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

Magistrada Sustanciadora
OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

Providencia	Consulta y apelación sentencia
Proceso	Ordinario Laboral
Radicación No	66001-31-05-001-2019-00153-01
Demandante	Bibiana Pinzón Duque
Demandado	Colpensiones y Protección S.A.
Juzgado de origen	Primero Laboral del Circuito de Pereira.
Tema a tratar	**Ineficacia de traslado**

Pereira, nueve (09) de agosto de dos mil veintitrés (2023)
Aprobado en acta de discusión No. 123 del 04-08-2023

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 presentado contra la sentencia proferida el 28 de febrero de 2023 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Bibiana Pinzón** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones y Protección S.A.**

Se acepta la renuncia presentada por el doctor Miguel Ángel Ramírez Gaitán identificado con la cédula de ciudadanía número 80.421.257 de Bogotá y tarjeta profesional número 86.117 al poder general conferido por Colpensiones mediante escritura pública N° 3364 en la Notaria Novena del Círculo de Bogotá del 2 de septiembre de 2019, por cumplir con los requisitos del artículo 76 del C.G.P.

Adicionalmente, se reconoce personería para actuar en este asunto en los términos del poder general conferido por Colpensiones a la sociedad Muñoz Medina Abogados S.A.S., mediante escritura pública No. 3365 de 2019, sociedad representada legalmente por el doctor Santiago Muñoz Medina identificado con la Cédula de Ciudadanía No.16.915.453 de Cali y Tarjeta profesional 150.960.

Así mismo, se acepta la sustitución de poder que le hiciere la sociedad Muñoz Medina Abogados S.A.S. a la doctora Gloria Eugenia García Buitrago, identificada con la cédula de ciudadanía 42.016.971 de Dosquebradas y tarjeta profesional 318.480.

ANTECEDENTES:

1. Síntesis de la demanda, su contestación y crónica procesal

Bibiana Pinzón pretende que se declare la nulidad o subsidiariamente la ineficacia del acto jurídico de traslado de régimen pensional a Protección S.A. en virtud de la no suscripción del formulario de afiliación y en consecuencia, que esta AFP traslade a Colpensiones todas sus cotizaciones, saldos, aportes, bonos pensionales, junto con sus respectivos frutos e intereses y a esta última que lo acepte nuevamente como su afiliado; además, que se condene a las demandadas pago de las costas procesales.

Fundamenta sus aspiraciones en que: i) inició su vida laboral en 1991 donde se vinculó con el ISS; ii) para 1994 empezó una relación laboral con el ISS en la que continuó cotizando al sistema a través de aquella; iii) en el 2001 suscribió un contrato de trabajo adicional y simultáneo con la EPS Salud Total, en la que le informó a su empleador que su afiliación a pensiones continuaría con el ISS, iv) antes del 2003 surgió el cambio de gerente en la EPS a la que le prestaba sus servicios, donde aquel le informó que le era más conveniente trasladarse a un

régimen pensional con una administradora perteneciente al grupo económico de Salud Total; v) la actora le informó que solo accedería al traslado en salud; vi) posteriormente, solicitó el reporte de sus semanas cotizadas a Colpensiones y allí se enteró que sus aportes habían sido trasladados a la AFP ING; vii) para el año 2018 solicitó copia del formulario de afiliación del traslado de régimen pensional, del que extrajo que data del 30-09-2003 y que la firma no correspondía a la de ella; viii) explicó que al no haber asistido a capacitaciones respecto al traslado del sistema nunca recibió información sobre cada uno de los regímenes y la asesoría sobre cual le convenía más.

Colpensiones se opuso a las pretensiones elevadas, argumentando que la actora tuvo tiempo suficiente para para conocer sobre su derecho de libre escogencia del régimen pensional, las consecuencias de ello y no hizo uso de su derecho de retracto, adicionalmente que la demandante está inmersa en la prohibición de trasladarse de régimen pensional por estar a menos de 10 años para cumplir la edad de pensión.

Particularmente **Protección S.A.,** manifestó que no se oponía a las pretensiones elevadas siempre y cuando se acredite grafológicamente la falsedad material que alude; agregó que, respecto a la devolución de los rendimientos como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado, no es procedente ya que esta no es una característica del RPM.

Las demandadas que propusieron similares excepciones de mérito, entre otras, "*falta de legitimación" y "prescripción"*.

2. Síntesis de la sentencia

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira declaró la falsedad del documento formulario de afiliación identificado bajo el No. 7023726, del 20 de septiembre de 2003, consecuentemente ordenó compulsar copias a la fiscalía

general de la Nación para que adelante la respectiva investigación e impuso a la AFP Protección S.A. el pago a favor de la demandante la suma e 1º SMLMV conforme a la sanción prevista en el artículo 274 del C.G.P.

Por otro lado, declaró la ineficacia o inexistencia del traslado efectuado por la señora Bibiana Pinzón Duque al RAIS el 20-09-2003 a través de Santander, hoy Protección S.A. en consecuencia, ordenó a Protección S.A. que traslade a Colpensiones todos los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual del afiliado junto con los rendimientos financieros, además de restituir a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados los gastos de administración, primas de seguros previsionales y cuota de garantía de pensión mínima y a esta última le ordenó aceptar sin dilaciones a la actora.

También dispuso comunicar la presente decisión a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que, en caso de haber emitido el bono pensional, proceda con su anulación como lo prevé el Decreto 833 de 2016, pero, en el evento de que este se hubiere pagado se ordenó a Protección S.A., para que lo restituya a la OBP debidamente actualizado “al valor presente”, indexación que se hará con cargo a sus propios recursos.

Por último, condenó a Protección S.A. a las costas procesales a favor de la parte demandante.

Como fundamento de tal determinación, la a quo consideró que en este caso el dictamen grafológico es sólido, detallado y preciso por lo que al dictaminarse la suplantación de firma nunca existió voluntad de traslado al RAIS por parte de la demandante, siendo así dicho acto nunca surgió a la vida jurídica por lo que no surte efectos entre las partes, por lo anterior determinó que la inexistencia o ineficacia tenía como consecuencia volver las cosas al estado anterior, adicionalmente que ante la negativa de recibir información realizada por la demandante y en virtud a la

inversión de la carga de la prueba le correspondía a la AFP desvirtuarlo, sin que del interrogatorio se desprendiera alguna confesión que demostrara lo contrario.

3. Del recurso de apelación

Colpensiones solicitó revocar la decisión y para ello argumentó que el traslado se hizo de acuerdo a las normas vigentes; además, que era improcedente su retorno al RPM al no ser beneficiario del régimen de transición por edad y tiempo de servicios y tener menos de 10 años para pensionarse.

Sostuvo que la acción en este caso era la indemnización perjuicios y no la ineficacia y, por último, solicitó condenar a la AFP al pago de un cálculo actuarial equivalente al valor de la mesada pensional liquidada conforme los parámetros existentes en el RPM.

Protección S.A., centró la alzada respecto a la imposición de la sanción contenida en el artículo 274 del C.G.P., en primer lugar porque independientemente del resultado de la prueba grafológica el resultado del proceso hubiere sido el mismo al haberse hecho la negación del deber de información, esto es la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, por otro lado argumento que en materia de indemnización de perjuicios las sanciones pecuniarias en responsabilidad civil el resarcimiento surge de un daño provocado.

Aduce que existió voluntad de permanencia en el RAIS posteriormente al suscribir y confesar que, si lo hizo, el formulario que data del 13-07-2003, por lo que reparar el daño ocasionado se puede convalidar con el saneamiento de ese vicio, que se dio por la ratificación de ánimo de permanencia con la suscripción del otro formulario, adicionó que el perjuicio no se probó y que la accionante no solicitó la sanción en su escrito de demanda.

Así mismo, indicó que no se acreditó la causalidad como requisito en materia de responsabilidad ya que no demostró que quien haya sido el que infringió la ley al momento de la vinculación haya sido dependiente directo de la AFP, así como tampoco demostró la imputación de la responsabilidad ni el daño causado.

4. Grado jurisdiccional de consulta

Como la anterior decisión, resultó adversa a los intereses de Colpensiones, de la que es garante la Nación, se admitió el grado jurisdiccional de consulta en esta instancia, conforme el artículo 69 de la CPTSS.

5. Alegatos

Los presentados por Colpensiones y Protección S.A. guardan relación con los temas a tratar en esta providencia.

