



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

Magistrada Sustanciadora
OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

Providencia	Apelación sentencia
Proceso	Ordinario Laboral
Radicación No	66001-31-05-003-2018-00123-02
Demandante	Eugenio Henao Montoya
Demandado	Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A.
Juzgado de origen	Tercero Laboral del Circuito de Pereira.
Tema a tratar	Ineficacia de traslado

Pereira, Risaralda, veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)
Acta de discusión No. 154 del 29-09-2023

En cumplimiento de la orden proferida el 06 de septiembre del 2023 por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia a través de la sentencia de tutela radicada al número 71492, STL-9790-2023, se procede a proferir nueva decisión para resolver el recurso de apelación contra la sentencia proferida el 13 de octubre de 2021 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido **Eugenio Henao Montoya** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A.**

ANTECEDENTES:

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

Eugenio Henao Montoya pretende que se declare la nulidad del traslado a Protección S.A. el 21-10-1998 y, en consecuencia, que la afiliación válida de él es la del RPM hoy administrado por Colpensiones. De manera subsidiaria, solicitó se declare la inexistencia del contrato de afiliación o su ineficacia respecto de Protección S.A. el 21-10-1998.

En consecuencia, que se condene a Protección S.A. a trasladar todos los aportes que efectuó él al RAIS junto con los rendimientos financieros; así como el pago de la diferencia entre los aportes que debió realizar en el RPM y los que efectuó en el RAIS.

Por último, que se condene en costas procesales a la parte demandada.

Fundamenta sus aspiraciones en que: i) el 12-03-1987 se afilió al ISS; ii) el 21-10-1998 suscribió formulario de afiliación a Protección S.A., pero dicha entidad no le indicó las ventajas y desventajas del cambio de régimen ni las implicaciones que ello traería; iii) ante la falta de información él hizo aportes voluntarios “(...) *sin saber (...) se pueda pensionar anticipadamente, y eso sin que se le indicara si la mesada pensional iba a ser superior o igual a la de COLPENSIONES*” (sic); iv) su mesada pensional en el RAIS a la edad de los 62 años sería de \$1´094.693 mientras en el RPM ascendería a \$3´089.756 con un IBL de \$4´811.956 y una tasa de reemplazo del 64.2%; v) para le época del traslado tenía cotizadas 297 semanas; vi) la AFP no le indicó la edad mínima ni el saldo que debía de tener para una pensión anticipada.

Tanto **Colpensiones** como **Protección S.A.** se opusieron a las pretensiones elevadas, porque el accionante firmó de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación al RAIS. Colpensiones dijo que no era procedente el regreso del actor al RPM al estar a menos de 10 años para pensionarse y la AFP agregó que tampoco procedía su retorno a dicho régimen al no contar al 01-04-1994 con 15 años de servicio; además, precisó que el traslado del actor lo fue el 27-06-1994 efectivo el 01-07-1994.

También propusieron similares excepciones de mérito que denominaron “*buena fe*” y “*prescripción*”; entre otras.

2. Crónica procesal

Mediante auto del 05-09-2019 el Juzgado Tercero Laboral del Circuito ordenó la vinculación de Porvenir S.A.; entidad que contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de ella al estimar que el actor firmó de manera libre y voluntaria la afiliación; además, que al estar a menos de 10 años para pensionarse y no ser beneficiario del régimen de transición, era imposible su retorno al RPM y agregó que aquel se trasladó el 24-05-1994 efectivo el 01-06-1994. Propuso entre otras excepciones la “prescripción” y “buena fe”.

3. Síntesis de la sentencia

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira dispuso “(...) *declarar que el traslado de régimen pensional que efectuó el señor EUGENIO HENAO MONTOYA no se puede declarar ineficaz*” y, en consecuencia, negó las pretensiones de la demanda, condenando al demandante al pago de las costas procesales.

Para arribar a dicha determinación, la jueza consideró que en este caso si bien las AFP no demostraron, como era su deber legal, la información que le suministraron al accionante al momento del traslado, con el oficio que resolvió la multivinculación de aquel a favor de la AFP Protección S.A., el traslado horizontal y la reasesoría junto con la proyección pensional era claro que su permanencia en dicho sistema obedeció a la intención inequívoca de él de estar en el RAIS, pues en el documento denominado – reasesoría - de manera clara el asesor le informó que no le convenía estar en el RAIS, pero él de su voluntad marcó que se quedaba con Protección S.A., memorial que no fue tachado por aquel de falso ni desconoció la información que allí se plasmó, por lo que aquí se dieron actos de relacionamiento que conllevan a

que se nieguen las pretensiones de la demanda; sumado al hecho que en su interrogatorio se apreciaron manifestaciones que dieron sobre el conocimiento que tenía él frente a los dos regímenes.

4. Del recurso de apelación

La parte actora solicitó revocar la decisión y para ello argumentó que existió una indebida valoración probatoria, pues de los documentos aludidos por la *a quo* ninguno de ellos permite evidenciar la información en los términos que tiene decantada nuestra superioridad, ya que si bien no desconoce que le dieron una reasesoría junto con la proyección pensional, también es cierto que esos datos consignados no le fueron explicados ni le indicaron de las implicaciones que tendría de no hacerlo, por lo que al no haberse probado la información que le suministraron al momento del traslado, lleva indefectiblemente a la declaratoria de la ineficacia.

5. Alegatos

Los alegatos de conclusión presentados por las partes coinciden con los puntos a tratar en este asunto.

CONSIDERACIONES

1. Del problema jurídico

Visto el recuento anterior se formula el siguiente,

¿Se probaron los supuestos fácticos para declarar la ineficacia de afiliación contemplada en el literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100/1993, pretendida por

la parte activa de la *litis* o por el contrario se demostraron actos de relacionamiento que impiden su declaratoria?

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.

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, SL1689-2019 y SL1949 de 2021 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-1949-2021 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.

Ahora, frente a las **reasesorías**, según la Corte tampoco alcanzan para dar por cumplido el citado deber de información porque *“la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información”*.

3. Frente al formulario de afiliación: El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para darle eficacia al acto del traslado, pues ello no da cuenta de que haya sido, como se requiere en estos eventos, precedido de un *“consentimiento informado”*. Así, en palabras de la corte *“la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado”* (SL1688-2019).

A su vez, la aludida Corte en decisión SL19447-2017 señaló que: *“en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la*

decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario”.

4. 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.

5. 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).

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).

2.1.2. Fundamento fáctico

Auscultado el expediente, se tiene que el señor Eugenio Henao Montoya nació el 17-09-1959 (página 1 del doc.03 del C.01) y estuvo afiliado al RPM a través del ISS a partir del 12-03-1987, como da cuenta la historia laboral de la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (página 103 del doc. 01 del c. 1); por lo que para el 01-04-1994 tenía 34 años, 5 meses y 17 días y un total de 285,71 semanas cotizadas, por lo que no era beneficiario del régimen de transición.

Luego, se trasladó al RAIS a través de Colpatria hoy Porvenir S.A. el 24-05-1994, efectivo el 01-06-1994, después se pasó a Protección S.A. el 27-06-1994, efectivo el 01-07-1994; posteriormente, firmó nuevamente formulario de afiliación a Protección S.A. el 21-10-1998, como dan cuenta los formatos de afiliación y el certificado de Asofondos (pág. 49 del doc. 01, pág. 01 del doc. 02 y pág. 47 del doc. 23 del índice electrónico del c. 1).

Obra también documento denominado “Reasesoría pensional” donde le entregaron una proyección pensional en la que aparece de acuerdo al salario que estaba devengado para esa época - \$2´300.000 – que su mesada pensional en el RAIS

para cuando arribara a la edad de 62 años sería de \$1´374.918 mientras que en el RPM ascendería a \$1´664.115 bajo la Ley 100 de 1993 (páginas 25-28 del doc. 17).

De otro lado, se tiene el interrogatorio de parte del señor Eugenio Henao Montoya en el que manifestó que laborando para la empresa Iván Botero Gómez el jefe de recursos humanos reunió a todos los trabajadores y les pasó un formato para suscribir, él lo firmó y al cabo de unas semanas fue un asesor de Protección S.A. y en compañía del Gerente les dio una charla en el que les informó que el ISS se iba acabar y que era mejor trasladarse porque allí la mesada pensional sería mayor al salario que devengaban y que la misma podría ser heredable; así mismo, le hicieron unas proyecciones en un tablero que él no entendió pero que los valores que aparecían allí eran muy buenos; entonces, él por su situación personal al tener a cargo unos hermanos inválidos le pareció buena idea que pudieran heredar esos dineros, además del monto de lo que le estaban diciendo por eso se trasladó, pero, que él no sabía que el formato que inicialmente suscribió fue de Colpatria hoy Porvenir S.A. y que luego se percató que a él lo habían hecho signar dos formularios diferentes.

Señaló que estando en otra empresa un asesor de Protección S.A. fue hasta su oficina y en un espacio de 20 minutos le dio una reasesoría, en la que le entregó unos documentos que contenían una proyección de su mesada pensional, le explicó la proyección y él vio **ese valor y pensó que cuando saliera de trabajar se iba a equiparar a su salario actual y que tendría una mejor pensión**, por lo que no le dio importancia a lo que le estaban suministrando y decidió quedarse en Protección S.A.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sede de tutela (STL 9790-2023) adujo que de dicho interrogatorio de parte no se extrae una verdadera certeza a “mutuo propio” (sic) de permanecer afiliado al RAIS, así como que de manera contraria el actor aseguró no haber entendido y que 20 minutos no es tiempo suficiente para determinar a cuál régimen pensional le convenía estar; en el mismo

sentido la Sala Laboral advirtió que de lo plasmado en el documento denominado reasesoría distaba de lo manifestado en el interrogatorio de parte y le correspondía a la AFP desvirtuarlo, cosa que no ocurrió, mucho menos se evidencia del mentado documento que la administradora facilitara la información necesaria para saber si le convenía o no el traslado.

A demás concluyó que, la pretensión de la ineficacia no se debe estar sometida a si el actor recibió o no una reasesoría.

Por lo anteriormente expuesto, la reasesoría no demuestra que al demandante le fueron explicados las implicaciones de su decisión respecto al régimen pensional, por lo que se le da la razón en dicho aspecto al recurrente.

Frente al formulario de afiliación, se advierte que como lo tiene dicho nuestra Superioridad la sola suscripción del mismo no permite inferir la información que recibió el afiliado al momento del cambio de régimen pensional; de ahí, que inexorablemente le corresponde a las AFP demostrar esos elementos de juicio que suministraron a su potencial afiliada para que esta escogiera lo que mejor le convenía, por lo que fracasa este argumento de la impugnación.

De otro lado, se allegó documentación atinente a su historia laboral tanto de Porvenir S.A. y Protección S.A; piezas procesales que son insuficientes para dar por demostrado el deber de información idónea y completa que se requería entregar al potencial afiliado acerca de las implicaciones del cambio de régimen pensional; esto es, con sus características, condiciones, riesgos, consecuencias, para así acreditar una asesoría diligente y cuidadosa en la entrega de información y buen consejo.

En este orden de ideas, la parte demandada no cumplió con la carga de demostrar que le brindaron a la parte actora la información suficiente respecto a lo que más le convenía, a fin de que tomara una decisión razonada; dando a conocer las

diferentes alternativas y efectos que acarrea 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, así sale adelante el argumento expuesto por el demandante frente al incumplimiento del deber de información, el cual estaba en cabeza de las AFP probar pues al tratarse de una negación indefinida la carga de la prueba se invirtió competiéndole a éstas administradoras demostrar que si cumplieron con el deber de información exigido a las AFP incluso desde el momento de su creación, quedando igualmente resuelta la excepción propuesta por las AFP respecto a la validez o eficacia de la afiliación.

Frente a las excepciones de mérito propuestas por Porvenir S.A. consistente en la imposibilidad de devolver los emolumentos como los seguros previsionales y cuotas de administración se advierte que las mismas, así como las cuotas de garantía de pensión mínima, son una consecuencia directa de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, institución a la que le es aplicable el artículo 1746 del C.C., que se ocupa de las restituciones mutuas y por ello se debe **devolver todo aquello que se recibió con ocasión al negocio jurídico, el cual nunca produjo efectos**; estudio que debe de hacerse de oficio por el juzgador en todas las especialidades y, por ende, proceder así a garantizar la sostenibilidad financiera, sin que genere una sanción a la AFP pues como lo dijo nuestra superioridad en sentencia SL1017 de 2022, tales sumas de dinero desde el nacimiento del acto ineficaz debieron ingresar al RPM, y por ende, eliminados los efectos del acto las cosas deben volver al estado como si el negocio no se hubiera celebrado y de ahí **se garantiza la sostenibilidad financiera**, pues se itera el dinero recibido por la AFP, es entregado a Colpensiones, para que a partir de este se puedan financiar las prestaciones que reconoce dicho régimen, mismos argumentos que se contraponen a la excepción de compensación y pago propuestas por la misma AFP que se entiende está dirigido a que no tienen obligación de devolver suma alguna; por lo expuesto no están llamadas a prosperar dichas excepciones.

Y, de cara a las excepciones de prescripción y saneamiento de la nulidad propuesta por las demandadas ha decantado la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral que en los asuntos donde se pretende la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional no se puede afectar por el transcurso del tiempo, en la medida que la exigibilidad judicial de la seguridad social y dentro de ésta, del derecho a la pensión implica la posibilidad de solicitarlo en todo tiempo dado que el derecho a la seguridad social es irrenunciable y aunado a ello se trata de una pretensión meramente declarativa (CSJ SL2884- 2021), de ahí que sea imprescriptible; igualmente, tal situación sustenta la imposibilidad de pretender el “saneamiento de una eventual nulidad relativa”, en tanto la institución jurídica del presente asunto corresponde al de la ineficacia del traslado del régimen pensional y no al de la nulidad de ese acto jurídico, siendo así la acción mencionada no puede ser saneada por el paso del tiempo como consecuencia de la institución de la nulidad; por lo dicho no prosperan estos medios exceptivos.

Las restantes excepciones también se declararán no probadas con fundamento en los argumentos que sustentan la revocatoria de esta sentencia.

En suma, lo expuesto es suficiente para revocar la decisión de primera instancia para en su lugar declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante del RPM al RAIS a través de Colpatria, hoy Porvenir S.A. el 24-05-1994, efectivo el 01-06-1994, e igualmente del posterior hacia Protección S.A. el 27-06-1994, efectivo el 01-07-1994; en consecuencia, se ordenará a esta última AFP a trasladar a Colpensiones todas las cotizaciones, rendimientos financieros, valores que deberán aparecer discriminados con sus respectivos montos, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Entonces, se declarará que el demandante siempre ha estado afiliado al régimen de prima media, sin solución de continuidad, como si nunca hubiere estado afiliado al régimen de ahorro individual, en consecuencia, se ordenará a **Colpensiones** que procede a activar la afiliación de la demandante en el RPM y a esta a recibir las sumas trasladadas por las AFP.

Igualmente, se condenará a Protección S.A. y Porvenir S.A. a trasladar los gastos de administración, valores utilizados en los seguros previsionales, los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, por el periodo en que estuvo vigente la afiliación.

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), desprende de la historia laboral de la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que el mismo se causó ya que para la data de su traslado el actor tenía más de 150 semanas de cotización; por lo que se ordenará a Protección S.A. que lo restituya a la OBP debidamente indexado con cargo a sus propios recursos dado que la fecha de su redención es el 17-09-2021 como consta en el documento 17 página 46; ahora de no haberse pagado aún, lo que procede es su anulación y así se informará a la OBP.

CONCLUSIÓN

A tono con lo expuesto, se revocará la decisión de primera instancia para en su lugar declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante Eugenio Henao Montoya. Ante la revocatorio total de la sentencia de primer grado hay lugar a imponer costas en ambas instancias a Porvenir S.A. a favor de la parte actora.

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: EN CUMPLIMIENTO A LA ORDEN DE TUTELA, SE REVOCA LA SENTENCIA proferida el 13 de octubre de 2021 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido **Eugenio Henao Montoya** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A.**, para en su lugar:

1. **DECLARAR** no probadas las excepciones de mérito formuladas por Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A.
2. **DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante Eugenio Henao Montoya del RPM al RAIS a través de Colpatria, hoy Porvenir S.A. el 24-05-1994, efectivo el 01-06-1994, e igualmente del posterior hacia Protección S.A. el 27-06-1994, efectivo el 01-07-1994.
3. **CONDENAR** a la **AFP Protección S.A.**, a trasladar a Colpensiones todas las cotizaciones, rendimientos financieros, 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.
4. **CONDENAR** a la **AFP Porvenir S.A y Protección S.A.** a trasladar los gastos de administración, valores utilizados en los seguros previsionales, los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima por el tiempo de su vinculación, con cargo a sus propios recursos

y debidamente indexados en relación con el tiempo en que tuvieron afiliada a la actora.

5. **ORDENAR** a Protección S.A., para que restituya el bono pensional a la OBP debidamente indexado con cargo a sus propios recursos o en caso de no haber sido pagado se anule por parte de la OBP, para el efecto se oficiara.
6. **DECLARAR** que el demandante siempre ha estado afiliado al régimen de prima media administrado por la **Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones**, sin solución de continuidad.
7. **ORDENAR** a la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** que procede a activar la afiliación del señor **Eugenio Henao Montoya** en el RPM y a recibir las sumas trasladadas por las AFP.
8. **CONDENAR en costas en ambas instancias a Porvenir S.A. a favor de la parte actora.**

Notifíquese y cúmplase.

Quienes integran la Sala,

OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

Magistrada Ponente

Con firma electrónica al final del documento

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

Magistrado

ACLARO VOTO

Con firma electrónica al final del documento

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Magistrada

Con firma electrónica al final del documento

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 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 RAZÓN 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.

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

Dejo así aclarado mi voto.

Ordinario Laboral
Rad. 66001-31-05-003-2018-00123-02
Eugenio Henao Montoya vs. Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A.

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
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: **716c85f7a6081a02783c61dad52c41a79c3a3a8522ed82386010327fa6eebc7f**

Documento generado en 29/09/2023 10:52:18 AM

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