



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora
OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

Providencia.	Apelación y consulta sentencia
Proceso.	Ordinario Laboral
Radicación No.	66001-31-05-004-2018-00499-01
Demandante.	Floresmiro Reyes Laguna
Demandado.	Colpensiones y Protección S.A.
Juzgado de origen.	Cuarto Laboral del Circuito de Pereira.
Tema a tratar.	Ineficacia de afiliación

Pereira, Risaralda, diecisiete (17) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Acta número 38 de 12-03-2021

Vencido el término para alegar otorgado a las partes, procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira a proferir sentencia con el propósito de resolver el grado jurisdiccional de consulta y desatar los recursos de apelación contra la sentencia proferida el 3 de septiembre del 2020 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Floresmiro Reyes Laguna** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y Protección S.A.**

Decisión que será por escrito de conformidad con el num. 1º del art. 15 del Decreto 806 de 04/06/2020 por cuanto las consideraciones que dieron lugar a dicha orden legislativa prescribieron que las disposiciones contenidas en el mencionado decreto “*se adoptaran en los procesos en curso y los que se inicien luego de la expedición de este decreto*”, dado que el mismo tan solo complementa las normas procesales vigentes con el propósito de agilizar los procesos judiciales y mientras se logra la completa normalidad para la aplicación de las normas ordinarias.

De manera liminar se reconoce personería para actuar en este asunto en los términos del poder conferido a Paula Andrea Murillo Betancur, identificada con la cédula de ciudadanía 1088307467 de Pereira y tarjeta profesional 305746, en razón a la sustitución de poder que le hiciera José Octavio Zuluaga Rodríguez representante legal de la firma Conciliatus S.A.S, acercado en esta instancia, apoderado de Colpensiones.

ANTECEDENTES

1. Síntesis de la demanda y su contestación

Floresmiro Reyes Laguna pretende que se declare la nulidad de la afiliación realizada al RAIS a través de Protección S.A. y, en consecuencia, quede en libertad de afiliarse al RPM.

Fundamenta sus aspiraciones en que: *i)* se vinculó por primera vez al Sistema de Seguridad Social en Pensiones al ISS el 16/02/1973; *ii)* desde su vinculación inicial continuó cotizando al ISS hasta el mes de marzo de 2000; *iii)* no recuerda haber firmado formulario de afiliación al RAIS – Protección S.A.; *iv)* la AFP demandada no cuenta con documento alguno que dé cuenta del asesoramiento; *v)* la pensión que alcanzaría a los 62 años en el RAIS sería de un salario mínimo, mientras que en el RPM alcanzaría un total de \$1'757.427.

Colpensiones y Protección S.A. se opusieron a las pretensiones elevadas, porque la selección del régimen de pensiones es libre y voluntaria; máxime que el traslado del demandante se había realizado bajo los requisitos legales existentes para ese momento. Protección S.A. no allegó el formulario de afiliación del demandante a dicha AFP con el acápite de pruebas.

También propusieron similares excepciones de mérito, entre otras, *“inexistencia de la obligación”, “prescripción”, “compensación”,* entre otras.

2. Síntesis de la sentencia

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira declaró *“la ineficacia del traslado que el señor Floresmiro Reyes Laguna efectuó al RAIS a través de la AFP Protección S.A.”* y en consecuencia, ordenó a la AFP que *“traslade con destino a la administradora Colombiana de Pensiones la totalidad del capital acumulado en la*

cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos financieros, bono pensional en caso de que exista, sumas adicionales de la aseguradora en caso de haberlas recibido, todos los saldos, frutos e intereses así como los gastos de administración, las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales con cargo a los propios recursos de la AFP, todas las sumas deben devolverse debidamente indexadas dentro del mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión”.

Como fundamento para dicha determinación argumentó que la AFP demandada no acreditó cuál fue la información que le entregó al demandante al momento del traslado, pues ni si quiera allegó el formulario de afiliación a dicha AFP; en consecuencia, incumplió el deber legal de información que impone la jurisprudencia, sin que el demandante hubiese confesado tal suscripción, en tanto que no recuerda haber firmado el mismo. Condenó en costas procesales únicamente a Protección S.A.

3. De los recursos de apelación

Inconforme con la decisión tanto **Colpensiones** como **Protección S.A.** presentaron recurso de alzada para lo cual la primera argumentó que en manera alguna puede realizarse el traslado pues el demandante tiene menos de 10 años para alcanzar la edad pensional, aspecto que impide su retorno al RPM; máxime que la acción incoada fue errónea pues debía solicitar la indemnización de perjuicios.

