



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

Magistrada Sustanciadora
OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

Providencia	Consulta y apelación sentencia
Proceso	Ordinario Laboral
Radicación No	66001-31-05-005-2018-00222-01
Demandante	Iliá Marina Obando de Torres
Demandado	Colpensiones, Porvenir S.A., Old Mutual S.A.
Vinculados:	Contraloría de Bogotá y Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
Juzgado de origen	Quinto Laboral del Circuito de Pereira.
Tema a tratar	Ineficacia de traslado

Pereira, Risaralda, cuatro (04) de octubre de dos mil veintiuno (2021)
Acta de discusión 154 del 01-10-2021

Vencido el término para alegar otorgado a las partes, procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira a proferir sentencia con el propósito de resolver el grado jurisdiccional de consulta y desatar los recursos de apelación presentados contra la sentencia proferida el 27 de mayo de 2021 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Iliá Marina Obando de Torres** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, Porvenir S.A. y Old Mutual S.A.**; trámite al que se vinculó a la **Contraloría de Bogotá** y al **Ministerio de Hacienda y Crédito Público**.

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

Ordinario Laboral

Rad. 66001-31-05-005-2019-00222-01

Iliá Marina Obando de Torres vs. Colpensiones, Porvenir S.A., Old Mutual S.A. Contraloría de Bogotá y Ministerio de Hacienda y Crédito Público

legislativa prescribieron que las disposiciones contenidas en el mencionado decreto “*se adoptaran en los procesos en curso y los que se inicien luego de la expedición de este decreto*”, dado que el mismo tan solo complementa las normas procesales vigentes con el propósito de agilizar los procesos judiciales y mientras se logra la completa normalidad para la aplicación de las normas ordinarias.

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

Asimismo, se acepta la renuncia presentada por dicha profesional del derecho al cumplirse los requisitos del artículo 76 del CGP.

ANTECEDENTES:

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

Iliá Marina Obando de Torres pretende que se declare la nulidad de la afiliación a Porvenir S.A. en noviembre de 1999 (sic) y a Old Mutual S.A. el 25-07-2011 y, en consecuencia, que ambas AFP devuelvan a Colpensiones todas las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales junto con los frutos, intereses y rendimientos financieros y a ésta última que acepte su traslado; además, que se condene a la parte demandada al pago de las costas procesales.

Fundamenta sus aspiraciones en que: i) el 13-09-1986 (sic) se afilió al ISS (sic) en razón a su vínculo laboral con la Contraloría de Bogotá; ii) en noviembre de 1999 (sic) se trasladó a Porvenir S.A., luego, el 25-07-2011 a Old Mutual S.A. hasta la fecha; iii) el asesor comercial de Porvenir S.A. le indicó que el ISS se iba acabar, que su mesada pensional sería más alta y que sus herederos hasta el quinto grado

de consanguinidad heredarían el dinero de su cuenta de ahorro individual; iv) el 16-03-2018 Porvenir S.A. (sic) le informó que tenía la suma de \$478´235.786 y 1.596.14 semanas; razón por la cual a la edad de 57 años en el RAIS su mesada pensional ascendería a la suma de \$3´034.000 mientras en el RPM sería de \$8´536.000.

Tanto **Colpensiones** como **Porvenir S.A. y Old Mutual S.A.** se opusieron a las pretensiones elevadas, porque la accionante firmó de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación al RAIS. La parte demandada indicó que era improcedente declarar la ineficacia toda vez que la promotora del litigio estaba a menos de 10 años para pensionarse y no era beneficiaria del régimen de transición, pues a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, 01-04-1994 no tenía la edad ni los 15 años de servicios.

De manera puntual, Old Mutual S.A. dijo que la afiliación de la demandante al RAIS lo fue el 22-10-1999 y no en noviembre de 1999 como lo dijo en la demanda.

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

De otro lado, mediante auto del 24-07-2019 el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira vinculó como litisconsorcio necesario a la Contraloría de Bogotá y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fls. 274 del doc 01 del índice electrónico del c. 1).

Así, la **Contraloría de Bogotá** solicitó su desvinculación del proceso y para ello indicó que no le constaban los hechos de la demanda, pero aclaró que la actora se vinculó laboralmente con ellos el 13-09-1982 y no como se dijo en el hecho primero del libelo genitor. No propuso excepciones.

Por su parte, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público indicó que no le constaban los hechos de la demanda y que su intervención solo se centraría en lo relacionado

con el bono pensional. Así, señaló que la actora tiene derecho a un bono pensional modalidad A tipo 1, el cual solo está a cargo de Colpensiones, siendo su estado de **“liquidación provisional”**; anotando que a la fecha del 30-09-2019 no se había emitido el mismo.

Asimismo, manifestó que la demandante también tiene derecho al bono pensional modalidad A tipo 2 que está a cargo de la Contraloría de Bogotá y la Nación como cuotapartista, cuyo estado del mismo está en **“Confirma liquidación”**, pero al 30-08-2019 no se había emitido y, agregó, que mediante Resolución No. 16065 de 22-12-2016 reconoció la obligación a su cargo como cuotapartista, sin que se haga pagado el mismo, pues la fecha de redención normal del bono es el 17-01-2020.

Propuso como excepción de fondo “prescripción”.

2. Síntesis de la sentencia

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira declaró la ineficacia del traslado realizado al RAIS el 22-10-1999 a Porvenir S.A., efectivo el 01-12-1999 y con ello el traslado efectuado a Old Mutual S.A. el que fue efectivo el 01-09-2011. En consecuencia, ordenó a Old Mutual S.A. devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones efectuadas, bonos y sumas adicionales, así como los frutos e intereses junto con los rendimientos financieros.

Asimismo, que ambas AFP devuelvan a Colpensiones con cargo a sus propios recursos las comisiones, cuotas de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, debidamente indexados, por el tiempo en que estuvo allí afiliada la demandante; así: del 01-12-1999 al 31-08-2011 con Porvenir S.A. y del 01-09-2011 a la fecha con Old Mutual S.A.

También ordenó a Colpensiones aceptar el retorno de la demandante.

Ordinario Laboral
Rad. 66001-31-05-005-2019-00222-01
Iliá Marina Obando de Torres vs. Colpensiones, Porvenir S.A., Old Mutual S.A. Contraloría de Bogotá y Ministerio de Hacienda y Crédito Público
Desvinculó a la Contraloría de Bogotá y a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Por último, condenó a las AFP al 100% de las costas procesales y a favor de la parte demandante.

Como fundamento de tal determinación, la *a quo* argumentó que las AFP no lograron acreditar el deber de información clara, completa y comprensible a la promotora del litigio, que para el presente caso era únicamente carga de las AFP probar el cumplimiento de dicha obligación, en la medida que solo aportaron los formularios de afiliación, sin que del interrogatorio de parte se hubiera desprendido confesión alguna.

3. De los recursos de apelación

Inconforme con la decisión tanto **Colpensiones** como **Porvenir S.A.** y Old Mutual S.A. presentaron recursos de apelación, para lo cual Colpensiones señaló que la acción que debió adelantar la demandante fue la de resarcimiento de perjuicios, pues lo que la motivo a presentar este proceso fue que su mesada pensional en el RAIS sería inferior a la que obtendría en el RPM; indicó que el tiempo de una hora que duró la asesoría, según dicho de la promotora del litigio, era suficiente para evidenciar que la AFP le brindó el asesoramiento respecto de las implicaciones del cambio de régimen; manifestó que se debía de aplicar lo dicho por la Sala de Descongestión Laboral sobre los actos de relacionamiento según la sentencia SL3752 de 15-09-2020, pues aquella realizó una movilidad dentro del RAIS lo que denotaba su voluntad de permanecer en el sistema; amén, que ya no es posible su retorno al RPM al estar a menos de 10 años para pensionarse.

Por su parte, ambas AFP indicaron que cumplieron con el deber de información que para la época exigía la ley, prueba de ello era el formulario de afiliación, que no fue tachado de falso y que fue suscrito de manera libre y voluntaria como lo aceptó la

actora en el interrogatorio de parte; señalaron que no era posible devolver los gastos de administración y seguros previsionales, pues si el negocio no nació a la vida jurídica, tampoco la obligación de retornar dichos dineros, ya que de hacerlo, se estaría haciendo un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, amén de que tales estipendios se descontaban por estricto cumplimiento de la ley.

De manera particular, Old Mutual S.A. dijo que debía de mirarse la calidad de la demandante, quien es una profesional del derecho, que, si bien no tiene especialización en temas de seguridad social, su conocimiento si le permitía saber las implicaciones de su traslado; finalmente, adujo que actuó de buena fe y, por lo tanto, era improcedente la condena en costas.

4. Grado jurisdiccional de consulta

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

5. Alegatos

Los alegatos de conclusión presentados por el demandante, Skandia S.A. y por Colpensiones.

CONSIDERACIONES

Cuestión previa

Pese a que esta Ponente no comparte la justificación ni la interpretación que realiza la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia frente al literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100/1993 y por ello en providencias anteriores como la proferida el 22/07/2020, Rad. No. 2018-00269-01, entre otras, bajo la autorización emitida por

las sentencias C-836 de 2001 y C-621 de 2015 se había apartado del criterio expuesto por el alto tribunal al amparo de la autonomía judicial, para anunciar que cuando un trabajador alega engaño por una AFP para obtener un traslado de régimen pensional, debe presentar una acción de resarcimiento de perjuicios tal como obliga el artículo 10º del Decreto 720 de 1994, lo cierto es que con ocasión a la sentencia de tutela de primer grado emitida por esa corporación con número de expediente STL4759-2020, a través de la cual se exhortó al Juez Plural para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado por ese Máximo Tribunal en los asuntos de ineficacia de afiliación, entonces y bajo el debido respeto por el superior, se obedecerá en completitud la posición que ostenta la mencionada Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia para resolver el caso de ahora y los siguientes.

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

1. Tipo de acción que de que se trata: Cuando se expone en los hechos de la demanda la indebida o falta de información ofrecida a una persona al momento de cambiarse de régimen pensional, tal supuesto fáctico no se debe abordar desde la institución de la nulidad del acto jurídico del traslado, sino de la ineficacia del mismo con base en los artículos 271 y 272 de la ley 100 de 1993 por cuanto se violó por parte de la AFP el deber de información para obtener el traslado de quien estaba afiliado al RPM. En ese sentido, la única sanción posible ante una afiliación desinformada es la ineficacia, figura que excluye de efectos el acto jurídico del traslado, y en tanto que nunca se produjo efecto alguno, entonces tampoco es posible sanearla por el paso del tiempo, como ocurre con las nulidades.

De allí que, tratándose de la institución de la ineficacia y no de la nulidad, carece de aplicación la figura de la “*prescripción*” prevista en el artículo 1750 del C.C.; máxime que la acción de ineficacia es imprescriptible en la medida que tiene como propósito que se compruebe un hecho o se reconozca un estado jurídico, que no prescriben; contrario a los derechos y obligaciones que se derivan de su declaratoria, que sí prescriben; por lo tanto, los interesados pueden solicitar en cualquier tiempo que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, que además contiene un derecho a la seguridad social que es irrenunciable por orden constitucional – art. 48 de la C.N. - y por ello, el paso del tiempo en modo alguno elimina la posibilidad de acudir a la vía judicial.

2. Cumplimiento del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Es un deber que es exigible a las AFP desde la creación de estas entidades, porque *“las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios”*. Deber cuyo nivel de exigencia se elevó con la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, en la medida que *“ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo”*, llegando incluso a la exigencia de la doble asesoría prevista en la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa N° 016 de 2016.

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

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

Luego, en decisión SL19447-2017 adujo que *“el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada*

Ordinario Laboral
Rad. 66001-31-05-005-2019-00222-01
Iliá Marina Obando de Torres vs. Colpensiones, Porvenir S.A., Old Mutual S.A. Contraloría de
Bogotá y Ministerio de Hacienda y Crédito Público
*uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del
traslado”.*

Por último, en la sentencia SL-1688-2019 se sintetizó tal deber de información hasta antes del año 2009, como aquel en el que debe darse ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de este.

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

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).

Por último, conviene precisar frente a los actos de relacionamiento que la Sala de Casación Laboral Permanente de la CSJ en sentencia SL413 de 2018, ratificada en la sentencia SL3571 de 2021, expuso que estos corresponden a las acciones concretas del afiliado que demuestran su adherencia al régimen y la voluntad inequívoca de permanecer en él; es decir, que haya correspondencia entre la voluntad del afiliado y la acción que ejecuta, por lo que está Colegiatura obedecerá en completitud la posición que ostenta el mencionado órgano de cierre para resolver el caso de ahora y los siguientes.

Actos de relacionamiento sobre el cual también la Sala de Descongestión Laboral No. 4 de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado, concretamente, en

Ordinario Laboral
Rad. 66001-31-05-005-2019-00222-01
Ilia Marina Obando de Torres vs. Colpensiones, Porvenir S.A., Old Mutual S.A. Contraloría de Bogotá y Ministerio de Hacienda y Crédito Público
sentencia SL3752 de 15-09-2020, citada por el recurrente, para no acceder a la ineficacia, en tanto los traslados horizontales que hizo, permitían entender la voluntad de la afiliada de permanecer en el RAIS.

2.2. Fundamento fáctico

Auscultado en detalle el expediente aparece que Ilia Marina Obando de Torres estuvo afiliada al RPM a través de la Caja de Previsión Social Distrital a partir del 13-09-1982, como da cuenta la certificación laboral aportada por la Contraloría de Bogotá (fl. 288 doc. 01 del índice electrónico del c. 1); luego, se trasladó al RAIS a través de Porvenir S.A. el 22-10-1999, efectivo el 01-12-1999; posterior, a Old Mutual S.A. el 25-07-2011, efectivo el 01-09-2011, como dan cuenta los formularios de afiliación y el certificado de Asofondos (fls. 42, 143, 192, 231 del doc. 01 del índice electrónico del c. 1).

Además, se allegó documentación atinente a su historia laboral tanto de Colpensiones como de Porvenir S.A. y Old Mutual S.A.; piezas procesales que son insuficientes para dar por demostrado el deber de información idónea y completa 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, para así acreditar una asesoría diligente y cuidadosa en la entrega de información y buen consejo.

Así, en sentir de nuestro órgano de cierre, dicha carga probatoria podría haberse alcanzado sí, teniendo en cuenta el desenvolvimiento de una entidad financiera como las AFP y el tráfico normal de sus actividades, entonces 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 en todo tiempo.

Luego, atendiendo las sentencias citadas debía las AFP demandadas entregar a la justicia pruebas que revelaran el cumplimiento fehaciente del deber impuesto para lo cual, si realizaron reuniones, entonces, allegaran 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 demandante confesión alguna que acredite que las AFP cumplieron con el deber de brindarle la información en los términos referidos por nuestra superioridad; esto es, una ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de este, en la medida que para la época del traslado con Porvenir S.A., la visitaron varias asesores la AFP demandada y en una conferencia informaron que el ISS se iba acabar, que era mejor el traslado al RAIS porque la mesada pensional sería más alta y que de no poderse pensionar le harían una devolución de saldos que podía incluso ser heredable; señaló que el asesor fue quien diligenció el formulario, pero que no le informaron nada más. Sin testimonios recibidos.

Lo anterior, no se desdibuja por el hecho de que sea abogada ni tampoco es suficiente para establecer que tenía conocimiento sobre las implicaciones de su traslado, pues ni siquiera tiene claro actualmente que significa estar en un u otro régimen, máxime que está especializada en área diferente a la seguridad social, específicamente en telecomunicaciones como lo dijo en su interrogatorio, sin que se haya demostrado que por su profesión haya tenido que laborar en aquella especialidad y mucho menos se puede hablar de actos de relacionamiento en este caso, en la medida que no existe dentro del plenario prueba que demuestre

De lo anterior, se concluye, que las AFP omitieron cumplir 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 acarrearba el cambio de régimen, todo lo anterior en ejercicio del deber de información y buen consejo que les asiste a las entidades administradoras,

Lo expuesto es suficiente para confirmar la decisión de primer grado que declaró la ineficacia de la afiliación realizada por la demandante a Porvenir S.A. el 22-10-1999, efectivo el 01-12-1999, así como a Old Mutual S.A. el 25-07-2011, efectivo el 01-09-2011.

No siendo otra la acción a estudiarse en este asunto, como lo apuntó de manera categórica el órgano de cierre de esta especialidad; ineficacia que tiene cabida para quienes tengan o no un beneficio transicional, en tanto, el objeto de esta acción es verificar si en el acto jurídico de traslado se cumplió por la AFP el deber de información.

Sin que la decisión adoptada en primera instancia transgreda la prohibición de traslado de régimen cuando falten 10 o menos años para alcanzar la edad para pensionarse, pues se dispuso fue el retorno al RPM como consecuencia de la ineficacia, por cuanto no produjo efectos el traslado al RAIS, no fue un traslado propiamente dicho, es decir, voluntario; en consecuencia, se desechan los argumentos de la apelación de Colpensiones.

Sobre el punto de apelación propuesto por parte de las AFP, encuentra la Sala que la a quo actuó conforme lo tiene dicho nuestra superioridad, en tanto, la devolución, entre otros de los gastos de administración y seguros previsionales, 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 CC, 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; por lo dicho no sale avante este argumento de apelación.

Ahora, en relación al bono pensional que la *a quo* ordenó devolver a Colpensiones, vale la pena precisar que ello no es posible a pesar de tener derecho la actora a él por haber cotizado al ISS antes del traslado al RAIS 424.57 semanas requeridas (art. 115 de la Ley 00/93) -fl. 84 del doc.01 del índice electrónico del c. 1 -; y haber sido liquidado provisionalmente un bono tipo A modalidad 2 por la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con fecha de **redención normal** el 17-01-2020 (fls. 189 y ss del doc. 01 del índice electrónico del c.1), cuyo giro según el artículo 17 del Decreto 1748 de 1995 se debe hacer dentro del mes siguientes a su redención, supone que este ya fue emitido, redimido y pagado; porque el bono solo tiene su razón de ser de permanecer el afiliado en el RAIS.

Al punto, se precisa que mediante oficio No. 22401 del 13-12-2006, la OBP le informó a la demandante que a su favor se expedirían dos bonos pensionales por los periodos comprendidos entre el 13-09-1982 al 17-08-1994 y del 17-08-1994 al 01-12-1999; sin embargo, tan solo aparece uno liquidado provisionalmente como se dijo con anterioridad, sin que el expediente haya queda provisto de prueba que acredite que la Contraloría de Bogotá hubiera pagado el mismo a la AFP o haberlo anulado, según el artículo 8° del Decreto 1314 de 1998, por el traslado ocurrido al RAIS.

Por lo dicho, deberá disponerse que la AFP OLD MUTUAL S.A. reintegre el valor que hubiere recibido por este concepto a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y a la Contraloría de Bogotá, en caso de que esta si lo hubiera pagado, debidamente indexado; indexación que deberá ser con cargo a sus propios recursos; pero de no ser así, ambas entidades deberán anular los bonos (art. 17, D. 3798/2003) o no emitirlos, como consecuencia directa de la ineficacia declarada, al quedar sin efectos el traslado al RAIS y retornar al RPM; por lo que,

se deberá informar tanto al Ministerio de Hacienda y Crédito Público como a la Contraloría de Bogotá de esta decisión para que proceda de conformidad con lo expuesto; razón por la cual se modificará el numeral 2° de la sentencia de primera instancia para excluir la palabra bono y se adicionará para dar la orden que antecede.

En lo que refiere a la imposición de costas de la que se duele Old Mutual S.A. cumple advertir que le asiste la razón, al no haber participado del traslado del régimen pensional del que se pidió la ineficacia, por lo que no es legítimo contradictor en este asunto, aunque se requiere su intervención al producir en su contra efectos la sentencia, por lo que se revocará parcialmente el numeral 7° de la decisión para en su lugar absolver Old Mutual S.A. de las costas de primera instancia.

Finalmente, en relación con los medios exceptivos formulados por Colpensiones, beneficiario de la Consulta, hizo bien la jueza al declararlos no probados con ocasión al argumento principal aquí esbozado en la parte normativa y fáctica, sin que sobre reiterar que esta acción es imprescriptible en los términos que expuso nuestra superioridad y que atrás se explicó.

CONCLUSIÓN

Conforme lo expuesto, se modificará y adicionará el numeral 2° y se revocará parcialmente el 7° como se dijo en precedencia, en lo demás se confirmará la sentencia.

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones al fracasar sus recursos, en virtud del numeral 1 del artículo 365 del CGP aplicable por remisión del artículo 145 del CPTSS.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 2° de la sentencia proferida el 27 de mayo de 2021 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Ilia Marina Obando de Torres** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, Porvenir S.A. y Old Mutual S.A.**; trámite al que se vinculó a la **Contraloría de Bogotá** y al **Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, en el sentido de excluir la palabra “bono”.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral 2° de la sentencia en dos literales que quedan así:

CONDENAR a la AFP OLD MUTUAL S.A. a restituir a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y a la Contraloría de Bogotá, el valor de los bonos pensionales, en el evento de que hayan sido pagados a favor de la cuenta de ahorro individual ILIA MARINA OBANDO DE TORRES y que tenían como fecha de redención normal el 17-01-2020, debidamente indexado; indexación que se hará con cargo a sus propios recursos.

*A su vez, y en caso de que los bonos pensionales no hayan sido pagados a la AFP, se ordena **COMUNICAR**, tanto a la OBP del **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** como a la **CONTRALORIA DE BOGOTÁ** la presente decisión, para que obren de conformidad con esta decisión.*

TERCERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral 7° de la sentencia para en su lugar absolver a Old Mutual S.A. de la condena en costas.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS en esta instancia a Porvenir S.A., y a Colpensiones a favor de la demandante.

Notifíquese y cúmplase.

Quienes integran la Sala,

OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

Magistrada Ponente

Aclaro Voto

Con firma electrónica al final del documento

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

Magistrado

Aclara voto

Con firma electrónica al final del documento

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Magistrada

Con firma electrónica al final del documento

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

Ordinario Laboral
Rad. 66001-31-05-005-2019-00222-01
Iliá Marina Obando de Torres vs. Colpensiones, Porvenir S.A., Old Mutual S.A. Contraloría de
Bogotá y Ministerio de Hacienda y Crédito Público
ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

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

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

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

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

Ordinario Laboral

Rad. 66001-31-05-005-2019-00222-01

Ilia Marina Obando de Torres vs. Colpensiones, Porvenir S.A., Old Mutual S.A. Contraloría de Bogotá y Ministerio de Hacienda y Crédito Público
o cualquier persona natural o jurídica, incluyó **tácitamente** a la AFP, pues de haber querido regular su comportamiento, explícitamente lo hubiera incluido como infractor de tal norma, pero no lo hizo.

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

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

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

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

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

Ordinario Laboral
Rad. 66001-31-05-005-2019-00222-01
Iliá Marina Obando de Torres vs. Colpensiones, Porvenir S.A., Old Mutual S.A. Contraloría de
Bogotá y Ministerio de Hacienda y Crédito Público

En estos términos aclaro mi voto,

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

OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA
Magistrada

ACLARACIÓN DE VOTO MAGISTRADO JULIO CESAR SALAZAR MUÑOZ

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

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

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

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

Lo anterior es así porque de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico la acción que en realidad responde a la situación fáctica planteada por los demandantes no es otra que la de responsabilidad prevista en el artículo 10 del decreto 720 de 1994, en la que a quien corresponde comprobar que actuó conforme a derecho –dando toda la información que requerida en su momento para conseguir

Ordinario Laboral
Rad. 66001-31-05-005-2019-00222-01
Iliá Marina Obando de Torres vs. Colpensiones, Porvenir S.A., Old Mutual S.A. Contraloría de Bogotá y Ministerio de Hacienda y Crédito Público
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.

Ordinario Laboral
Rad. 66001-31-05-005-2019-00222-01
Iliá Marina Obando de Torres vs. Colpensiones, Porvenir S.A., Old Mutual S.A. Contraloría de
Bogotá y Ministerio de Hacienda y Crédito Público

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

Ordinario Laboral
Rad. 66001-31-05-005-2019-00222-01
Iliá Marina Obando de Torres vs. Colpensiones, Porvenir S.A., Old Mutual S.A. Contraloría de Bogotá y Ministerio de Hacienda y Crédito Público
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

Ilia Marina Obando de Torres vs. Colpensiones, Porvenir S.A., Old Mutual S.A. Contraloría de Bogotá y Ministerio de Hacienda y Crédito Público

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 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-.

Ordinario Laboral

Rad. 66001-31-05-005-2019-00222-01

Ilia Marina Obando de Torres vs. Colpensiones, Porvenir S.A., Old Mutual S.A. Contraloría de Bogotá y Ministerio de Hacienda y Crédito Público

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*

Ordinario Laboral
Rad. 66001-31-05-005-2019-00222-01
Iliá Marina Obando de Torres vs. Colpensiones, Porvenir S.A., Old Mutual S.A. Contraloría de Bogotá y Ministerio de Hacienda y Crédito Público
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

Ilia Marina Obando de Torres vs. Colpensiones, Porvenir S.A., Old Mutual S.A. Contraloría de Bogotá y Ministerio de Hacienda y Crédito Público

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.

Ordinario Laboral

Rad. 66001-31-05-005-2019-00222-01

Ilia Marina Obando de Torres vs. Colpensiones, Porvenir S.A., Old Mutual S.A. Contraloría de Bogotá y Ministerio de Hacienda y Crédito Público

“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.

Ordinario Laboral
Rad. 66001-31-05-005-2019-00222-01
Ilija Marina Obando de Torres vs. Colpensiones, Porvenir S.A., Old Mutual S.A. Contraloría de
Bogotá y Ministerio de Hacienda y Crédito Público

**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 4 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

**Julio Cesar Salazar Muñoz
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 2 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

Firma Con Aclaración De Voto

**Ana Lucia Caicedo Calderon
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 1 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

Ordinario Laboral
Rad. 66001-31-05-005-2019-00222-01
Iliana Marina Obando de Torres vs. Colpensiones, Porvenir S.A., Old Mutual S.A. Contraloría de
Bogotá y Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Código de verificación:

fe7de51f577207ad6874f74d4a10e5a748f2e41cb4a1604edc2a7970531bc98c

Documento generado en 04/10/2021 06:57:21 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>