Constancia Secretarial: incluido el presente asunto en la lista de traslado fijada el 19 de enero de 2021, los términos para presentar alegatos de conclusión por parte de las entidades demandadas corrieron durante los días 20, 21, 22, 25 y 26 de enero de 2021; mientras que para la parte actora y el vinculado Ministerio de Hacienda y Crédito Público corrieron entre los días 27, 28, 29 de enero de 2021, 1° y 2 de febrero de 2021.

Como se ve en las constancias de recepción que obran en el expediente digitalizado, la totalidad de los intervinientes remitieron en término los alegatos de conclusión al correo institucional.

Pereira, 4 de febrero de 2021.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ
Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

PEREIRA, DIEZ DE MARZO DE DOS MIL VEINTIUNO

Acta de Sala de Discusión No 35 de 8 de marzo de 2021

SENTENCIA ESCRITA

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito el 1° de septiembre de 2020, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de COLPENSIONES, dentro del proceso promovido por la señora **ÁNGELA MARÍA VILLEGAS ARISTIZÁBAL,** cuya radicación corresponde al N°66001310500420180063701; trámite dentro del cual fue vinculado el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

Se reconoce personería para actuar dentro del proceso de la referencia a la doctora PAULA ANDREA MURILLO BETANCUR, como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones, en los términos y para los efectos del memorial de sustitución de poder que fue allegado al correo institucional el pasado 22 de enero de 2021, incluido debidamente en el expediente digitalizado.

ANTECEDENTES

Pretende la señora Ángela María Villegas Aristizábal que la justicia laboral declare la ineficacia y/o nulidad de la afiliación efectuada el 9 de septiembre de 1994 al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A. y consecuencialmente que se condene a dicha entidad a girar la totalidad de los emolumentos a que haya lugar, además de las costas procesales a su favor y lo que resulte probado extra y ultra petita.

Refiere que: se afilió al régimen de prima media con prestación definida a través del Instituto de Seguros Sociales el 7 de octubre de 1985, en donde realizó cotizaciones interrumpidas hasta antes del 9 de septiembre de 1994; en esa fecha, una agente comercial del fondo privado de pensiones Porvenir S.A. se abstuvo de brindarle una auténtica asesoría legal y financiera, que le permitiera tomar la decisión jurídica bajo un conocimiento completo, informado y consciente de las consecuencias jurídicas y económicas que generaría esa determinación; el 17 de octubre de 2018 la AFP Porvenir S.A. negó la solicitud de traslado al RPM elevada por ella, al encontrarlo improcedente por haber arribado a la edad mínima de pensión en ese régimen pensional; el 22 de octubre de 2018 esa misma entidad le informa que a los 59 años de edad podría acceder a la pensión de vejez con una mesada del orden del salario mínimo legal mensual vigente; con la misma densidad de cotizaciones, en el RPM obtendría una pensión de vejez del orden de $1.787.500; el 11 de octubre de 2018, ante petición elevada por ella, la Administradora Colombiana de Pensiones negó el traslado al régimen de prima media con prestación definida, aduciendo que ya había arribado a la edad mínima de pensión.

Al contestar la acción -fls.66 a 79- la Administradora Colombiana de Pensiones se opuso a las pretensiones de la actora, manifestando que no existió engaño por parte del fondo privado de pensiones Porvenir S.A. al momento de afiliar a la señora Villegas Aristizábal al régimen de ahorro individual con solidaridad y en todo caso, las nulidades que se hubieren podido generar en ese acto jurídico se sanearon por el paso del tiempo. Formuló las excepciones de mérito que denominó "*Validez de la afiliación al RAIS", "Aceptación implícita de la voluntad del afiliado", "Saneamiento de una presunta nulidad", "Prescripción", "Buena fe", "Imposibilidad de condena en costas*" y "*Genérica".*

La AFP Porvenir S.A. respondió el libelo introductorio -fls.100 a 119- oponiéndose a las pretensiones de la actor, asegurando que esa entidad cumplió con el lleno de los requisitos exigidos en la ley para el año 1994, razón por la que el cambio de régimen pensional efectuado por la demandante goza de validez, sin que se haya configurado el vicio del consentimiento que se alega en la demanda, pero que, en caso de haberse presentado, el mismo se saneó por el paso del tiempo de acuerdo con lo establecido en el artículo 1750 del Código Civil. Planteó la excepción previa de "*Falta de integración del litisconsorcio necesario por pasiva", así como las de fondo de "Validez de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento", "Saneamiento de la supuesta nulidad relativa", "Prescripción", "Buena fe*" e "*Innominada o genérica*".

