, asistieron a la reunión con el fondo, PORVENIR S.A. cumplió con el deber de informar.

Y es que llama la atención que la juez no le dio ningún valor probatorio al hecho de que la testigo indicó que no sabía quién había diligenciado los formularios y que no le permitieron trasladarse al RAIS debido a que contaba con casi 50 años y no porque le hubiesen brindado la asesoría pertinente para entender la conveniencia o no del traslado. Lo que se evidencia en el presente caso, es que la juzgadora emitió las valoraciones incorrectas a las pruebas testimoniales practicadas.

Así pues, para esta Sala se advierte que no se encontraron manifestaciones que, conjunta o individualmente, puedan calificarse como una confesión de haber recibido la información a que estaban obligadas las AFP en la antesala del traslado de régimen pensional. Máxime cuando al analizar la totalidad del caudal probatorio documental tampoco se encontró que la AFP hubiese demostrado que realizó **una reasesoría antes de que a la accionante le faltaran 10 años para cumplir la edad pensional** y, en todo caso, resulta notorio que la demandada faltó a su deber de «*información y buen consejo*», pues omitió informar a la parte demandante sobre las ventajas, desventajas, características, riesgos, posibilidades de pensión en cada régimen y demás aspectos que le permitiesen comprender claramente la conveniencia o inconveniencia de su decisión, condiciones que debía probar la AFP pero no lo hizo, situación que se acompasa con lo lineado en las sentencias SL12136-2014 y SL4373-2020, entre otras.

A lo anterior se suma, que las obligaciones que debía observar el fondo de pensiones durante el traslado de la parte accionante eran las contenidas en las normas del sistema vigentes a esa época. De modo que, al ser la solicitud del año 2004, es factible pregonar sin vacilación que a la AFP demandada, le correspondía cumplir con el deber de información que deviene de las disposiciones constitucionales, de la Ley 100 de 1993, artículos 13, literal b), 271 y 272 y del Decreto 663 de 1993, artículo 97, según los cuales, como mínimo, debió ilustrarse a la potencial afiliada sobre las características, condiciones de acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

¿**El actuar de la parte actora ratifican la voluntad de permanecer en el RAIS? ¿Era la ineficacia la acción a emprender?**

Frente al tema, no se puede pretender que se tenga como ratificación el tiempo en que la demandante permaneció en el RAIS, el hecho que no se hubiese retractado de su decisión o que no hubiese manifestado la intención de regresar al régimen de prima media, antes de encontrarse inmersa en la prohibición de cambiarse de régimen; es decir, cuando faltaren menos de 10 años para acceder a la edad pensional, pues lo que se evidencia aquí es la ausencia de acompañamiento, y aún, ante el supuesto que esta tuviera presente dicha disposición, debe tenerse en cuenta que la falta de asesoramiento de la que fue objeto, no le permitía distinguir cual régimen era el que más le convenía, pues nunca presentó una solicitud de afiliación.

Tampoco podría afirmarse que la actora hizo ***actos de relacionamiento que convalidaron su voluntad de pertenecer al RAIS*** por permanecer por más de 20 años en dicha AFP y no retractarse. A propósito de ello, es del caso traer a colación la sentencia SL1055-2022 (2-03-2022)[[1]](#footnote-1), que en lo pertinente recalcó:

*“… si bien en el presente asunto uno de los argumentos del accionante fue el relativo a demostrar que su pensión en prima media sería más favorable que en el RAIS, esto de ningún modo debe permitir desviar la atención a lo importante, esto es, verificar si al momento del traslado efectivo el afiliado accedió a una información clara y precisa sobre las ventajas, desventajas y riesgos de cada régimen en los términos explicados. Y tampoco difumina lo anterior el hecho de que la persona no haya retornado a prima media en los términos de ley, pues se reitera, lo que concierne a estos asuntos es constatar el obedecimiento de dicho deber legal de información, independientemente de que la persona tenga o no aquella posibilidad legal de retorno.*

*Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.*

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.*

*De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.*

*Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS”.*

Además, es de recalcar, que la Sala de Casación Laboral ha indicado que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia[[2]](#footnote-2). Sin embargo, dicho criterio es aplicable solo para el caso de afiliados, pues, en tratándose de pensionados, la alta Corporación ha definido en reciente sentencia (SL 373/2021), que la calidad de pensionada es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus que no es razonable retrotraer. Dicha situación aquí no ocurre, por cuanto la demandante en la actualidad no tiene la condición de pensionada.

De manera que, al no obrar en el expediente prueba alguna que conlleve a afirmar que se está en presencia de una pensionada del RAIS y se demostró el incumplimiento al deber de información de PORVENIR S.A., nada impide declarar la ineficacia, razón por la cual, se deberá **REVOCAR** la decisión de primera instancia, para en su lugar **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que se efectuó el 19 de abril de 2004 del ISS hoy COLPENSIONES a PORVENIR S.A.

**De las condenas impuestas en la sentencia y grado de consulta en lo no recurrido.**

Como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado, se ordenará a PORVENIR S.A. remitir a COLPENSIONES la totalidad de los aportes y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la demandante. Del mismo modo, se ordenará a PORVENIR S.A. para que con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, retorne los gastos de administración, las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, sumas de dinero que corresponden al tiempo en que la demandante ha permanecido vinculada al RAIS. Lo anterior, conforme a la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la CSJ entre otras, en sentencias SL17595-2017, CSJSL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

*«Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.»*

Acorde con lo dicho, resulta pertinente traer a colación el reciente pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral, sentencia SL1017-2022 M.P. Dr. Gerardo Botero Zuluaga, así:

*“… al declararse la ineficacia del traslado las cosas vuelven a su estado anterior, de manera que las administradoras tienen que asumir los deterioros del bien administrado, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta del fondo, al haber incurrido en la omisión de brindar la información adecuada, oportuna y suficiente al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuentan de la cotización y de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.*

*Por tal razón, esa declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020)”.*

**Del bono pensional**

Con relación al **bono pensional**, como quiera que la fecha estimada de redención normal data del 01/02/2027 (fl.62, anexo13), se ORDENARÁ comunicar a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de la decisión aquí adoptada, y ordenarle retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban al momento en que la demandante se cambió de régimen y en el evento de haberse pagado anticipadamente el bono, la AFP PORVENIR debe restituir la suma pagada por la OBP debidamente indexada y con cargo a sus propios recursos.

**De la imposición de costas.**

Ahora, como producto de la revocatoria de la decisión de primera instancia, al tenor del artículo 365 del C.G.P., procederá la imposición de costas procesales en ambas instancias a cargo de la AFP PORVENIR S.A. en favor del demandante, en consideración a que la demandada resultó vencida en juicio. Dado que COLPENSIONES no tuvo participación en ello, se le absolverá de las mismas.

Finalmente, ante el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante y la decisión de ineficacia de traslado, se declararán no probadas las demás excepciones propuestas por las demandadas.

Por lo expuesto**, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley**.**

**RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira.

**SEGUNDO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que se efectuó la señora **ANA EDILIA GUTIERREZ MONCADA** el 19 de abril de 2004 del ISS hoy COLPENSIONES a PORVENIR S.A.

**TERCERO: DECLARAR** que **ANA EDILIA GUTIERREZ MONCADA**
se encuentra afiliada al régimen solidario de prima media con prestación
definida, a través de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
“COLPENSIONES”, sin solución de continuidad, como si nunca hubiere
pertenecido al régimen de ahorro individual. En consecuencia, COLPENSIONES deberá activar la afiliación de la actora y deberá recibir las sumas que le sean trasladadas por la AFP PORVENIR S.A.

**CUARTO: ORDENAR** a PORVENIR S.A. remitir a COLPENSIONES la totalidad de los aportes y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la demandante. Además, debe retornar, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los gastos de administración, las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, sumas de dinero que corresponden al tiempo en que la demandante ha permanecido vinculada al RAIS.

**QUINTO:** **COMUNICAR** a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de la decisión aquí adoptada, y ordenarle retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban al momento en que la demandante se cambió de régimen y en el evento de haberse pagado anticipadamente el bono, la AFP PORVENIR debe restituir la suma pagada por la OBP debidamente indexada y con cargo a sus propios recursos.

**SEXTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

**SÉPTIMO**: **COSTAS** en de primera y segunda instancia a cargo de **PORVENIR S.A.** en favor de la accionante.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,

**GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**

**OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA**

Aclaración de Voto

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Aclaración de Voto

Radicación No: 66001310500320210004201

Demandante: Irma Lucila Núñez Barrera

Demandado: Colpensiones y otros

Tema: Cumplimiento a exhorto de la Sala de Casación.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Noviembre 2 de 2023

**ACLARACIÓN DE VOTO**

A pesar de que, según mi leal saber y entender, en la sentencia proferida por esta Sala del Tribunal el 5 de marzo de 2020, en el proceso que contra Colpensiones y Porvenir S.A. adelantó la señora María Inés Espitia Lozano en un proceso de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en el que se trataban iguales temas jurídicos y probatorios a los que en este asunto se resolvieron, se cumplieron por la Sala mayoritaria a cabalidad con las exigencias que según las Cortes Constitucional y Suprema tienen que llenar los jueces de inferior jerarquía para apartarse de la línea jurisprudencial del órgano de cierre, cuatro de los siete magistrados de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, esto es, la mayoría de esa célula judicial, decidieron textualmente: “**EXORTAR** (sic) a la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA** para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado de esta Corporación”.

Como iguales circunstancias a las narradas previamente ocurrieron en este asunto, bajo tal apremio, no obstante lo dispuesto en los artículos 228 y 230 de la Constitución Nacional, **no queda otra posibilidad al suscrito que**, en este y en todos los numerosos y sucesivos asuntos de similares características que se presenten a la Sala para decisión de eventos de ineficacia de traslados entre regímenes pensionales, **acatar lo resuelto por el superior**, en el sentido de proferir la providencia siguiendo la línea jurisprudencial señalada por la mayoría de los integrantes de la Sala de Casación Laboral, a pesar de no representar ésta el criterio jurídico de quien suscribe esta aclaración, mismo que en realidad se enmarca en el siguiente:

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS HECHOS DEBATIDOS EN LOS CASOS DE TRASLADOS ENTRE REGÍMENES**

Tal como lo he venido sosteniendo desde hace ya algún tiempo, a mi juicio se viene cometiendo un grave error jurídico en esta clase de procesos, pues se accede a declarar la ineficacia de los traslados sin considerar y valorar que con ello se impone a Colpensiones la carga económica que representa aceptar, ad portas de adquirir el derecho pensional, como sus afiliados a aquellos que a última hora se dan cuenta que su pensión en el RPM sería superior a la que obtendrían en el RAIS, sin percatarse que, si en efecto hubo un engaño u omisión en la información para lograr el traslado por parte de la AFP privada, es ésta quien debe proceder al resarcimiento del eventual daño o perjuicio que con ello haya generado.

Lo anterior es así porque de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico la acción que en realidad responde a la situación fáctica planteada por los demandantes no es otra que la de responsabilidad prevista en el artículo 10 del decreto 720 de 1994, en la que a quien corresponde comprobar que actuó conforme a derecho -dando toda la información que requerida en su momento para conseguir el traslado de los afiliados- es a la vez quien, de no conseguir dar claridad al respecto, puede llegar a ser condenada al pago del perjuicio que se demuestre que con ello causó.

Como quiera que esta posición se separa expresamente de la línea actual de la Corte Suprema de Justicia, considero necesario discurrir sobre los 8 temas jurídicos que a continuación se desarrollan:

1. **LA JURISPRUDENCIA, LA OBLIGACIÓN DE LOS JUECES DE SEGUIRLA Y LA AUTORIZACIÓN Y FORMA DE APARTARSE DE LA DOCTRINA PROBABLE.**

Como es bien sabido, desde la sentencia 836 de 2001 la Corte Constitucional explicó que tres decisiones emanadas de la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de casación constituyen doctrina probable que debe ser seguida por los jueces de inferior jerarquía. No obstante, tanto en esa providencia como en la C-621 de 2015, dejó sentado que, en virtud de la autonomía judicial, es posible que, cumpliendo ciertas reglas, los funcionarios judiciales se separen de la línea trazada por la alta corporación. Sobre el tema en la sentencia T-459 de 2017, se concreta con meridiana claridad tal posibilidad, así:

“No obstante, el precedente no constituye una obligatoriedad absoluta, pues en razón del principio de la autonomía judicial, el juez puede apartarse de aquellos, siempre y cuando presente **(i)** de forma explícita las razones por las cuales se separa de aquellos, y **(ii)** demuestre con suficiencia que su interpretación aporta un mejor desarrollo a los derechos y principios constitucionales.”

En síntesis, el desconocimiento del precedente se configura cuando el funcionario judicial se aparta de las sentencias emitidos por los tribunales de cierre (precedente vertical) o los dictados por ellos mismos (precedente horizontal) al momento de resolver asuntos que presentan una situación fáctica similar a los decididos en aquellas providencias, **sin exponer las razones jurídicas que justifique el cambio de jurisprudencia**.” (Negrillas fuera del original)

Por lo tanto, como respecto al tema de la ineficacia del traslado entre regímenes la Sala mayoritaria se separa expresamente de la línea actual de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se pasa a exponer las razones jurídicas que demuestran con suficiencia la necesidad constitucional y legal de revaluar la procedencia de las declaraciones de ineficacia.