A su turno, Protección S.A. reprochó que aun cuando no cuenta con el formulario de afiliación, el demandante sí tenía conocimiento de dicho traslado. Por otro lado, adujo que no era procedente ordenar la devolución de los gastos de administración y seguro previsional, pues son descuentos autorizados por la ley. En ese sentido, tampoco había lugar a devolver los rendimientos y seguros previsionales, pues los primeros implicarían un enriquecimiento sin causa, y los segundos corresponden a pagos realizados a terceros. Por último, solicitó la exoneración de las costas procesales pues había actuado de buena fe.

4. Grado jurisdiccional de consulta

Como la anterior decisión, resultó adversa a los intereses de Colpensiones, de la que es garante la Nación, entonces se admitió el grado jurisdiccional de consulta ordenado por la a quo respecto del mismo fallo, conforme lo dispone en artículo 69 del C.P.L.

5. Alegatos

Los alegatos de conclusión presentados por todas las partes en contienda ante esta Colegiatura coinciden con los puntos de apelación presentados en primer grado, y frente a quien se surte la consulta y réplica se refieren a los temas a tratar en esta providencia.

CONSIDERACIONES

1. Del problema jurídico

Visto el recuento anterior se formula el siguiente,

¿Se probaron los supuestos fácticos para declarar la ineficacia de afiliación en sentido amplio?

2. Solución al problema jurídico

2.1. De la acción de ineficacia

2.1.1. fundamento jurídico

Según la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y a partir de la interpretación que realiza de los artículos 13 literal b) y 271 inciso 1º de la Ley 100 de 1993, cuando un trabajador se traslada de régimen pensional, con ocasión a la indebida información suministrada por parte de la AFP, entonces procede la acción de ineficacia, con el propósito de que el trabajador recobre su vinculación al régimen anterior.

Así, la aludida corporación ha presentado diferentes sub-reglas en relación con la carga probatoria, la aplicación de ineficacia a las personas amparadas o no con régimen de transición, entre otras, contenidas especialmente en las sentencias Rad. No. 31989 de 2008, SL4964-2018, SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019; sin embargo, para efectos de resolver el caso concreto que ahora concita la atención de la Sala es preciso memorar las reglas de derecho que se explicaron en la decisión SL4360-2019, M.p. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

En dicha sentencia la Corte, con respecto a las afiliaciones defectuosas al RAIS, apuntó que la ineficacia en sentido amplio refiere a todos aquellos defectos y anomalías que impiden que un negocio jurídico produzca efectos o deje de producirlos, entre las que se encuentran la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa o la ineficacia en sentido estricto.

Así, un acto jurídico será **inexistente** cuando se celebra sin las solemnidades sustanciales que la ley exige para su formación o, cuando falta alguno de los elementos esenciales. Evento en el cual ante la ausencia de uno de esos elementos el pacto no tiene vida jurídica; y por lo tanto, no produce efecto alguno.

Por su parte, la **nulidad**, ya sea absoluta o relativa, implica que al negocio jurídico le falta uno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto, según su especie y calidad o estado de las partes – elementos de validez -; de manera tal que el acto existe, pero faltándole uno de ellos el acto se encuentra viciado.

Por último, la **ineficacia en sentido estricto** implica que el acto o negocio jurídico existe y es válido, pero no produce su efecto final o queda privado de ellos por disposición legal. Así, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte *“la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto 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 esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia”*.

Puestas de este modo las cosas, las ineficacias de afiliaciones solo se abordarán bajo el prisma de la ineficacia en sentido estricto - art. 13, literal b) y art. 271 de la Ley 100/1993, si el acto que le dio origen existe y además es válido, pues de lo contrario *“cuando el afiliado no presta su consentimiento o el acto carece por completo de voluntad, en cuyo caso el asunto debe abordarse desde el campo de la inexistencia”*.

Entonces, como lo dijo la Corte, ante la ausencia de uno de sus elementos esenciales – aquellos sin los cuales el negocio no puede existir (inexistencia) -, el negocio no producirá efecto alguno.

Ante la ausencia de regulación de la inexistencia en el Código Civil y por autorizarlo el artículo 199 del C.S.T.ST, hay lugar a remitirnos al artículo 898 del Código de Comercio, que sí refiere expresamente a la inexistencia y, prescribe que “*Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales*”. Inexistencia que implica la imposibilidad de producir efecto jurídico alguno.

El elemento principal de existencia de todo negocio jurídico es el consentimiento – art. 1502 del C.C.-, su ausencia impedirá la formación del pacto. Así, tal como lo explicó la jurisprudencia en cita, si el asunto en el que se acusa un indebido traslado entre regímenes pensionales y se rememora que para que este ocurra requiere de un formulario de afiliación, entonces la ausencia del mismo evidenciará la falta de consentimiento o manifestación de la voluntad de los pactantes.

Ahora bien, dado que la ineficacia en sentido estricto como la inexistencia del negocio jurídico implican que el acto no produce efectos, entonces tanto la primera como la segunda ostentan las mismas consecuencias para garantizar la concreción del derecho trasgredido con el aparente acto.

A saber, la orden a la AFP, en la que se encuentre afiliado aparentemente el demandante, de trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, con sus respectivos rendimientos, saldos, frutos e intereses. Además, la obligación de trasladar los valores descontados por gastos de administración, cuota de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, pero estas sumas con cargo a sus propios recursos y debidamente indexadas.

Dineros que deberán ser entregados a la administradora del RPM, porque tal como lo dispuso la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la administradora está en el deber de trasladar al sistema pensional todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del trabajador, incluidos los rendimientos, si se hubieren causado, y además, de asumir las mermas sufridas en el capital destinando a financiar una eventual pensión de vejez, como consecuencia de un acto indebido de esta (Sent. Cas. Lab. SL1688-2019 y Rad. No. 31989 de 2008).

2.2 Fundamento fáctico

Auscultado en detalle el expediente aparece que el historial laboral para bono pensional de Floresmiro Reyes Laguna reporta cotizaciones desde el 16/02/1973 hasta el 31/03/2000 (fl. 119 c. 1). Por otro lado, el certificado emitido por Asofondos da cuenta de un traslado de régimen realizada el 15/03/2000 a favor de ING, con efectividad el 01/05/2000 y luego una cesión por fusión de ING a Protección efectiva desde el 31/12/2012 (fl. 120 c. 1), pero ningún formulario de afiliación fue allegado al plenario.

Luego obra el interrogatorio de parte rendido por la representante legal de la AFP Protección S.A. en el que afirmó que todos los documentos allegados al plenario son los únicos con lo que cuenta la entidad. A su vez, rindió interrogatorio el demandante en el que ninguna confesión ocurrió tendiente a aducir que sí había firmado algún formulario de traslado al RAIS o haber recibido información alguna; por el contrario esclareció los hechos de la demanda al narrar que nunca firmó documento y que conoció que había sido traslado por los descuentos de nómina que le hacían; por lo que se dirigió en varias ocasiones a la oficina de talento humano y suscribió en varias oportunidad el documento de retorno al ISS, sin que ello ocurriera en ningún momento.

A su vez, afirmó que se desplazó a las oficinas de la AFP para conocer la razón por la cual se encontraba allí afiliado sin obtener respuesta alguna, y cuando se dirigió al RPM, le informaron que no podía trasladarse porque contaba con más de 57 años.

El anterior derrotero probatorio permite evidenciar que no obra formulario que dé cuenta del traslado del RPM al RAIS. Documento imprescindible para demostrar la existencia de la voluntad de traslado (consentimiento), pues en términos de la jurisprudencia el formulario permite evidenciar que la afiliación fue libre y voluntaria, es decir, el consentimiento, aunque no para dar cuenta de que tal afiliación fue informada (SL1688-2019).

Puestas de ese modo las cosas, ante la ausencia de formulario de afiliación, que implica falta de consentimiento, entonces el traslado al RAIS, del que da cuenta la constancia de Asofondos para el 15/03/2000 (fl. 117 c. 1), es inexistente.

Ahora bien, tal como se indicó en el fundamento normativo de esta decisión los efectos jurídicos de la inexistencia del negocio jurídico implican, tal como ocurre para la ineficacia en sentido estricto, la ausencia de efectos jurídicos, y por ello el

conocimiento y paso del tiempo no saneó tal ausencia del consentimiento, aspecto que permite evidenciar el fracaso del recurso de apelación de Protección S.A. al intentar el saneamiento de tal traslado.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia, que consiste en la declaratoria de ineficacia en los términos de la corte, pues corresponde a los mismos efectos jurídicos de la inexistencia, sanción del negocio jurídico que queda incluida dentro de la ineficacia en sentido amplio, y por ello tampoco prospera la apelación de Colpensiones al aducir que la acción correspondiente era la indemnización de perjuicios.

Es así que al operar en este asunto las consecuencia de la ineficacia del traslado de régimen, en los términos expuesto por nuestra superioridad al referirse a la ineficacia en sentido amplio, no se trasgrede la norma que prohíbe los traslados entre regímenes cuando le falte al afiliado 10 años o menos para adquirir la edad para pensionarse, como lo sugiere Colpensiones, pues no se está ante un traslado sino la consecuencia de la declaratoria de la ineficacia, que como lo apuntó el órgano de cierre, implica que las cosas vuelvan a su estado anterior; por lo expuesto, se desechan los argumentos de la apelación presentada por la administradora pensional.

Conviene precisar que en cuanto a la orden de trasladar los dineros correspondientes a los gastos de administración y los rendimientos que fueron ordenados en primera instancia, la misma es acertada, si se tiene en cuenta que si el negocio jurídico que dio origen al traslado a dicha AFP no produjo efectos por la falta de consentimiento (inexistencia), por lo que no se generó la posibilidad de descontar tales emolumentos; en otras palabras, la causa generadora no existió al no ser el promotor del litigio su afiliado; razón por la cual, no se atiende el argumento de apelación en este punto.

Igual conclusión aplica para lo atinente a los valores que se descontaron orientados al pago de los seguros previsionales; máxime que este no se contempla en el RPM al tratarse de un fondo común.

En suma, ante la ausencia de consentimiento por parte del demandante para trasladarse a dicho régimen, entonces la AFP que obtuvo indebidamente su afiliación es responsable en la merma que sufrió el afiliado en su capital destinado para financiar las prestaciones económicas derivadas del sistema, con cargo de sus

propios recursos en atención al artículo 963 del C.C., aplicable por remisión del artículo 19 del C.S.T., sin que afecte en algo que los descuentos se hicieran mes a mes, ya que debe recordarse que si bien es automática la contratación del seguro previsional, éste se encuentra fundamentado en que el usuario sea afiliado del RAIS; de lo contrario, no había lugar a contratar a una aseguradora, como es en este caso.

Ahora en relación con los medios exceptivos formulados por Colpensiones, beneficiario de la consulta, hizo bien la jueza al declararlos no probados con ocasión al argumento principal aquí esbozado en la parte normativa y fáctica.

Finalmente, en lo que respecta a la imposición de costas que fue motivo de recurso de apelación de Protección S.A., estuvieron bien impuestas, pues al tenor del artículo 365 del C.G.P., que se aplica por remisión del artículo 145 del C.P.L. y de la S.S., hay lugar a su condena a cargo de quien resulte vencido en juicio, que fue lo que aquí aconteció.

Por otro lado, se compulsarán copias al Ministerio de Trabajo para que investigue la conducta de la AFP Protección S.A. en este caso, conforme lo explicado en precedencia.

CONCLUSIÓN

Conforme lo expuesto, se confirmará la sentencia. Costas en esta instancia a cargo de Protección S.A. y Colpensiones al fracasar sus apelaciones, muy a pesar de no ser Colpensiones legítimo contradictor en este asunto, al así disponerlo en numeral 1 del artículo 365 del C.G.P.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de septiembre del 2020 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Floresmiro Reyes Laguna** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones y Protección S.A.**

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la AFP Protección S.A. y Colpensiones a favor de la parte demandante, por lo explicado en la parte motiva.

TERCERO: COMPULSAR copias al Ministerio de Trabajo para que investigue la conducta de la AFP Protección S.A. en este caso, a efectos de establecer si hay lugar a imponer las sanciones establecidas en el artículo 271 de la ley 100 de 1993.

Notifíquese y cúmplase.

OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

Magistrada Ponente

Con firma electrónica al final del documento

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

Magistrado

Aclara voto

Con firma electrónica al final del documento



ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Magistrada

Sin constancia de notificación por estado de conformidad con el artículo 9 del decreto 806 de 2020.

ACLARACIÓN DE VOTO MAGISTRADO JULIO CESAR SALAZAR MUÑOZ

A pesar de que 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 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 reevaluar 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.º 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 1993, 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 los 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 explicará.

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 pudiese 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.” (Negritas 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 (Inciso
2° del artículo del Decreto 806
de 2020 y 28 del Acuerdo
PCSJA20-11567 CSJ**

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

Firmado Por:

**OLGA LUCIA HOYOS SEPULVEDA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 4 SALA LABORAL TRIBUNAL SUPERIOR PEREIRA**

**JULIO CESAR SALAZAR MUÑOZ
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 2 SALA LABORAL TRIBUNAL SUPERIOR PEREIRA
Firma Con Aclaración De Voto**

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: **3fbf8baa5a31443f38177482f414ff79c704f359b01693a94cb95fe99899236b**
Documento generado en 17/03/2021 07:11:42 AM