En auto de 8 de julio de 2019 -fl.198 a 199-, el juzgado de conocimiento, luego de admitir las contentaciones de la demanda remitidas por las entidades accionadas, decidió vincular al litigio al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien posteriormente fue debidamente notificado de esa decisión y de la acción interpuesta por la señora Ángela María Villegas Aristizábal.

Al dar respuesta a la acción -fls.202 a 215- el Ministerio de Hacienda y Crédito Público manifestó que existiendo certeza en cuanto a que la demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, frente a lo único que debe pronunciarse esa entidad es respecto a la liquidación, emisión, expedición, redención, pago o anulación de los bonos pensionales o cupones de bonos pensionales a cargo de la Nación, permitiéndose informar que, debido al traslado del RPM al RAIS de la señora Villegas Aristizábal, la OBP de esa entidad emitió un bono pensional tipo A modalidad 2, el cual tiene como fecha de redención normal el 24 de abril de 2021, no obstante, en caso de que se acceda a las pretensiones de la demanda, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en un trámite interno, procederá a la anulación del bono pensional, aplicando lo previsto en el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995 modificado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 hoy recopilado en el Decreto 1833 de 2016.

En sentencia de 1° de septiembre de 2020, la funcionaria de primera aplicando estrictamente la jurisprudencia que sobre el tema ha emitido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, manifestó que en este tipo de casos lo que se debe estudiar es si el cambio de régimen pensional efectuado por la

afiliado se presentó en términos de ineficacia, independientemente de la acción que se haya propuesto por parte de la accionante, correspondiéndole al fondo privado de pensiones con el que se surtió la afiliación al RAIS, acreditar que cumplió con el deber legal de información que le incumbía de acuerdo con el momento histórico en el que se haya materializado, sin embargo, al analizar el caso en concreto, determinó que la AFP Porvenir S.A. no cumplió con la carga probatoria que le correspondía, razón por la que declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por la señora Ángela María Villegas Aristizábal el 7 de septiembre de 1994, declarando también que ella se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida desde el momento en que se vinculó a ese régimen pensional.

Antes de emitir las condenas en contra del fondo privado de pensiones, decidió desvincular del proceso al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, argumentando que esa entidad nada tuvo que ver en el acto jurídico que significó el traslado de la accionante del RPM al RAIS, razón por la que no hay lugar a imponerle ninguna condena dentro del presente trámite, acotando que como bien lo anunció esa entidad al dar respuesta a la demanda, una vez en firme la presente decisión, esa entidad, dentro de un trámite administrativo interno, procederá a anular el bono pensional tipo 1 modalidad 2 que se emitió a favor de la señora Ángela María Villegas Aristizábal, sin que haga falta emitir una decisión judicial en ese sentido.

Hechas esas aclaraciones, procedió a condenar al fondo privado de pensiones Porvenir S.A. a restituir la totalidad de los emolumentos que se encuentren inmersos en la cuenta de ahorro individual del afiliado, esto es, las cotizaciones junto con los rendimientos e intereses financieros. Así mismo condenó a la AFP Porvenir S.A. a devolver con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores que fueron descontados a la actora por concepto de gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y la garantía de pensión mínima.

Finalmente condenó a la AFP Porvenir S.A. en costas procesales en un 100% a favor de la parte actora.

Inconformes con la decisión, el fondo privado de pensiones Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones interpusieron recurso de apelación en los siguientes términos:

La apoderada judicial de la AFP Porvenir S.A. solicitó la revocatoria integral de la sentencia, dado que en el curso del proceso esa entidad cumplió con la carga probatoria que se le exigía, en otras palabras, quedó demostrado que esa entidad cumplió con el deber de suministrarle a la señora Ángela María Villegas Aristizábal la información necesaria que debía para el 7 de septiembre de 1994, lo cual se corroboró con la suscripción de manera libre, espontánea y sin presiones del correspondiente formulario de afiliación, agregando que todos los agentes comerciales de la entidad están debidamente capacitados para brindar las asesorías en los términos dispuestos en la Ley.