1. **LA POSICIÓN ACTUAL DE LA SALA DE CASACIÓN LABORAL RESPECTO AL TEMA DE LA NULIDAD O INEFICACIA DE LOS TRASLADOS ENTRE REGÍMENES PENSIONALES.**

En acatamiento de lo señalado en las sentencias C-836 de 2001 y C-621 de 2015 desde ya se deja en evidencia que es conocida la jurisprudencia vigente emanada de la Sala de Casación Laboral contenida en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019 que se concreta en los siguientes razonamientos:

1. En esta clase de acciones no se trata de la nulidad del acto jurídico del traslado sino de la ineficacia del mismo con base en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la ley 100 de 1993, por cuanto se violó por parte de la AFP el deber de información para obtener el traslado de quien estaba afiliado al RPM. De allí que, tratándose de un tema de ineficacia y no de nulidad, no puede aplicarse la “prescripción” prevista en los términos que se señalan en el artículo 1750 del C.C.
2. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber que le es exigible desde la creación de estas entidades, básicamente porque *“las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios”.* Deber cuyo nivel de exigencia se elevó con la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, en la medida que *“ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo”,* llegando incluso a la exigencia de la doble asesoría prevista en la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.° 016 de 2016.
3. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para darle eficacia al acto del traslado, pues ello solo no da cuenta de que haya sido, como se requiere en estos eventos, un “consentimiento informado”.
4. Cuando el afiliado alega que no recibió la información debida al momento de afiliarse, como ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, la carga de la prueba de que si se brindó la información que correspondía está a cargo de la AFP.
5. Acreditada la falta de consentimiento informado corresponde declarar la ineficacia del traslado y como consecuencia de ello entonces, para efectos de la concreción de los derechos pensionales reclamados, se debe imponer la obligación de la AFP de trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, pertenecientes a la cuenta de quien demanda para que sea esta entidad la que proceda a reconocer la pensión con base en las disposiciones que guían el RPM.
6. **CONTENIDO DE LOS ARTÍCULOS 13 LITERAL b) y 271 DE LA LEY 100 DE 1993**

De conformidad con el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 199**3,** la selección de cualquiera de los regímenes que conforma el sistema general de pensiones es libre y voluntaria, por lo que, si un empleador o alguna persona natural o jurídica desconoce ese derecho operan las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 ibídem, del que se extrae lo siguiente:

1. La conducta sancionable consiste en impedir o atentar “en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos del e instituciones del sistema de seguridad social integral”
2. El sujeto activo de la conducta es el empleador o cualquier persona natural o jurídica que impida o atente contra la libre afiliación o selección de organismos del sistema de seguridad social.
3. **La sanción es una multa por un valor entre uno y 50 SMLMV.**
4. **El funcionario competente para imponerla es el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social o el Ministerio de Salud.**
5. **Una vez impuesta la sanción por el funcionario competente la afiliación respectiva podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea.**
6. **OBSERVACIONES SOBRE EL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 271 DE LA LEY 100 DE 1993 Y LA APLICACIÓN QUE VIENE DÁNDOLE LA CORTE SUPREMA.**

Obviando la regla de interpretación prevista en el artículo 31 del Código Civil que determina que “Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación” y de la cual, en casación, desde 14 de diciembre de 1898 se viene repitiendo que **“En la interpretación de leyes prohibitivas no deben buscarse analogías o razones para hacerlas extensivas a casos no comprendidos claramente en la prohibición”, t**oda 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, sin percatarse que desde el título, la norma precisa que se trata de **“Sanciones al empleador”**, esto es, que está dirigida a regular las conductas de los empleadores o de “cualquier persona” afín con esa denominación, que pretendan impedir o atentar contra la libre escogencia de régimen y administradora de pensiones por parte de los trabajadores, pero manifiestamente no contempla la regulación de las actividades que puedan adelantar las AFP en desarrollo del objeto para el que fueron creadas, ni mucho menos las sanciones a que se pueden ver avocadas por el indebido ejercicio de esas actividades de promoción y afiliación al RAIS que les conciernen en desarrollo de su objeto social, pues para tales efectos hay legislación específica que adelante se resaltará.

Tal conclusión encuentra apoyo adicional en el hecho de que el sistema implementado por la ley 100 de 1993 implica la libre competencia entre los dos regímenes, de allí que no guarde coherencia ubicar a las Administradoras como destinatarias de lo previsto en artículos 13 literal b y 271 de la ley 100 de 1993 pues es inherente a su creación el otorgarles la posibilidad de promocionar el nuevo sistema cuya gestión les fue encargada.

Es que nótese que, conteniendo la norma citada 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, resulta evidente que cuando las AFP promocionan y se ofrecen para administrar los recursos que permitirán acceder a una pensión, bajo ningún entendimiento se puede considerar que están incursas en esas conductas, pues ni han impedido la afiliación de los usuarios al sistema o su libre selección de organismo ni tampoco han desconocido o boicoteado 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 que creó la ley 100 de 1993, los participantes del sistema las eligieran para administrar sus recursos. Ahora, si para lograr tal cometido dieron información equivocada u omitieron dar la que correspondía, no son los artículos 13 y 271 de la ley 100 de 1993 los que determinan las consecuencias de tal proceder sino el decreto 720 de 1994, como adelante se explicitará.**

**Adicionalmente vale la pena resaltar que según se desprende de la construcción normativa del artículo 271 de la ley 100 de 1993, la sanción es la multa; misma que una vez se impone por quien tiene la competencia para ello, que son los ministerios de Trabajo y Salud, trae como consecuencia que “la afiliación” realizada irregularmente quede sin efecto y deje al interesado en la posibilidad de realizarla nuevamente de manera libre y espontánea.**

**Las condiciones para que opere la ineficacia que se acaban de evidenciar, además del análisis que adelante se hará, ponen de relieve tres situaciones que denotan que la solución que se está dando a la situación fáctica analizada no es la que corresponde legalmente:**

**La primera que la competencia para determinar si se incurrió en la conducta que amerita multa es de los Ministerios de Trabajo y de Salud y ella se constituye en el fundamento de la declaratoria de ineficacia.**

**La segunda que la ineficacia solo está prevista como consecuencia de la “afiliación” irregular, pues expresamente la norma determina que la “afiliación respectiva quedará sin efecto” sin que pueda extenderse la sanción a los casos de traslado entre regímenes, por cuanto es bien sabido que ellos no implican una nueva afiliación. Al respecto baste traer a colación lo dicho por la propia Corte en sentencia 39772 de 5 de octubre de 2010, en la que se explicó**:

“De acuerdo a lo anterior, confunde el Tribunal lo que es la afiliación al sistema de seguridad social, que ha sostenido la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como la de esta Sala, tiene un carácter vitalicio, se efectúa a través de una primera y única inscripción y no se pierde o suspende porque se dejen de causar cotizaciones en un determinado interregno de tiempo, con la vinculación a uno de los dos regímenes de pensiones que contempla dicho sistema, y que delimita muy claramente el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, en los siguientes términos:

*“****Permanencia de la afiliación****. La afiliación al Sistema General de Pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado. Dicha afiliación no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tengan más de seis meses de no pago de cotizaciones.”*

Y la tercera y más importante, **que como se analiza a continuación existe una acción diferente y precisa para los casos como el presente en que se aduce la deficiente o nula información brindada por las AFP para obtener la vinculación de una persona al RAIS a pesar del perjuicio que ello le pudiere significar**.

1. **CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE LA TESIS DE LA INEFICACIA DE LOS TRASLADOS CON FUNDAMENTO EN LOS ARTÍCULOS 13 Y 271 DE LA LEY 100 DE 1993.**

**Las declaraciones de ineficacias de traslados envuelven los siguientes resultados:**

**PRIMERO: Desdibuja nuestro sistema jurídico de responsabilidad** al imponer la carga de resarcir un daño, a quien no lo produjo, en este caso Colpensiones y de contera la Nación como su garante.

Se afirma lo anterior por cuanto las órdenes judiciales de ineficacia comportan que a la AFP privada, que supuestamente no dio la información suficiente o hizo incurrir en error a los afiliados, causándoles con ello perjuicios que se ven reflejados en el monto de la pensión a percibir, luego de haber tenido a su disposición por varios años los dineros de la cuenta de ahorro individual, que ahora se sabe que solo permiten una pensión de “x pesos”, se le ordena sencillamente devolver lo recibido por administración y entregar, si aún lo tiene en su poder, el saldo que exista en cuenta de ahorro individual a Colpensiones, entidad esta última que, **con esa misma suma -que ahora se sabe que solo alcanza para otorgar una pensión de “x pesos”- debe reconocer y pagar una prestación dos o tres veces superior a la que financieramente es posible conceder**.

Como fácilmente se observa, el resultado de declarar la ineficacia del traslado lleva a lo siguiente: AFP PRIVADA por supuestos errores u omisiones en información CAUSA PERJUICIO al afiliado, entonces, a un tercero -COLPENSIONES- la rama judicial le impone que con los demás dineros del fondo público, cubra el daño generado por la AFP privada.

**Obviamente esa no es una solución legal y constitucionalmente sostenible, pero sobre todo NO ES LA SOLUCIÓN JURÍDICA QUE NUESTRA LEGISLACIÓN PREVÉ PARA ESTOS EVENTOS y que se encuentra consagrada en el artículo 10 del decreto 720 de 1994.**

**SEGUNDO: De manera consciente, sin justificación alguna, inaplica la solución jurídica que el sistema tiene prevista de manera específica para los actos de las AFP que por omisión o falsa información causen perjuicio a los afiliados.**

A continuación se analizan aspectos de estas dos afirmaciones.

1. **APOYO CONSTITUCIONAL EMANADO DE LA SENTENCIA C-1024 DE 2004 SOBRE LA RAZON DE SER DE LA LIMITACIÓN DE TRASLADO CUANDO FALTEN MENOS DE 10 AÑOS.**

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 extraen los siguientes apartes de la sentencia C-1024 de 2004:

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

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

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

Permitir entonces, la declaración de ineficacia de traslados de personas que 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. Y se afirma que ese afiliado estuvo potencialmente cobijado por los beneficios del RAIS por cuanto no puede olvidarse que estuvo amparado por la garantía de pensión mínima 150 semanas antes que en el RPM, pues mientras en este ocurre a las 1300 semanas en aquel sucede a las 1150 semanas; no tuvo el límite del 80% del IBL como tope de su pensión; sus beneficiarios pudieron acceder a la devolución de saldos si él hubiera fallecido sin cumplir los requisitos para causar una pensión de sobrevivientes; Tuvo acceso a excedentes de libre disponibilidad; Pudo hacer aportes voluntarios para aumentar los saldos de la cuenta de ahorro individual; Gozó del privilegio de que, en caso de morir sin dejar beneficiarios de pensión de sobrevivientes, las sumas acumuladas en cuenta de ahorro individual hicieran parte de la masa sucesoral, etc..

1. **EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO ¿QUIEN ES LA PERSONA LLAMADA A RESPONDER POR LOS DAÑOS ANTIJURÍDICOS QUE CAUSE CON SU PROCEDER?**

El hecho que con anterioridad se haya afirmado que no procede la declaración de ineficacia no quiere decir que quien sienta que no se le ha dado la información necesaria, o que la que se le ha dado ha sido errónea, no tenga a su disposición los medios jurídicos para que se le resarza el perjuicio que con ello se le hubiere causado. En realidad, lo que no se puede permitir es que quien no causó el daño sea quien deba resarcirlo, como viene ocurriendo al declarar las ineficacias, pues a quien viene imponiéndose el resarcimiento de los perjuicios, por la vía de obligarlo al pago de unas mesadas en cuantía superior a la que el capital existente permite otorgar, es a COLPENSIONES, con grave detrimento de los legítimos intereses de todas las personas que fielmente han permanecido en el RPM, dada la descapitalización del fondo por el otorgamiento de pensiones sin el soporte financiero necesario. Situación que en últimas afecta gravemente el presupuesto nacional, pues como lo dispone el artículo 48 constitucional con las modificaciones que le introdujo el acto legislativo 01 de 2005, la nación es garante del pago de las obligaciones pensionales a cargo de Colpensiones.

Esas consecuencias patrimoniales a cargo de Colpensiones dejan en evidencia que la solución jurídica de declaración de ineficacia en estos eventos transgrede, no solo los artículos 2341 y 2343 del Código Civil que determinan que quien debe indemnizar el daño es quien lo cause, sino también el artículo 90 de la Constitución Nacional que dispone que “*el Estado únicamente responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.*

1. **LAS NORMAS VIGENTES QUE REGULAN LAS CONDUCTAS IRREGULARES DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES POR LOS ERRORES U OMISIONES EN LA INFORMACIÓN QUE CAUSEN PERJUICIO A QUIENES AFILIEN.**

**Tras las declaraciones de ineficacia se ha omitido estudiar, reconocer y aplicar las normas jurídicas que en realidad nuestro ordenamiento tiene expresamente establecida para esta clase de asuntos en el decreto 720 de 1994, que enseñan que, si en efecto las AFP incurrieron en engaños o malas asesorías para lograr la afiliación de personas que estaban en el RPM, son ellas las que deben asumir las consecuencias económicas indemnizatorias por el perjuicio que eventualmente hayan causado con ese proceder.**

Basta una lectura del decreto 720 de 1994 para concluir que es él el que regula la manera y las condiciones como las AFP pueden promocionar sus productos dentro del sistema general de pensiones, el personal que pueden utilizar para el efecto, pero sobre todo, explicita el decreto la responsabilidad que les asiste a esas entidades por los errores o las omisiones -que causen perjuicios- en que incurran las personas que se encarguen de la afiliación de los usuarios. Vale la pena mencionar el texto del artículo 10 del decreto en cita.

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

La norma no me deja duda alguna de que los errores u omisiones en la información que dieron las AFP pudieron causar daños a los afiliados que decidieron trasladarse, pero que la consecuencia jurídica de esas equivocaciones no corresponde trasladarla a Colpensiones, pues es claro el texto en determinar que la responsabilidad que se compromete es la de la AFP privada.

Es bueno hacer notar que se argumenta en ocasiones que Colpensiones no sufre daño con la declaración de ineficacia porque se le devuelve todo el dinero en cuenta de ahorro individual, sin percatarse quienes así discurren que los mismos hechos de múltiples demandas dan cuenta que con ese capital no es posible sino pagar pensiones de determinada suma de dinero, misma que precisamente se espera que por el traslado y sin soporte financiero alguno Colpensiones duplique o triplique. Siendo a veces tan aberrante la situación que, trasladado el capital a Colpensiones, este, prácticamente sirve solo para pagar el retroactivo pensional que la concesión de la pensión genera.

Para concluir debo decir que este desarrollo argumentativo no implica que las personas que sientan que fueron afectadas por falta de la debida información carezcan de acción en orden a defender sus derechos dentro del sistema general de pensiones por las conductas de los promotores de las AFP privadas, sino que se trata de otra acción con unas consecuencias jurídicas diferentes a las que se llega por el camino de la ineficacia utilizada por la mayoría de los integrantes de la Sala de Casación Laboral.

Adicionalmente a todo lo expuesto, a raíz de las sentencias de tutela: STL9790-2023 -en la que la Corte, ahora definiendo el efecto de una reasesoría en que la AFP indicó al demandante que no le convenía permanecer en el RAIS, revocó la decisión de esta Sala que negó la ineficacia y nuevamente la exhortó: “para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado de esta Corporación y, de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de exponer la carga argumentativa suficiente”- y la STL7302-2023 en la que la Sala de Casación Laboral dejó sin efecto el fallo proferido por esta Sala el 16 de noviembre de 2022 en el que se había negado la declaración de ineficacia en virtud a que el material probatorio mostraba el cabal conocimiento que la demandante tenía del funcionamiento del RAIS por ser abogada y gerente del área de cesantías y pensiones Colmena; en lo sucesivo, también en estos casos, a pesar de tener criterio contrario al señalado en las nombradas STL –pues a mi juicio se trata de decisiones basadas en elementos probatorios que a lo sumo podrían ser estudiados y rebatidos en casación mas no en tutela- no me queda otro camino que seguir la indicación de la Sala de Casación Laboral, pues lo cierto es que en las decisiones anuladas se expusieron todos los argumentos necesarios para sustentar la decisión, mismos que, en el sentir de la Corte, no resultan suficientes.

El anterior es mi sentir jurídico en estos casos, pero itero, me corresponde acatar el exhorto hecho por la Sala de Casación y por eso suscribo esta sentencia.

Dejo así aclarado mi voto.

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado

Providencia: Sentencia del 30/10/2023

Radicación No.: 66001-31-05-003-2021-00042-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: Ana Edilia Gutiérrez Moncada

Demandado: Colpensiones y otros

Magistrado ponente: Dr. German Darío Góez Vinasco

Tema: Ineficacia de afiliación

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADA: OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Como es conocido por la sala que integro y únicamente con ocasión a la sentencia de tutela de primer grado emitida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia STL4759-2020 en la que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira para que en todos los asuntos de ineficacia de afiliación acogiera íntegramente la jurisprudencia emitida por ese alto tribunal, es que cuando he fungido como Magistrada Ponente o he integrado las otras salas de decisión de este tribunal, proceden las declaratorias de ineficacia de traslado realizado por la parte demandante del RPM al RAIS, y debido al grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se han adicionado, en algunos casos, las decisiones de primer grado para adecuar la devolución de dineros que la AFP debe realizar a Colpensiones.

En ese sentido, aclaro que las decisiones emitidas en ese sentido obedecen al respeto por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y al exhorto realizado en la citada decisión de tutela, pese a que en mi criterio y hasta la decisión que emití como magistrada ponente de la Sala de Decisión Segunda el 22/07/2020, Rad. No. 2018-00269-01, amparada en las sentencias C-836 de 2001 y C-621 de 2015 me había apartado del criterio de la citada Corte Suprema de Justicia que ahora solo rememoro brevemente para que, ante una nueva recomposición de la alta magistratura o un eventual cambio de criterio, aunado a la movilidad del pensamiento jurídico de nuestro país, puedan ser considerados en otro momento.

Así, a mi juicio cada vez que un trabajador alega engaño por una AFP para obtener un traslado de régimen pensional, debe presentar una acción de resarcimiento de perjuicios tal como obliga el artículo 10º del Decreto 720 de 1994 – especialidad de la norma, sobre la general-, y no la ineficacia de la afiliación, puesto que esta última acción de ninguna manera contempla la omisión o error de información por parte de la AFP como el supuesto de hecho que debe probarse para dejar ineficaz un negocio jurídico, con fundamento en el literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100/93, pues allí únicamente se contempló al empleador o cualquier otra persona afín a dicha calidad, como la única persona que puede infringir o coartar los derechos de libre escogencia del trabajador afiliado.

Además, en la exposición de motivos de la Ley 100/93 se señaló que el origen de esta norma devenía, entre otros, para ofrecer alternativas diferentes a los trabajadores colombianos en materia de pensiones, y por ello se creó el Sistema de Ahorro Pensional basado en la capitalización individual de las contribuciones de los trabajadores y empleadores, todo ello en razón a los nuevos mandatos constitucionales – art. 48 C.Po. – y la apertura económica que acaecía para la época, a través de la cual se permitió a particulares prestar servicios públicos; por lo que, resultaba desacertado interpretar que el legislador en el literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100/93 cuando se refiere al empleador o cualquier persona natural o jurídica, incluyó **tácitamente** a la AFP, pues de haber querido regular su comportamiento, explícitamente lo hubiera incluido como infractor de tal norma, pero no lo hizo.

Con la claridad anterior y teniendo en cuenta que de conformidad con el artículo 31 del Código Civil, ninguna persona podrá realizar analogías de leyes prohibitivas, todo ello para extender sus consecuencias a eventos que la norma no regula, entonces en tanto los artículos 13 y 271 de la Ley 100/93 contempla una sanción, no podrá hacerse símil alguno para derivar de allí, un sujeto que el legislador no contempló.

No puede obviarse el principio de interpretación del ordenamiento jurídico que exige la aplicación de la norma especial sobre la simplemente general, de manera tal que para el caso de ahora siempre deberá aplicarse el aludido Decreto 720/94, sobre las disposiciones generales contenidas en la Ley 100/93.

El precedente o doctrina probable de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia trasgrede la cláusula constitucional 90 y los artículos 2341 y 2343 del Código Civil, porque *“el Estado únicamente responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”,* y por ello, obligar a Colpensiones al pago de las pensiones de los nuevos afiliados, con ocasión a los retornos al RPM debido a las declaraciones de ineficacias de afiliación, implica un grave detrimento de los legítimos intereses de todos los afiliados que fielmente han permanecido en el RPM, y que de no alcanzar con los aportes y rendimientos de los afiliados que constituyen un fondo común, deberá la nación con su patrimonio atender.

Este último argumento se encuentra en consonancia con las sentencias de constitucionalidad mencionadas por la parte accionante, específicamente la C-1024-2004 pues precisamente se impide que personas que cuentan con menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión retornen al sistema que abandonaron hace más de una década.

En conclusión, considero que otro es el camino que debe abrirse para efectos de resolver los procesos tendientes a obtener la ineficacia de afiliación al RAIS y por ello, válido es memorar la aclaración de voto realizada por el Magistrado de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, **LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ,**dentro del proceso No. 57458, que resulta atemporal y en ese sentido pertinente para discurrir sobre el principio de independencia judicial en relación a cualquier asunto bajo análisis, que la obligatoriedad no es una característica propia de nuestra jurisprudencia, pues ésta en realidad se caracteriza por ser uniforme, continua y particular, de manera tal que cuando cambien las circunstancias que dieron lugar a tal uniformidad, entonces podrá abrirse una nueva respuesta a esta clase de asuntos.

En estos términos aclaro mi voto,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada

1. M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez [↑](#footnote-ref-1)
2. CSJ Sentencia SL1688-2019 [↑](#footnote-ref-2)