CONSIDERACIONES

1. **Del problema jurídico**

Visto el recuento anterior se formula los siguientes,

1.1 ¿Son procedentes las consecuencias jurídicas impuestas a Colpensiones respecto de la declaratoria de ineficacia o inexistencia de la afiliación contemplada en el literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100/1993, pretendida por la parte activa de la *litis,* con las consecuencias que ella apareja*?*

1.2 ¿Es procedente la condena impuesta en virtud de la aplicación a la sanción prevista en el artículo 274 del C.G.P. respecto a la declaratoria de suplantación de firma del formulario de afiliación?

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, esto se abarcaría desde la figura jurídica de la ineficacia en sentido estricto pues deviene de la falta de información.

Ahora, la corte en sentencia SL4237-2022 ha explicado que la figura de la ineficacia se abarca desde su sentido “estricto” o “lato”, el primero de estos como se dijo anteriormente, deviene de la falta de información al momento de la vinculación, pero la ineficacia en sentido lato se refiere a los defectos del acto que impiden sus efectos se materialicen, siendo así abarca las figuras de la nulidad y la inexistencia de acto jurídico y es que se hace necesario aclarar que las tres figuras jurídicas difieren entre sí.

Centrándonos en la figura de la inexistencia, es aquella que impide que el acto jurídico nazca a la vida jurídica por ausencia de alguno de sus elementos naturales tales como 1) la declaración de voluntad, es decir el consentimiento y 2) las falta de formalidades que se exijan dependiendo cada negocio jurídico “ad substantiam actus”; es entonces claro que la omisión de la voluntad de celebrar el negocio jurídico impide que este nazca a la vida jurídica, situación que es diferente a la ineficacia en estricto sentido, pues esta última si nace a la vida jurídica pero el acto no debe surtir efectos; dicho la anterior es claro que si bien las figuras que atacan

el acto jurídico son diferentes, ambas devienen en la misma consecuencia y esta es la no materialización de los efectos jurídicos y por ende retrotraer las cosas al estado anterior, pronunciamiento reiterado recientemente en sentencias SL3917-2022 y 610-2023.

A su vez, la alta corporación ha formulado sub-reglas en relación con la carga probatoria, la aplicación de ineficacia a las personas amparadas o no con régimen de transición, entre otros temas, contenidas especialmente en las sentencias Rad. No. 31989 de 2008, SL4964-2018, SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, y que ha ratificado en los años siguientes, como se concreta en los siguientes razonamientos:

1. Tipo de acción que de que se trata: Cuando se expone en los hechos de la demanda la indebida o **falta de información** ofrecida a una persona al momento de cambiarse de régimen pensional, tal supuesto fáctico no se debe abordar desde la institución de la nulidad del acto jurídico del traslado, sino de la ineficacia del mismo con base en los artículos 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. **En ese sentido, la única sanción posible ante una afiliación desinformada es la ineficacia, figura que excluye de efectos el acto jurídico del traslado, y en tanto que nunca se produjo efecto alguno, entonces tampoco es posible sanearla por el paso del tiempo, como ocurre con las nulidades.**

De allí que, tratándose de la institución de la ineficacia y no de la nulidad, carece de aplicación la figura de la "*prescripción*" prevista en el artículo 1750 del C.C.; máxime que la acción de ineficacia es imprescriptible en la medida que tiene como propósito que se compruebe un hecho o se reconozca un estado jurídico, que no prescriben; contrario a los derechos y obligaciones que se derivan de su declaratoria, que sí prescriben; por lo tanto, los interesados pueden solicitar en cualquier tiempo que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, que además contiene un

derecho a la seguridad social que es irrenunciable por orden constitucional – art. 48 de la C.N. - y por ello, el paso del tiempo en modo alguno elimina la posibilidad de acudir a la vía judicial.

2. Cumplimiento del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Es un deber que es exigible a las AFP desde la creación de estas entidades, 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.

Concretamente frente al deber de información la pluricitada Corte Suprema desde el 09/09/2008 en radicado 31989 indicó que:

"La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad (…) En estas condiciones el engaño, no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada".

Luego, en decisión SL19447-2017 adujo que "*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".*

Por último, en la sentencia SL-1688-2019 se sintetizó tal deber de información hasta antes del año 2009, como aquel en el que debe darse 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 este.

Al punto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia adujo que el deber de información es exigible téngase o no un derecho consolidado, un beneficio transicional, se esté próximo o no a pensionarse; dado que la violación del deber de información se predica frente a *"la validez"* del acto jurídico de traslado.