Es que, al leer detenidamente la demanda y escuchar el interrogatorio de parte de la demandante, evidente es que la motivación que tiene la inconformidad de la señora Villegas Aristizábal con la afiliación al RAIS realmente es de tipo económico, ya que realmente no se encuentra conforme con la posible mesada pensional que el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual puede financiar; por lo que siendo así las cosas, la acción de ineficacia no es la llamada a resolver el asunto, sino la resarcitoria de perjuicios prevista en el Decreto 720 de 1994, como lo sostiene un sector de los integrantes de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira.

En todo caso, si en gracia de discusión se confirma la declaratoria de ineficacia, considera que únicamente es viable el reintegro de las sumas cobradas por concepto de aportes o cotizaciones al sistema general de pensiones, ya que los demás emolumentos fueron cobrados por el fondo privado de pensiones por ministerio de la Ley, precisando que su restitución en los términos señalados por la *a quo* constituye un enriquecimiento sin justa causa por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones y en consecuencia un detrimento patrimonial de Porvenir S.A.

En torno al bono pensional emitido a favor de la señora Ángela María Villegas Aristizábal, solicita que se condene al Ministerio de Hacienda y Crédito Público a

proceder con su anulación, en caso de que se confirme la declaratoria de ineficacia del traslado de la afiliada al RAIS.

Frente a las costas procesales, manifiesta que esa entidad siempre ha actuado en estricto cumplimiento de la ley y bajo el principio de la buena fe, razón por la que no hay lugar a su imposición.

Por su parte, la apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones coincide con la AFP Porvenir S.A. en que la acción interpuesta por la señora Ángela María Villegas Aristizábal no es la llamada a resolver este tipo de asuntos, sino la resarcitoria de perjuicios prevista en el Decreto 720 de 1994, como correctamente lo viene sosteniendo una parte de los integrantes de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira.

De no ser acogida tal postura, solicita que se revoque la sentencia proferida por el juzgado de conocimiento, por cuanto la accionante se encuentra en la prohibición legal prevista en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, al haber arribado ya a la edad mínima de pensión establecida en el régimen de prima media con prestación definida.

Al haber resultado afectados los intereses de la Administradora Colombiana de Pensiones, se dispuso también el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Conforme se dejó plasmado en la constancia emitida por la Secretaría de la Corporación, la totalidad de los intervinientes hicieron uso del derecho a remitir alegatos de conclusión en término.

En cuanto al contenido de los alegatos de conclusión remitidos por las entidades recurrentes, teniendo en cuenta que el artículo 279 del CGP dispone que *“No se podrá hacer transcripciones o reproducciones de actas, decisiones o conceptos que obren en el expediente.”,* baste decir que los argumentos emitidos por ellas coinciden plenamente con los expuestos en la sustentación del recurso de apelación.

Por su parte, la parte actora solicitó la confirmación integral de la sentencia emitida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito el 1° de septiembre de 2020; mientras que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público reiteró lo dicho al dar respuesta a la acción en torno a su obligación de tener que anular el bono pensional tipo A modalidad 2 expedido a favor de la demandante, en caso de que se confirme la decisión de declarar la ineficacia del traslado de la señora Ángela María Villegas Aristizábal del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Cuestión previa

Pese a que este Ponente no comparte la justificación ni la interpretación que realiza la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia frente al literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100/1993 y por ello en providencias anteriores como la proferida el 22/07/2020, Rad. No. 2018-00269-01, entre otras, bajo la autorización emitida por las sentencias C-836 de 2001 y C-621 de 2015 se había apartado del criterio expuesto por el alto tribunal al amparo de la autonomía judicial, para anunciar que cuando 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, lo cierto es que ocasión a la sentencia de tutela de primer grado emitida por ese alto tribunal con número de expediente STL4759-2020, a través de la cual se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado por esa corporación en los asuntos de ineficacia de afiliación, bajo el debido respeto por el superior, se obedecerá en este caso y en los sucesivos la posición mayoritaria que ostenta la mencionada Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Así las cosas, atendidas las argumentaciones a esta Sala de Decisión le corresponde resolver los siguientes:

PROBLEMAS JURÍDICOS

¿Es la acción de ineficacia la llamada a resolver los casos en los que se alega ausencia total o parcial de la información por parte de los fondos privados de pensión?

¿En cabeza de quien se encuentra en este tipo de procesos la carga probatoria de acreditar el deber legal de información?

¿Cumplió la AFP Porvenir S.A. con el deber legal de información que le asistía para el año 1994?

¿Hay lugar a declarar ineficaz la afiliación de la señora Ángela María Villegas Aristizábal al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada el 7 de septiembre de 1994?

¿Cuáles son las consecuencias prácticas de declarar las ineficacias de los traslados surtidos entre regímenes pensionales?

¿Hay lugar a exonerar a la AFP Porvenir S.A. a restituir los gastos de administración, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes y la garantía de pensión mínima, en la forma dispuesta por la a quo?

¿Le asiste razón a las entidades demandadas cuando afirman que en estos casos no se puede ordenar el paso del afiliado al RPM por faltarle menos de diez años para llegar a la edad mínima de pensión en ese régimen pensional?

¿Conforme con lo expuesto en la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se hace necesario emitir condena en su contra para que proceda con la anulación del bono pensional tipo 1 modalidad 2 emitido a favor de la demandante?

¿Se debe absolver a la AFP Porvenir S.A. de las costas procesales fijadas en el curso de la primera instancia?

Con el propósito de dar solución a los interrogantes en el caso concreto, la Sala considera necesario precisar, el siguiente:

FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL

1. Análisis jurídico que debe abordar el juez cuando se alega ausencia de información parcial o total por parte de las administradoras en los traslados entre regímenes pensionales.

En sentencia STL4759 de 22 de julio de 2020, la Sala de Casación Laboral indicó:

> *"En el caso bajo estudio, se hace necesario precisar, que en reiterada jurisprudencia esta Sala de Casación Laboral ha dejado clara su postura al indicar que la elección a cualquiera de los dos regímenes pensionales existentes,* ***debe estar precedida de una decisión libre y voluntaria, de suerte que las administradoras de pensiones tienen***

> ***el deber de brindar a sus afiliados una asesoría que les permita tener los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión tomada al momento del traslado****, sin importar si la persona es o no beneficiaria del régimen de transición, o si está próximo a pensionarse.".* (Negrillas fuera de texto).

Y más adelante reiteró:

> *"Así, en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL452-2019, CSJ SL1688-2019 y SL1689- 2019, esta Sala ha determinado de manera pacífica que la reacción del ordenamiento jurídico -artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993- a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.* ***Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, tiene que abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto*** *y no desde el régimen de las nulidades sustanciales."* (Negrillas fuera de texto).

2. Sobre el deber de información.

Frente a este ítem, la Corte Suprema de Justicia en providencia SL1452 de 3 de abril de 2019, señaló que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones ha sido exigible desde el momento de su creación, identificando tres etapas en el que el nivel de exigencia en la información se ha incrementado de acuerdo con la evolución histórica de las normas que regulan la materia; lo que expuso en resumen así:

> *"El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:*

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*
Deber de	*Artículo 3, literal c) de la Ley*	*Implica el análisis previo,*

información, asesoría y buen consejo	*1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010*	*calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle*
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

3. La suscripción del formulario de afiliación.

Respecto al valor probatorio del formulario de afiliación suscrito entre la AFP y el potencial afiliado, la alta magistratura en la providencia que se viene referenciando sostiene que ese documento por sí solo no le otorga plena validez al traslado entre regímenes pensionales, argumentando que:

> *"La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*
>
> *Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*
>
> *Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*
>
> *Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter*

exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.".

4. Carga de la prueba.

Continuando con su exposición argumentativa, el máximo órgano de la jurisdicción laboral sentó frente al punto:

"Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.".

CASO CONCRETO

Conforme se expuso en el primer punto del fundamento jurisprudencial, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene definido que la acción que se debe elevar cuando se reclama la ausencia total o parcial del deber de información por parte de los fondos privados de pensiones, no es otra que la ineficacia del acto jurídico que permitió el traslado entre regímenes pensionales, por lo que al haber fundamentado la actora la demanda en que el fondo privado de

pensiones Porvenir S.A. se abstuvo de brindarle una auténtica asesoría legal y financiera que le permitiera tomar la decisión jurídica bajo un conocimiento completo, informado y consciente de las consecuencias jurídicas y económicas que generaría el traslado al RAIS; por imperativo jurisprudencial, lo que corresponde es analizar el caso en la forma determinada por la Corte Suprema de Justicia, esto es, si el traslado del accionante al RAIS se dio en términos de eficacia; por lo que bajo esa única y exclusiva postura, no les asiste razón a los apoderados judiciales de las entidades accionadas cuando afirman que la acción que debe resolver este tipo de asuntos es la resarcitoria de perjuicios establecida en el artículo 10 del Decreto 720 de 1994.

Resuelto lo anterior, se tiene entonces que con la solicitud de vinculación N°237989 visible a folio 142 del expediente, la señora Ángela María Villegas Aristizábal se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad el 7 de septiembre de 1994 cuando se vinculó a la AFP Porvenir S.A., sin embargo, se queja la actora que esa afiliación no es válida y por lo tanto deviene nula, debido a que ese fondo privado de pensiones no cumplió con el deber de suministrarle la totalidad de la información que debía, viciando de esa manera su consentimiento.

Conforme con lo señalado por la demandante, se procederá a verificar, siguiendo, única y exclusivamente las reglas jurisprudenciales expuestas anteriormente, si la AFP Porvenir S.A. quien tiene la carga probatoria en este tipo de procesos (como se explicó en el punto cuatro del fundamento jurisprudencial), cumplió con el deber legal de información que le correspondía para el 7 de septiembre de 1994 (primera etapa).

En lo que concierne al formulario de afiliación, más allá de que en dicho documento se evidencia la rúbrica de la señora Ángela María Villegas Aristizábal en la casilla denominada “*voluntad de afiliación*” en la que se hace constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la efectúa de manera libre, espontánea y sin presiones, y que los datos proporcionados son verdaderos; lo cierto es que, según lo dice la Sala de Casación Laboral, esa prueba no resulta suficiente para tener por demostrado el deber de información, pues, como mucho, demuestra un consentimiento, pero no informado.

Ahora, en el interrogatorio de parte, la señora Ángela María Villegas Aristizábal manifestó que el 7 de septiembre de 1994 fue abordada por una agente comercial del fondo privado de pensiones Porvenir S.A., quien en una reunión de no más de quince minutos, le aseguró que el Instituto de Seguros Sociales iba a desaparecer debido a que estaba quebrado y por consiguiente sus aportes efectuados en él corrían un grave riesgo de perderse, explicándole que en el régimen de ahorro individual con solidaridad tendría muchas garantías, debido a que ese fondo hacía parte de un fuerte grupo económico del país, sin embargo, más allá de insistir con lo dicho y de mostrarle el portafolio de esa entidad, no le explicó todas las consecuencias jurídicas y económicas que conllevaría tomar la decisión de dejar el régimen de prima media con prestación definida y afiliarse al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, del formulario de afiliación y del interrogatorio de parte absuelto por la señora Ángela María Villegas Aristizábal, ni de ninguna de las pruebas allegadas al plenario se desprende el cumplimiento del deber legal de información por parte de la AFP Porvenir S.A.; razón por la que, conforme con lo sentado por la Corte Suprema de Justicia, al no cumplir el fondo privado de pensiones con la carga probatoria que le correspondía, no queda otro camino que confirmar la decisión emitida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito, consistente en declarar la ineficacia del acto jurídico por medio del cual el accionante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 7 de septiembre de 1994.

Así las cosas, al no tener ningún efecto jurídico el traslado efectuado por la señora Ángela María Villegas Aristizábal al régimen de ahorro individual con solidaridad, se confirmará la condena emitida por la *a quo* en contra de la AFP Porvenir S.A. consistente en girar a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones el capital existente en la cuenta de ahorro individual, junto con los intereses y rendimientos financieros, tal y como lo ha sentado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las providencias relacionadas a lo largo de la presente providencia.

Además de restituir los emolumentos relacionados líneas atrás, necesario resulta traer a colación la sentencia SL1688 de 8 de mayo de 2019 en la que la Corte

Suprema de Justicia indicó que otra de las consecuencias prácticas que trae la declaración de ineficacia, es la de restituir los gastos o cuotas de administración descontados por los fondos privados de pensiones durante la permanencia de los afiliados en esas entidades, pero con cargo a los propios recursos de los fondos privados de pensiones y debidamente indexados, como acertadamente lo ordenó la falladora de primer grado en atención a la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia; por lo que no resulta dable acceder a la petición elevada por el fondo privado de pensiones Porvenir S.A. en la sustentación del recurso de apelación, consistente en absolverla de restituir esos emolumentos a la Administradora Colombiana de Pensiones.

Bajo esa misma óptica, la ineficacia del traslado implica que ningún acto posterior al mismo produzca efectos, por lo que correcta resultó la decisión de la *a quo* consistente en condenar a esa entidad a restituir con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores que descontó al actor para financiar la garantía de pensión mínima y cancelar las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes.

En cuanto al argumento esgrimido por las entidades accionadas consistente en que no resulta viable ordenar el traslado de la señora Ángela María Villegas Aristizábal al régimen de prima media con prestación definida al haber arribado a la edad mínima de pensión en ese régimen pensional, es del caso recordar, como ya se explicó previamente, que la declaratoria de ineficacia trae como consecuencia jurídica que los actos emitidos a partir de ese momento no tienen ninguna validez, lo que lleva a que las cosas se reestablezcan al estado en el que se encontraban, es decir, que al no haberse consumado legalmente el cambio de régimen pensional, el mismo no tiene validez y por tanto la actora siempre ha estado afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy Colpensiones, lo que muestra que de ninguna manera se está ordenando un nuevo traslado entre regímenes pensionales y por tanto no se transgrede la prohibición legal prevista en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

En cuanto a la petición elevada por la apoderada judicial de la AFP Porvenir S.A. en la sustentación del recurso de apelación consistente en que se condene al Ministerio de Hacienda y Crédito Público a anular el bono pensional tipo A modalidad 2 emitido a favor de la demandante, considera la Corporación que no

se hace necesario emitir esa condena en contra de esa entidad vinculada al litigio, pues como ella misma lo expuso al dar respuesta a la acción y en los alegatos de conclusión, por imperativo legal, una vez quede en firme la decisión tomada en este ordinario laboral consistente en declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS efectuado por la accionante el 7 de septiembre de 1994, esa entidad, dentro de un trámite administrativo interno, procederá inmediatamente con la anulación de ese bono pensional como consecuencia de haberse restituido las cosas al estado en el que se encontraban, como adecuadamente lo expresó en las consideraciones la funcionaria de primera instancia.

Respecto a la condena en costas emitida en el curso de la primera instancia en contra del fondo privado de pensiones Porvenir S.A., es pertinente recordar que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece que *"Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso"*, lo que permite concluir que de acuerdo con el resultado arrojado en el proceso, el cual fue desfavorable a sus intereses, le correspondía a la *a quo* emitir condena en su contra por dicho concepto, la cual encuentra debidamente ajustada a derecho esta Corporación.

Como quiera que en la sentencia STL10364-2020 la Sala de Casación Laboral instó a esta Sala a tener en cuenta que la condena en costas se debe fulminar con independencia de los factores subjetivos que pudieren existir en favor de la persona que resulte vencida o de aquella a quien se resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, las costas en esta instancia corren a cargo de la AFP Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones en un 100% y por partes iguales, a favor del demandante.

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

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito el 1º de septiembre de 2020.

SEGUNDO. CONDENAR en costas en esta instancia a las entidades recurrentes en un 100% y por partes iguales, a favor de la parte actora.

Notifíquese por estado y a los correos electrónicos de los apoderados de las partes.

Quienes integran la Sala,

SIN NECESIDAD DE FIRMA
Artículos 2 inciso 2 del Decreto Presidencial 806 de 2020 y 28 del Acuerdo PCSJA20-11567 C.S.J.)

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
Magistrado Ponente
Aclara Voto
Firma electrónica al final del documento

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN
Magistrada

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO
Magistrado

Sin constancias ni firmas secretariales conforme artículo 9 del Decreto 806 de 2020

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

MAGISTRADO: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

Diez de marzo de 2021

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"*.

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, **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 y que 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 explicita 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.

2- **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.

3- 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.

4- 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*",** toda la línea argumentativa de la actual posición de la Corte Suprema de Justicia, para sostener la ineficacia de los traslados entre regímenes, parte del hecho de considerar que las AFP privadas incurrieron en las conductas generantes de la sanción prevista en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, 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**.

5- 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.

6- 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..

7- 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".*

8- 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 demanda 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.

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 suscribí la sentencia.

Dejo así aclarado mi voto.

SIN NECESIDAD DE FIRMA
Artículos 2 inciso 2 del Decreto Presidencial 806 de 2020 y 28 del Acuerdo PCSJA20-11567 C.S.J.)

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

Magistrado

Firmado Por:

JULIO CESAR SALAZAR MUÑOZ
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 2 SALA LABORAL TRIBUNAL SUPERIOR PEREIRA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
f9ecff61a7f2736564c6a719db3e94437867d8b8bd89604dbcb2a7b4b5c25a2c
Documento generado en 10/03/2021 08:30:58 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica