



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

Magistrada Sustanciadora
OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

Providencia	Consulta
Proceso	Ordinario Laboral
Radicación No	66001-31-05-003-2017-00352-01
Demandante	Magda Liliana Santos Orduña
Demandado	Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A.
Juzgado de origen	Tercero Laboral del Circuito de Pereira.
Tema a tratar	Ineficacia de traslado

Pereira, Risaralda, quince (15) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

En cumplimiento de la orden proferida el 20-01-2021 por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, notificada el 04-02-2021 a este despacho, a través de la sentencia de tutela radicada al número 61694, STL605 de 20-01-2021, procede esta Corporación a dar cumplimiento a la orden de amparo que dejó sin efecto la sentencia proferida por este Tribunal el 05 de marzo de 2021 y en consecuencia a resolver el grado jurisdiccional de consulta contra la sentencia proferida el 7 de junio de 2018 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Magda Liliana Santos Orduña** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A.**, partes que presentaron sus alegatos en la audiencia en la que se profirió la decisión que se dejó sin valor.

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

ANTECEDENTES:

1. Síntesis de la demanda y su contestación

La señora Magda Liliana Santos Orduña pretende la nulidad de la afiliación a las AFP Protección S.A. y Porvenir S.A.; en consecuencia, se declare válida y vigente la de Colpensiones.

Consecuente con lo anterior, se condene a Porvenir S.A. a realizar el traslado de las cotizaciones y a Colpensiones a recibirla como afiliada cotizante y que en el momento pertinente se dé aplicación a la Ley 797/03 para estudiar su derecho pensional, así como se condene a las accionadas al pago de las costas procesales

Fundamenta sus aspiraciones en que: (i) nació el 05/03/1961; (ii) se afilió al ISS el 01/08/1984 donde cotizó hasta noviembre de 1998 cuando se trasladó a Protección S.A.; (iii) motivó su traslado que el asesor le informara que podía pensionarse anticipadamente, que el RPM estaba a punto de quebrarse y desaparecería, que la pensión podría ser heredada, que tendría devolución de saldos en caso de no poderse pensionar, que su mesada iba a ser superior a la que recibiría en el RPM.

(iv) No se le informó que para retornar al RPM debía hacerlo antes de cumplir los 57 años de edad; (v) por todo lo anterior considera que la asesoría fue nefasta, engañosa e incompleta.

(vi) En octubre de 2006, una asesora de Porvenir S.A. le suministró la misma información que en otrora había recibió de Protección S.A.

(vii) Al realizar la proyección de su mesada pensional al cumplir los 57 años de edad en el fondo privado sería de \$1'910.000 y en el ISS de \$6'600.000, (viii) El 22/05/2017 solicitó a las AFP constancias de la información documentada y del consentimiento informado y se le indicó que no contaba con registro alguno, dado que fue entregada al finalizar la asesoría lo que se ratifica con la suscripción del formulario de afiliación.

(ix) Solicitó a Colpensiones su traslado, pero el 03/08/2017 le fue negado por no contar con 15 o más años de servicios al 01/04/1994.

La **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-** se opuso a la pretensión de nulidad del acto de traslado de régimen y a la condena en costas. Respecto a las demás refirió acogerse a lo ordenado por el Despacho. Interpuso las excepciones de mérito que denominó “Inexistencia de la obligación demandada” y “Prescripción”.

La **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.** se opuso a los pedimentos de la demanda y aclaró que el traslado de régimen se surtió a través de la AFP Protección S.A. Ya la vinculación con Porvenir S.A. data del 28/09/2006 y fue completamente válida desde el punto de vista legal, al considerar que la misma fue libre y voluntaria y con la manifestación expresa que acepta las condiciones establecidas en el respectivo formulario, el que por demás contaba con los requisitos exigidos por el artículo 11 del Decreto 692/94 y además no se ejerció el derecho de retracto.

Sostiene que la solicitud de nulidad desconoce la suscripción del formulario de afiliación y la realización de aportes por más de 18 años. De otro lado, afirma que la actora incumplió la carga de probar el error en que funda sus pretensiones.

Interpuso las excepciones de mérito que denominó “Validez de la afiliación a Porvenir e inexistencia de vicios en el consentimiento”, “Saneamiento de la supuesta nulidad relativa”, “Prescripción”, “Buena fe” y la “Innominada o Genérica”

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A.** se opuso a los pedimentos de la demanda al considerar que en el acto de traslado se atendieron cada uno de los requisitos previstos en el artículo 1502 del Código Civil. Además, la parte actora no cumplió con la carga de probar lo contrario. Aduce que si plantea el error en el consentimiento por circunstancias que están previstas en la ley no puede predicarse la existencia del mismo.

Aclara que para la fecha del traslado no tenía la obligación legal de realizar proyecciones y que el deber de buen consejo se encuentra previsto a partir de la expedición del Decreto 2241/2010.

Por último, dice que la referencia jurisprudencial en que la actora basa sus pretensiones no puede aplicarse a su caso particular por cuanto carece de la calidad de beneficiaria del régimen de transición.

Interpuso las excepciones de mérito que denominó “Prescripción”, “Validez y eficacia del traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad”, “Buena fe y confianza legítima” y la “Innominada o genérica”.

2.- Síntesis de la sentencia

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira declaró que el traslado que la actora realizó del RPM al RAIS es plenamente eficaz y conserva validez, por lo que declaró probadas las excepciones.

Para arribar a la anterior decisión, indicó que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, por lo que al solicitar la nulidad del traslado o su ineficacia tenía la carga de probar, en el primer evento, el vicio del consentimiento alegado y, en el segundo, que su decisión no fue libre ni voluntaria, lo que incumplió.

Lo dicho, por cuanto en el interrogatorio de parte fue clara en señalar que estaba consciente de la decisión y que no fue obligada a hacerlo. Lo que se corrobora con la suscripción de los formularios en los que consta que se trata de una decisión libre, voluntaria y sin precisiones. Voluntad que reiteró con la segunda afiliación al otro fondo privado.

Además, confesó que en el año 1998 sí se cumplió con la obligación de suministrarle la información que echa de menos en la demanda, pues refirió que se le preguntó cuánto llevaba de historia laboral, cuánto devengaba y dónde estaba afiliada y explicó que ello fue determinante en el caso de sus compañeros de trabajo para no trasladarse. Y que se le indicó que no era beneficiaria del régimen de transición.

También, que le hicieron unas proyecciones y se concluyó que le beneficiaba estar en el RAIS, condiciones que no deben haber variado al no presentarse modificación a dicho régimen con la expedición de la Ley 797/2003, como sí ocurrió con el RPM.

3. Del grado jurisdiccional de consulta

El que se surte a favor de la parte actora, al resultar la anterior decisión totalmente adversa a sus pretensiones.

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*?

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 presentado diferentes sub-reglas en relación con la carga probatoria, la aplicación de ineficacia a las personas amparadas o no con régimen de transición, entre otras, contenidas especialmente en las sentencias Rad. No. 31989 de 2008, SL4964-2018, SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, como se concreta en los siguientes razonamientos:

1. Tipo de acción que se debe ejercitar: 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 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 reacción posible a una afiliación desinformada es la ineficacia, en tanto que esta 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 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.; 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, últimos elementos 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 regímenes pensionales, 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 que sea justiciable.

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 beneficios pensionales.

Al punto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia adujo que el deber de información no se exceptúa ni siquiera cuando si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado.

Y 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 solo no da cuenta de que haya sido, como se requiere en estos eventos, un *“consentimiento informado”*. Así, en palabras de la corte se adujo que *“la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se*

hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado» (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 está a cargo de 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 entonces, para efectos de la concreción de los derechos pensionales reclamados, se debe imponer a la AFP en la que se encuentre afiliado el demandante la obligación de trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, con sus respectivos rendimientos, saldos, frutos e intereses. Además, tiene la obligación de trasladar los valores descontados por gastos de administración, cuota de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, pero estas sumas serán con cargo a sus propios recursos y debidamente indexadas; carga que también recaerá en todas las AFP en las que el demandante estuvo afiliado.

Dineros que deberán ser entregadas a la administradora del RPM, porque tal como lo dispuso la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la administradora está en el deber de trasladar al sistema pensional todos los valores

que hubiere recibido con motivo de la afiliación del trabajador, incluidos los rendimientos, si se hubieren causado, y además, de asumir las mermas sufridas en el capital destinando a financiar una eventual pensión de vejez, como consecuencia de un acto indebido de esta (Sent. Cas. Lab. SL1688-2019 y Rad. No. 31989 de 2008).

2.2 Fundamento fáctico

Auscultado en detalle el expediente aparece que Magda Liliana Santos Orduña estuvo afiliada al RPM desde el 15-01-1987 a través del ISS (Reporte de semanas cotizadas aportado por Colpensiones); luego se trasladó al RAIS el 15-10-1998 a través de **Protección S.A.**, efectiva a partir del 01-12-1998 (fl. 141 c. 1); más adelante realizó otro traslado a Porvenir S.A. el 28-09-2006, el que surtió efectos el 01-11-2006, AFP en la que se encuentra afiliada actualmente. (fl. 141 c. 1).

Además, se allegó documentación atinente a su historia laboral, que en conjunto con los formularios de afiliación son insuficientes para dar por demostrado el deber de información suficiente y completo que se requería entregar a la potencial afiliada acerca de las implicaciones del cambio de régimen pensional, esto es, con sus características, condiciones, riesgos, consecuencias, así acreditar una asesoría diligente y cuidadosa en la entrega de información y buen consejo; contrario a lo dicho por la jueza de primer nivel.

Así, en sentir de nuestro órgano de cierre dicha carga probatoria podría haberse alcanzado si, teniendo en cuenta el desenvolvimiento de una entidad financiera como las AFP y el tráfico normal de sus actividades, estas hubiesen dejado huella de cada uno de los deberes impuestos a su cargo, detallando y documentado cada uno de los pasos realizados para obtener la afiliación de un trabajador a ese nuevo régimen pensional.

Entonces, atendiendo las sentencias citadas, debía la AFP demandada entregar a la justicia pruebas que revelaran el cumplimiento fehaciente del deber impuesto para lo cual, si realizó reuniones, entonces, allegara el levantamiento de actas en las que se refleje, el nombre de los instructores y asistentes, los temas tratados o desarrollados, las consultas absueltas, los niveles de satisfacción de tales respuestas a las consultas, etc.; pasos que se erigen como un hilo conductor, que

le lleve al juez el convencimiento de que al usuario se le dispensó la información adecuada y precisa, en aras de hacer la mejor elección.

Sin que se desprenda del interrogatorio de parte de la activa confesión alguna que acredite que la AFP brindó la información en los términos referidos por nuestra superioridad, en la medida que la que adujo haber recibido no se compadece con la exigencia que debía cumplir la AFP al momento de asesorarla, pues el solo hecho de haber dicho que a sus compañeros el asesor les preguntaba sobre la edad y número de semanas y a ella no, en manera alguna es un indicativo de que se les explicó todas las características propias del sistema, condiciones, ventajas y desventajas, como lo ha dicho nuestra Superioridad y darle un buen consejo para dar por cumplida esta obligación; máxime que la demandante nada dijo sobre proyecciones realizadas como lo señala la *a quo*, tan solo afirmó que la asesora le dijo que su mesada iba hacer mayor en el fondo privado que en el ISS. Sin testimonios practicados.

De lo anterior, se concluye, en los términos expuestos por nuestra superioridad, que la AFP omitió cumplir su carga probatoria de demostrar que le brindó a la parte actora la información suficiente respecto a lo que más le convenía, a fin de que tomara una decisión razonada; contrario a lo manifestado por la *a quo* en la decisión consultada; así como tampoco fue ilustrada en forma suficiente y dando a conocer las diferentes alternativas, ni documentándola sobre los efectos que acarrearía el cambio de régimen, todo lo anterior en ejercicio del deber de información y buen consejo que le asiste a las entidades administradoras; razón por la cual, se revocará la decisión adoptada en primera instancia.

Es así que al operar en este asunto la sanción de la ineficacia del traslado de régimen, en los términos expuesto por nuestra superioridad, no se trasgrede la norma que prohíbe los traslados entre regímenes cuando le falte al afiliado 10 años o menos para adquirir la edad para pensionarse, como lo refiere Colpensiones en la excepción de inexistencia de la obligación, pues no se está ante un traslado sino la consecuencia de la declaratoria de la ineficacia, que como lo apuntó el órgano de cierre, implica que las cosas vuelvan a su estado anterior; por lo que no prospera la excepción en mención.

Respecto a los demás medios de defensa invocados por las demandadas, que denominaron “validez de la afiliación a Porvenir e inexistencia de vicios en el

consentimiento” y “buena fe”, los mismos resultan vanos a propósito del estudio realizado en el argumento principal de esta decisión.

En cuanto a las excepciones de prescripción y saneamiento de la nulidad relativa, estas tampoco salen avante; porque tal como se adujo en el fundamento normativo de esta decisión, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral interpretó que en tanto la ineficacia de la afiliación busca la constatación de un hecho anterior al litigio el mismo no prescribe y en consecuencia, el interesado podrá perseguir su declaración en cualquier tiempo, máxime que tal acción se encuentra destinada a salvaguardar el derecho fundamental a la seguridad social que es irrenunciable y por ende, el paso del tiempo no lo derruye; a su vez, según la aludida alta Corte la única reacción a la afiliación desinformada es la ineficacia, pues solo esta excluye de efectos el acto del traslado, y en tanto que ningún efecto tuvo tal acto jurídico, entonces tampoco es posible sanearlo por el paso del tiempo.

A tono con lo expuesto se revocará la decisión de primer grado para en su lugar, declarar la ineficacia de la afiliación realizada por la demandante el 15-10-1998, efectiva a partir del 01-12-1998 a Protección S.A.; lo que implica a su vez que las cosas sean restituidas al estado anterior (art. 1746 del C.C.), esto es, antes de ocurrir el traslado; en consecuencia, también deberá quedar sin efecto el traslado que la demandante hizo a Porvenir S.A. el 28-09-2006, efectivo el 01-11-2006.

En ese sentido, se ordenará a Porvenir S.A., AFP en la que la demandante se encuentra afiliada actualmente, para que traslade a Colpensiones, *la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, con sus respectivos rendimientos financieros, bono pensional, en caso de que exista; todos los saldos, frutos e intereses; así como los gastos de administración, comisiones cobradas, las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, sumas que debe trasladar debidamente indexadas y con cargo a los propios recursos de la AFP, por el tiempo en que la demandante estuvo allí afiliada a partir del 01-11-2006, fecha en que fue efectivo el último traslado.*

También, se ordenará a Protección S.A. en la que la estuvo afiliada la demandante, previo a la afiliación definitiva, traslade los gastos de administración, comisiones cobradas, las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, con cargo a sus propios recursos, debidamente indexados; correspondientes al tiempo en que la demandante estuvo allí afiliada directamente entre el 01-12-1998 al 31-10-2006.

CONCLUSIÓN

Conforme lo expuesto, se revocará la decisión como se explicó en precedencia.

Costas de primera y de segunda instancia a cargo de Protección S.A. legítimo contradictor en este asunto, pues Colpensiones y Porvenir SA intervienen en este asunto para lograr la efectividad de la sentencia, pues contra ellos produce efectos, dadas las consecuencias de la ineficacia.

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: REVOCAR la sentencia proferida el 7 de junio de 2018 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Magda Liliana Santos Orduña** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A** para en su lugar:

***DECLARAR** la ineficacia del traslado de la afiliación que la señora Magda Liliana Santos Orduña efectuó al RAIS a través de la **AFP Protección S.A.** el 15-10-1998, a partir de su fecha de efectividad el 01-12-1998, dadas las consideraciones precedentes; y dejar sin efecto el traslado que la demandante hizo a Porvenir S.A. el 28-09-2006 efectivo a partir del 01-11-2006.*

***ORDENAR** a Porvenir S.A., AFP en que se encuentra actualmente la demandante, que traslade con destino a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, con sus respectivos rendimientos financieros, bono pensional, en caso de que exista; todos los saldos, frutos e intereses; así como los gastos de administración, comisiones cobradas, las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, sumas que debe trasladar debidamente indexadas, con cargo a los propios*

recursos de la AFP, a partir del 01-11-2006, fecha en que fue efectivo allí el traslado.

ORDENAR a Protección S.A que trasladen las sumas correspondientes a los gastos de administración, comisiones cobradas, las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, con cargo a sus propios recursos, debidamente indexados, correspondientes al tiempo en que la demandante estuvo allí afiliada directamente o a través de otras AFP, previos a la afiliación definitiva por el lapso en que estuvo desde el 01-12-1998 hasta el 01-11-2006.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de ambas instancias a Protección S.A. y a favor de la parte demandante.

Notifíquese y cúmplase.

OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

Magistrada Ponente

Con firma electrónica al final del documento

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

Magistrado

Aclara voto

Con firma electrónica al final del documento

Sin constancia notificación por estado en virtud del artículo 9 del decreto 806 de 2020.

ACLARACIÓN DE VOTO MAGISTRADO JULIO CESAR SALAZAR MUÑOZ

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

Bajo tal apremio, no obstante lo dispuesto en los artículos 228 y 230 de la Constitución Nacional, **no queda otra posibilidad al suscrito que**, en este y en todos los numerosos y sucesivos asuntos de similares características que se presenten a la Sala para decisión, **acatar lo resuelto por el superior**, en el sentido de proferir la providencia siguiendo la línea jurisprudencial señalada por la mayoría de los integrantes de la Sala de Casación Laboral, a pesar de no representar ésta el criterio jurídico de quien suscribe esta aclaración y que se enmarca en el siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. LA POSICIÓN ACTUAL DE LA SALA DE CASACIÓN LABORAL RESPECTO AL TEMA DE LA NULIDAD O INEFICACIA DE LOS TRASLADOS ENTRE RÉGIMENES 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 resaltaré.

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 incurtidas en esas conductas, pues ni han impedido la afiliación de los usuarios al sistema o su libre selección de organismo ni tampoco han desconocido o boicoteado el derecho del afiliado a la selección del organismo que se encargaría de administrar sus aportes. **Lo que hicieron fue buscar que, dentro de las opciones que creó la ley 100 de 1993, los participantes del sistema las eligieran para administrar sus recursos. Ahora, si para lograr tal cometido dieron información equivocada u omitieron dar la que correspondía, no son los artículos 13 y 271 de la ley 100 de 1993 los que determinan las consecuencias de tal proceder sino el decreto 720 de 1994, como adelante se explicará.**

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

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

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

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

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

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

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

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 AFILIEEN.

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

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

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

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

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

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

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

Dejo así aclarado mi voto.

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

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

Firmado Por:

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

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

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: **bdd64d5634d72036945efbc0667f674b90525058c355f7a96da4f077b57ba2ce**

Documento generado en 15/02/2021 02:51:53 PM