3. Frente a la negación indefinida y carga de la prueba: 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 sí se brindó la información que correspondía se traslada a la AFP.

4. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia: Acreditada la falta de consentimiento informado corresponde declarar la ineficacia del traslado y como consecuencia de ello, para efectos de la concreción de los derechos pensionales reclamados, se debe imponer a la AFP en la que se encuentre afiliado la parte demandante la obligación de trasladar la totalidad del capital ahorrado "*junto con los rendimientos financieros, frutos e intereses*", "*sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, comisiones, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales".*

Asimismo, deberá devolver con cargo a sus propias utilidades los gastos de administración, comisiones, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, debidamente indexados (SL 2877 de 2020 M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL2001 de 2021, SL 3477 de 2021, SL3571 de 2021).

De manera puntual, sobre las comisiones, recientemente la Sala de Casación Laboral Permanente de la Corte Suprema de Justicia, señaló que al declararse la ineficacia las cosas vuelven a su estado anterior, de ahí que la Administradora tiene que asumir el deterioro del bien administrado que no se hace de manera gratuita sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño, las cuales se descuentan de la cotización y del ahorro y que se encuentra autorizada al tenor del artículo 104 de la Ley 100 de 1993 subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 en concordancia con el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 que reza: "*los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente ley".* Obligación que no solo recae sobre la AFP a la que se le declaró la ineficacia, sino también sobre las AFP en las que el demandante haya estado afiliado.

Al punto es preciso advertir que aun cuando el artículo 1746 del C.C. hace parte del título correspondiente a la nulidad, lo cierto es que la jurisprudencia ha desentrañado que sus consecuencias prácticas son las mismas de la ineficacia, porque "*el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo*

invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás" (SL1688-2019 y SC3201-2018).

6. Frente a los actos de relacionamiento: La Sala de Casación Laboral Permanente de la Corte Suprema de Justicia expuso esta teoría en la sentencia SL413 de 2018, en un caso a través del cual se solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes del cónyuge supérstite y, en la que se estudió si por el solo hecho de la suscripción del formulario se podía entender la afiliación al sistema, toda vez que antes del fallecimiento del cónyuge se había traslado a una AFP, pero ninguna cotización realizó a dicha entidad.

En esa oportunidad la Corte dijo que "***en casos como el presente, donde se discute la materialización del acto jurídico de la afiliación o traslado"*** (negrilla fuera del texto original) los aportes al sistema toman mayor relevancia, no como un requisito ad substantiam actus, sino como "*una señal nítida de la voluntad del trabajador cuando existan dudas razonables sobre su genuino deseo de cambiarse de régimen*"; de ahí, que en materia de seguridad social se analice con mayor detalle la "*intención real del trabajador*" por encima de las formalidades.

Continúo diciendo que no solo los aportes son la única expresión de la voluntad, sino que también pueden serlo las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros actos de relacionamiento que permiten evidenciar esas acciones concretas del afiliado que demuestran su adherencia al régimen y la voluntad inequívoca de permanecer en él; es decir, que haya correspondencia entre la voluntad del afiliado y la acción que ejecuta, que no quede duda de que la realidad "*sea un reflejo de lo que aparece firmado, de modo tal que no quede duda del deseo del trabajador de pertenecer a un régimen pensional determinado".*

Además, "*La afiliación -concretada mediante el diligenciamiento, firma y entrega del formulario- es un requisito legal vigente de acceso a las prestaciones del Sistema General de Pensiones. Ocurre, sin embargo, que hay eventos debatibles que presentan ciertas oscuridades que deben ser clarificadas mediante la aplicación del principio de la realidad sobre las formas y la interpretación actualizada de las normas jurídicas conforme a los parámetros constitucionales, lo cual, desde luego, no es un desafuero de la justicia sino una expresión de su deber de «garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución» (art. 2 CP)".*

Ahora, el Magistrado Gerardo Botero Zuluaga de la Sala Permanente de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL5205 de 2022 al revisar una ineficacia de la afiliación, en la que el Tribunal aplicó la teoría de actos de relacionamiento, señaló que tal postura era contraria a lo expuesto desde vieja data – rad. 31989 de 09-08-2008 – **en la medida que, una vez acreditada la ineficacia, el acto no se torna en eficaz por el solo hecho de que se produzcan traslados horizontales entre administradoras,** siendo enfática la Corte en indicar:

"*Por lo tanto, la Sala insiste y reitera que el solo hecho de que el afiliado se traslade en varias oportunidades dentro del RAIS, no puede convalidar, ni suplir el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP al momento del traslado inicial y los traslados posteriores, así como tampoco resulta ser evidencia de que el afiliado fue informado debidamente en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia y, menos aún puede considerase que dicha circunstancia modera las consecuencias que ello supone en la eficacia del acto jurídico celebrado; todo esto bajo el contexto de que en el proceso quede por establecido que efectivamente el demandante no fue debidamente informado".*

Por lo que corrigió cualquier otro criterio vertido en ese sentido, en especial, el contenido en las sentencias SL3752 de 2020, SL4934 de 2020, SL1008 de 2021, SL 1061 de 2021, SL2439 de 2021, SL2440 de 2021 y SL2753 de 2021, "*por no*

encajar en la línea de pensamiento de la Sala de Casación Laboral permanente, única constitucionalmente facultada para unificar la jurisprudencia del trabajo y de la seguridad social".

Entonces, se reitera, los traslados horizontales entre administradoras no son suficientes para establecer que la asimetría de la información se superó, pero pueden existir otros actos que sí demuestren la verdadera intención del afiliado de permanecer en el RAIS, pero, en todo caso, se debe analizar si esa asimetría de la información desapareció o si por el contrario no fue superada con los actos que pudo exteriorizar el afiliado.

2.2 Presupuestos para la imposición de la sanción prevista en el artículo 274 del C.G.P.

El artículo 274 del C.G.P. al cual se remite por expresa autorización del artículo 145 del C.P.T.S.S., establece que "*Cuando la tacha de falsedad se decida en contra de quien la propuso, se condenará a este a pagar a quien aportó el documento el valor del veinte por ciento (20%) del monto de las obligaciones contenidas en él, o de diez (10) a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv) cuando no represente un valor económico. La misma sanción se aplicará a la parte que adujo el documento a favor de la que probó la tacha.*

Cuando el apoderado judicial formule la tacha sin autorización expresa de su mandante, será solidariamente responsable del pago de la suma a que se refiere el inciso anterior y de las costas.

Las mismas consecuencias se aplicarán a la parte vencida y, en su caso, a su apoderado judicial, en el trámite de verificación de autenticidad del documento desconocido. *Tratándose de documentos emanados de terceros, la sanción solo procede cuando esté acreditada la mala fe de quien desconoce el documento y, en su caso, de su apoderado."*

Para desarrollar lo anteriormente expuesto se trae a colación que la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 4593-2020, en un asunto de similares connotaciones en el que se declaró la inexistencia del traslado de régimen pensional derivado de la ausencia de voluntad para dicho acto jurídico por nacer de la falsedad de la firma puesta en el formulario de afiliación, se dio aplicación a la sanción antes mencionada, para lo cual la Honorable Corte expuso que se debe "*imponer dicha carga con criterios eminentemente objetivos, solamente atendiendo la no prosperidad de la tacha en reflexión*.", para lo anterior mencionó que es equivalente a la imposición de costas procesales, esto es que son una obligación procesal dirigida contra el patrimonio de la parte vencida que se otorga en favor del vencedor como un reintegro de los gastos incurrido en el proceso, reiterando el carácter objetivo que tienen diferenciándolo de la temeridad que no es necesaria para su aplicación, así lo recordó mencionando la sentencia CSJ SL, 13 sep.2011, rad. 38216.

2.3. Fundamento fáctico

2.3.1 Ineficacia

Auscultado en detalle el expediente aparece probado que Bibiana Pinzón Duque nació el 21-08-1965 (pág. 1-2 del archivo 04 del c. 1) y que se afilió al RPM el 09-06-1992 según consta en la historia laboral allegada por Colpensiones, (pág. 28 del archivo 21 del c. 1), por lo que para el 1-04-1994, data en que la demandante laboraba de manera dependiente con el Hospital Universitario San Jorge, tenía 27 años 4 meses y 21 días de edad y un total de 77,29 semanas, por lo que no era beneficiaria del régimen de transición.

Igualmente se demostró que la actora nunca firmó formulario de afiliación para pensión, en tanto que la rúbrica impuesta en el que da cuenta del traslado al RAIS a través de Santander, hoy Protección S.A. de fecha 01-11-2003 (sic), con número 7023726, cuya fecha correcta es 20-09-2003 (folio 169) no fue impuesta por ella, al no presentar identidad gráfica, como lo concluyó el dictamen grafológico del Instituto

Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses No DROC-GRDOF-0000012-2022 (Archivo 65).

El único formulario firmado por la actora es el de aportes voluntarios el 13-07-2001, que es insuficientes para acreditar que tuvo la voluntad de afiliarse al RAIS, dado que es anterior al supuesto traslado; sin que se pueda valorar el formulario denominado afiliación a cesantías suscrito el 24-09-2003 al estar incompleto; pero en todo caso, esta afiliación difiere de la de pensión; situación que confirmó la actora en el interrogatorio de parte, al aceptar que sí firmó los documentos que se le pusieron de presente en la diligencia atinentes a la afiliación de cesantías y aportes voluntarios, sin que recuerde haberlo hecho.

Ahora, como nunca firmó formulario de afiliación al RAIS, lo que se sigue, en razón al principio de no contradicción, es que la AFP no pudo cumplir con el deber de brindarle alguna información en los términos referidos por nuestra superioridad; esto es, una 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 este.

De manera clara dijo la actora en su interrogatorio de parte que para el 2001 se vinculó laboralmente con Salud Total, momento en el que informó que deseaba continuar con su afiliación al ISS, y así se corrobora con su historia laboral; posteriormente dicha entidad cambio de gerente, que recomendó a la accionante afiliarse a un régimen pensional que hiciera parte del grupo económico de la empleadora, accediendo solamente trasladarse en salud, pero no en pensiones. Percatándose de su afiliación al RAIS hasta el año 2018 cuando decidió averiguar en Colpensiones sobre las semanas cotizadas.

Así ante la inexistencia de la afiliación no es posible convalidación alguna a pesar de la permanencia de la actora por tantos años en el RAIS como lo pretende

Protección, al no ser aplicable esta figura en tanto nunca emitió consentimiento al respecto.

De lo anterior, se concluye, que la AFP omitió dar información alguna a la accionante con el fin de que tomara una decisión razonada; dando a conocer las diferentes alternativas y efectos que acarreaba el cambio de régimen, así como las implicaciones de trasladarse, todo lo anterior en ejercicio del deber de información y buen consejo que les asiste a las entidades administradoras, pues en este asunto se acreditó que la demandante nunca firmó formulario de afiliación al RAIS.

Lo expuesto es suficiente para confirmar la decisión de primer grado, pero se modificará para declarar solo la INEXISTENCIA del traslado del RPM al RAIS; y se adicionará para ordenarle a la AFP que al momento del cumplimiento de la orden prevista en el numeral tercero tales valores deberán aparecer discriminados con sus respectivos montos, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

No siendo otra la acción a estudiarse en este asunto, como lo apuntó de manera categórica el órgano de cierre de esta especialidad; ineficacia que en este asunto en sentido lato, que tiene cabida para quienes tengan o no un beneficio transicional, en tanto, el objeto de la presente acción es verificar si en el acto jurídico de traslado hubo voluntad de afiliación por parte de la actora; además, debe recordarse que como lo dijo la Corte, la única sanción posible ante una afiliación carente de consentimiento o voluntad como elemento general del acto es la inexistencia del mismo la cual se desarrolla como ineficacia en sentido lato, por lo que no prospera la apelación de Colpensiones.

Sin que la decisión adoptada en primera instancia transgreda la prohibición de traslado de régimen cuando falten 10 o menos años para alcanzar la edad para pensionarse, pues se dispuso el retorno al RPM como consecuencia de la inexistencia por cuanto no produce efectos el traslado al RAIS, ya que nunca existió

o nació a la vida jurídica ante la carencia de voluntad de quien lo suscribió; en consecuencia, salen infructuosos los argumentos de la apelación de Colpensiones pues no hay lugar a su desarrollo.

En relación con el bono pensional tipo A modalidad 2 (que se causan con 150 semanas cotizadas al ISS o caja o cualquier fondo de previsión social una vez se traslade el afiliado al RAIS), se desprende de la historia laboral de Protección S.A. que el mismo se causó en tanto la accionante para la data de su traslado tenía más de 150 semanas de cotización, por lo que en este caso había lugar a ordenar su anulación a la OBP, en tanto que, su pago se debe realizar dentro del mes siguiente a la fecha redención del mismo al tenor del artículo 17 del Decreto 1748 de 1995, que en este evento lo es para el 21-08-2025; por lo que se confirmará la sentencia en este sentido.

De otro lado, en lo que respecta a la condena que solicita Colpensiones se imparta a las AFP -pago de un cálculo actuarial-, resulta extraña dentro del marco de las pretensiones de la demanda, las excepciones propuestas, la fijación del litigio y el derecho de defensa de las AFP, por lo que escapa a la competencia de esta Sala en esta oportunidad.

Ahora, en relación con los medios exceptivos formulados por Colpensiones, beneficiario de la Consulta, hizo bien la jueza al declararlos nos probados con ocasión al argumento principal aquí esbozado en la parte normativa y fáctica, sin que sobre reiterar que esta acción es imprescriptible en los términos que expuso nuestra superioridad y que atrás se explicó.

3.1.2 Tacha

Ahora, respecto a la sanción impuesta a Protección S.A. ante la prosperidad de la tacha propuesta por la parte actora frente al documento de afiliación inicial al RAIS, no es posible su exoneración al ser objetiva al tenor del artículo 274 del C.G.P.; por

lo que solo requiere demostrarse la prosperidad o no de la tacha; es similar a la condena en costas como lo dijo nuestra superioridad y se impone a la parte vencida, sin requerir acreditación del daño, causa y responsabilidad.

Sanción deviene de la ley por lo que se impone de oficio aun a falta de petición, por lo anterior se confirmará en este punto la sentencia recurrida.

CONCLUSIÓN

A tono con lo expuesto se confirmará la sentencia con la modificación y adición que se mencionaron atrás.

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones en virtud del numeral 1 del artículo 365 del CGP aplicable por remisión del artículo 145 del CPTSS al fracasar su recurso.

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: MODIFICAR el numeral quinto de la sentencia proferida el 28 de febrero de 2023 por el por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Bibiana Pinzón** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones y Protección S.A.,** para en su lugar declarar la INEXISTENCIA del traslado del traslado de régimen pensional del 20-09-2003.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral sexto de la sentencia para ordenar a la AFP Protección SA que al momento del cumplimiento de la orden que allí se da discrimine los respectivos montos, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada**.**

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS en esta instancia a Colpensiones y Protección S.A. a favor del demandante.

Notifíquese y cúmplase.

Quienes integran la Sala,

OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA
Magistrada Ponente
Aclaro Voto
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
Con firma electrónica al final del documento

Ordinario Laboral
Rad. 66001-31-05-001-2019-00153-01
Bibiana Pinzón Duque vs. Colpensiones y Protección S.A.

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

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

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

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

Además, en la exposición de motivos de la Ley 100/93 se señaló que el origen de esta norma devenía, entre otros, para ofrecer alternativas diferentes a los trabajadores colombianos en materia de pensiones, y por ello se creó el Sistema de Ahorro Pensional basado en la capitalización individual de las contribuciones de los trabajadores y empleadores, todo ello en razón a los nuevos mandatos constitucionales – art. 48 C.Po. – y la apertura económica que acaecía para la época, a través de la cual se permitió a particulares prestar servicios públicos; por lo que, resultaba desacertado interpretar que el legislador en el literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100/93 cuando se refiere al empleador

o cualquier persona natural o jurídica, incluyó **tácitamente** a la AFP, pues de haber querido regular su comportamiento, explícitamente lo hubiera incluido como infractor de tal norma, pero no lo hizo.

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

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

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

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

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

En estos términos aclaro mi voto,

Sin necesidad de firma (Inciso 2° del artículo del Decreto 806 de 2020 y 28 del Acuerdo PCSJA20-11567 CSJ

OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

Magistrada

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 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. <u>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</u>

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 (Inciso 2° del artículo del Decreto 806 de 2020 y 28 del Acuerdo PCSJA20-11567 CSJ

Ordinario Laboral
Rad. 66001-31-05-001-2019-00153-01
Bibiana Pinzón Duque vs. Colpensiones y Protección S.A.
JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

Firmado Por:

Olga Lucia Hoyos Sepulveda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 004 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Julio Cesar Salazar Muñoz
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda
Firma Con Aclaración De Voto

Ana Lucia Caicedo Calderon
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 001 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

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: d0077ea24ee2bd37356f6f201e7c025a6a890e75ea390fd6918cca37f934bca3
Documento generado en 09/08/2023 10:20:27 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica