El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Providencia: Consulta y apelación sentencia

Proceso: Ordinario Laboral

Radicación No: 66001-31-05-002-2017-00474-01

Demandante: Nancy Consuelo Noriega Buelvas

Demandado: Colpensiones y Protección S.A.

Juzgado de origen: Segundo Laboral del Circuito de Pereira

**TEMAS: INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL / NO PUEDE TENER COMO FUNDAMENTO JURÍDICO LOS ARTÍCULOS 13 Y 271 DE LA LEY 100 DE 1993 / OMISIONES O ERRORES EN LA INFORMACIÓN SUMINISTRADA POR LAS AFP AL MOMENTO DEL TRASLADO / SUSTENTAN LA ACCIÓN RESARCITORIA DE PERJUICIOS / ARTÍCULO 10 DEL DECRETO 720 DE 1994.**

… frente al tema de la ineficacia del traslado entre administradoras de regímenes pensionales, la Corte Suprema de Justicia en reciente jurisprudencia ha sustentado con base en los artículos 13 literal b) y 271 inciso 1º de la Ley 100 de 1993, que 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 de la afiliación, con el propósito de que el trabajador recobre la afiliación al régimen anterior…

No obstante lo anterior, y pese a que esta Sala de Decisión compartía dicha interpretación, aunque no las subreglas, incluso hasta el 13/08/2019, Exp. No. 2017-00405-01… lo cierto es que a partir de un análisis detallado de la normativa invocada, así como de la lectura de la Ley 100/93 y su decreto reglamentario, anunciado en las aclaraciones de voto realizadas por el Mag. Julio César Salazar Muñoz - Decreto 720/94 -, aunado a la garantía de los bienes jurídicos involucrados en este tipo de procesos…, permiten ahora a esta Sala apartarnos totalmente de la tesis expuesta por nuestra superioridad, tal como se indicó en decisión de 29/10/2019, Exp. No. 2018-00133-01.

En ese sentido, a juicio de esta Sala Mayoritaria cuando un afiliado a una AFP acusa a ésta de maniobras engañosas, defraudadoras, omisas o erróneas en el ofrecimiento de información que lleve consigo el traslado de régimen pensional, la acción judicial que debe entablar dicho afiliado corresponde a un resarcimiento de perjuicios 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…

… la posición ya descrita por la Sala de ninguna manera deja al garete a los afiliados que se trasladaron de régimen debido a la omisión del deber de información de las AFP (error u omisión), y que ahora, por lo general 20 años después, reclaman ante la administración de justicia, porque se encuentran inconformes con la mesada pensional que se ofrece en el RAIS, pero no con los restantes beneficios de dicho régimen.

En ese sentido, para remediar tal inconformidad el legislador contempló una acción diferente como es el resarcimiento de perjuicios, prescrita en el artículo 10 del Decreto 720 de 1994 - vigente para la época de los hechos -, que establece:

“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 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”. (…)

Puestas de este modo las cosas, si el supuesto de hecho expuesto en la demanda se encuentra dirigido a probar que el promotor de la AFP omitió o erró en la información otorgada para que el trabajador pudiese elegir a cuál régimen pensional quería pertenecer, y esto le ocasionó un perjuicio, por el valor de la mesada que será otorgada en el RAIS, entonces la acción a emprender no es la ineficacia de la afiliación, sino la de resarcimiento de perjuicios, sin que a través de esta se permita la nueva elección de régimen pensional o retorno al anterior, que es la consecuencia de salir avante la ineficacia, que por el principio de legalidad no puede extenderse a estos supuestos fácticos.

**ACLARACIÓN DE VOTO: DOCTOR JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Tal como lo he venido sosteniendo desde hace ya algún tiempo en mis salvamentos y aclaraciones de voto, 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 nueva posición se separa expresamente de la línea actual de la Corte Suprema de Justicia, se considera prudente acompañar la decisión con las claridades que a continuación se señalan: (…)

Como fácilmente puede verse, es este decreto 720 de 1994 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.

Claro resulta entonces que, si se prueba en el proceso el engaño o la responsabilidad de la AFP privada en el traslado del afiliado y, como consecuencia de ello, la causación de un perjuicio al usuario, él cuenta con la acción adecuada para pedir la indemnización de ese perjuicio, pero obviamente a cargo de quien se lo causó, esto es la AFP que propició el traslado, más no de COLPENSIONES.



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Sustanciadora

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

En Pereira, a los veinticinco (25) días del mes de febrero de dos mil veinte (2020), siendo las diez y treinta de la mañana (10:30 a.m.), la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de surtir el grado jurisdiccional de consulta y desatar los recursos de apelación contra la sentencia proferida 14 de junio de 2019 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Nancy Consuelo Noriega Buelvas** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** y **Protección S.A.,** radicado al N° 66001-31-05-002-2017-00474-01**.**

**Registro de asistencia:**

Demandante y su apoderado: Demandadas y sus apoderados:

**Traslado a las partes**

En este estado se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos, de conformidad con lo establecido por el artículo 13 de la Ley 1149/07.

**ANTECEDENTES:**

1. **Síntesis de la demanda y su contestación**

Nancy Consuelo Noriega Buelvas pretende, principalmente, que se declare la ineficacia del traslado realizado del RPM al RAIS, y subsidiariamente la nulidad de tal afiliación, en consecuencia se ordene el traslado al RPM y se trasladen la totalidad de sus aportes. Por otro lado, pretendió el reconocimiento y pago de la pensión de vejez con fundamento en el Acuerdo 049/90.

Fundamenta sus aspiraciones en que *i)* el 26/01/2001 se trasladó entre regímenes pensionales, debido a la errónea información suministrada por un dependiente de Santander, hoy Protección S.A.; *ii)* traslado a una AFP privada que le generó un perjuicio, pues allí apenas obtendría una mesada pensional de $915.911, cuando en el RPM sería de $3’307.983.

Tanto **Colpensiones** como **Protección S.A.** se opusieron a las pretensiones, que en lo que interesa al proceso de ahora, informaron que la demandante realizó un traslado libre y voluntario. A su vez, coincidieron en las excepciones de mérito, para lo cual anunciaron, entre otras, la inexistencia de la obligación.

1. **Síntesis de la sentencia**

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira declaró la ineficacia del traslado al RAIS, y en consecuencia ordenó al fondo que trasladara a Colpensiones los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, sin descontar las cuotas de administración, además de incluir los bonos pensionales y las diferencias entre la cotización hecha al RAIS y al RPM; por otro lado, ordenó a Colpensiones que aceptara el traslado. Como fundamento de tal determinación, la *a quo* argumentó que la carga de la prueba recaía en la AFP, sin que lograra acreditar la información suministrada a la demandante.

Por último, ordenó el reconocimiento de la pensión de vejez con fundamento en el Acuerdo 049/90, a partir de la fecha de retiro del sistema pensional.

 **3. Del recurso de apelación**

Inconforme con la decisión tanto **Colpensiones** como **Protección S.A.** presentaron recurso de alzada para lo cual argumentaron que la afiliación al RAIS sí fue válida y el traslado ocurrió conforme las normas que para la época regían dicho acto. Por otro lado, recurrieron que no había lugar a ordenar la remisión de bonos pensionales y sumas adicionales, porque el efecto de la ineficacia es que nunca ocurrió el traslado, y por ende, lo que procede es la anulación del bono pensional, sin lugar a suma adicional ni devolución de rendimientos financieros porque la demandante no puede beneficiarse tanto del RPM como del RAIS.

 **4. Grado jurisdiccional de consulta**

Por resultar adversa la decisión a Colpensiones, en esta instancia se ordenó surtir el grado jurisdiccional de consulta, pues la Nación es garante de las condenas impuestas a dicha entidad, todo ello de conformidad con el artículo 69 del C.P.L. y de la S.S.

**CONSIDERACIONES**

1. **Del problema jurídico**

Antes de entrar a resolver los interrogantes que emergen de los argumentos de la apelación, se hace necesario verificar si en este asunto se invocó la acción pertinente, por lo que la Sala se plantea la siguiente:

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

1. **Solución al problema jurídico**

**Fundamento jurídico**

**Del valor normativo de las decisiones emitidas por la Corte Suprema de Justicia**

Las decisiones adoptadas por el superior jerárquico, en nuestro caso por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral encargada de unificar la jurisprudencia, resulta ser como regla general de obligatorio acatamiento, lo que se traduce en una limitación de la autonomía judicial; sin embargo y a modo de excepción, el funcionario judicial puede apartarse de ellas esgrimiendo razones suficientemente fundadas que lo llevan a tomar esa determinación.

Así, bajo las disposiciones explicitadas por las sentencias C-836/2001 y C-621/2015, ya sea al amparo de la doctrina probable o del precedente judicial, cada juez ordinario conserva tal facultad de apartamiento, para la primera de la regla de interpretación de las normas insertas en la jurisprudencia, o de la segunda sobre la regla de aplicación de las normas en casos precisos, ambos bajo el explícito contra-argumento que evidencie la imposibilidad de la jurisprudencia para atender un fenómeno social, político o económico, o de otro lado la discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial.

Tal obligación argumentativa impide la alternancia de decisiones caprichosas, obligación que a su vez salvaguarda los principios de congruencia, igualdad de trato por parte de las autoridades y frente a la ley, además de la buena fe de los ciudadanos respecto de la administración de justicia.

Por último, se aclara que la sentencia C-539 de 2011 que al analizar la constitucionalidad del artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, resaltó la obligatoriedad del precedente pero únicamente para las entidades públicas de cualquier orden, que deban resolver peticiones o expedir actos administrativos, es decir, para autoridades que realizan una actividad diferente a la función judicial que esta Colegiatura ejercita, y por ello, excluye cualquier efecto vinculante.

En ese sentido, frente al tema de la ineficacia del traslado entre administradoras de regímenes pensionales, la Corte Suprema de Justicia en reciente jurisprudencia[[1]](#footnote-1) ha sustentado con base en los artículos 13 literal b) y 271 inciso 1º de la Ley 100 de 1993, que 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 de la afiliación, con el propósito de que el trabajador recobre la afiliación al régimen anterior.

Al punto, la misma corte[[2]](#footnote-2) ha enseñado que los efectos perseguidos con los aludidos artículos se alcanzan a través de la acción de “*ineficacia”* y no la nulidad; por lo que, cualquier pretensión de anulación, en realidad debe entenderse como ineficacia de traslado.

A su vez, 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.

No obstante lo anterior, y pese a que esta Sala de Decisión compartía dicha interpretación, aunque no las subreglas, incluso hasta el 13/08/2019, Exp. No. 2017-00405-01, así como cuando la ponente de ahora ha integrado la Sala de Decisión No. 1 de la Magistrada Ana Lucía Caicedo Calderón, lo cierto es que a partir de un análisis detallado de la normativa invocada, así como de la lectura de la Ley 100/93 y su decreto reglamentario, anunciado en las aclaraciones de voto realizadas por el Mag. Julio César Salazar Muñoz – Decreto 720/94 -, aunado a la garantía de los bienes jurídicos involucrados en este tipo de procesos, y el resultado de las sesiones extraordinarias que convocó la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira para dilucidar tanto el marco normativo como su interpretación por el tribunal de cierre en esta materia, permiten ahora a esta Sala apartarnos totalmente de la tesis expuesta por nuestra superioridad, tal como se indicó en decisión de 29/10/2019, Exp. No. 2018-00133-01.

En ese sentido, a juicio de esta Sala cuando un afiliado a una AFP acusa a ésta de maniobras engañosas, defraudadoras, omisas o erróneas en el ofrecimiento de información que lleve consigo el traslado de régimen pensional, la acción judicial que debe entablar dicho afiliado corresponde a un resarcimiento de perjuicios 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 que puede infringir o coartar los derechos de libre escogencia del trabajador afiliado.

Así, de conformidad con el art. 167 del C.G.P., corresponde a la parte probar, demandante o demandada, el supuesto de hecho de la norma que consagra el efecto jurídico perseguido.

En esa medida, conviene recordar cuál es el supuesto de hecho contenido en la norma rectora invocada por la corte - literal b) del art. 13 y 271 de la Ley 100/93-. Dicha normativa exige que se pruebe que:

*“el empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho* [la selección de régimen pensional libre y voluntaria] *en cualquier forma, se hará acreedor de las sanciones…”.*

Sanciones que se encuentran en el artículo 271 anunciado y que concretamente indica:

*“Sanciones para el empleador. El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social integral se hará acreedor…”.*

Una vez acreditado tal supuesto de hecho, entonces ocurrirá el efecto jurídico que la norma consagra como es que “*la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador”,* es decir, dará lugar a la acción de ineficacia de la afiliación pensional.

El anterior derrotero normativo permite evidenciar que los aludidos artículos contienen un hecho generador de la ineficacia, el que debe provenir de un sujeto calificado como es “*El empleador o cualquier persona natural o jurídica” o “El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica”.*

En un primer momento una lectura desprevenida de tal enunciado permitiría predicar tanto del empleador del afiliado, como de cualquier persona, entre ellas la AFP, la posibilidad de desconocer, impedir o atentar contra el derecho del trabajador en la selección libre y voluntaria del régimen pensional al que desea pertenecer, pero auscultado en detalle no solo tal normativa, sino la Ley 100 de 1993 en general, permite advertir que en realidad tal supuesto de hecho solo puede provenir del empleador o “*cualquier persona”* afín con esa denominación, es decir, de alguien que pueda usurpar la voluntad del trabajador por tener una posición subordinante frente a este, o director de sus actos.

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, y 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.

Además, para la Sala ninguna otra interpretación podría derivarse de dichos artículos, si en cuenta se tiene que 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.

Así, en tanto la Administradora del Fondo de Pensiones, en este caso particular, es el nuevo actor de la Ley 100/93, entonces el legislador lo hubiere referido expresamente como generador de la ineficacia del traslado entre regímenes pensiones como lo hizo con el empleador, sin que pueda derivarse una omisión legislativa de tal ausencia, pues iterase las sanciones no pueden aplicarse a otros sujetos por analogía.

Lo anterior cobra mayor relevancia si en cuenta se tiene que las normas invocadas exigen que en el supuesto de hecho en el que participa un sujeto calificado, este ***desconozca, impida o atente*** contra el derecho libre y voluntario del trabajador de elegir el régimen pensional, que en otras palabras implica que su consentimiento no provenga de él, sino de otro, actos que de ninguna manera podrá ejecutar una AFP, en tanto que ella en efecto busca una afiliación al sistema de seguridad social y para ello, está obligado a exponer las características, beneficios y riesgos del sistema de ahorro individual; por lo que solo una persona con la posibilidad de direccionar los actos del trabajador podrá desconocer, impedir o atentar contra el derecho de este, es decir, su empleador.

En otras palabras solo se realizarán tales conductas cuando una persona ajena al trabajador, sustituya su voluntad e imponga la suya, al escoger el régimen, lo que el promotor de la AFP no puede ejecutar, pues él representa la otra parte contractual, con quien se cruza el acuerdo de voluntades.

En efecto, la Ley 100 de 1993 promocionó el nuevo sistema pensional en una libre y sana competencia que debía existir entre las AFP del RAIS y la única administradora del RPM, sin que ninguno de los dos regímenes, excluyentes entre sí, puedan ser mejor que el otro, pues ello imposibilitaría la subsistencia de alguno. De manera tal que, tanto las AFP como Colpensiones deben buscar la obtención de nuevos afiliados, garantizando a cada uno de ellos los beneficios que cada uno de los regímenes contempla. Para los primeros la capitalización de sus ahorros o el acceso a una garantía mínima con 1.150 semanas o, para los segundos una prestación definida al acumular 1.300 septenarios.

Ahora la posición ya descrita por la Sala de ninguna manera deja al garete a los afiliados que se trasladaron de régimen debido a la omisión del deber de información de las AFP (error u omisión), y que ahora, por lo general 20 años después, reclaman ante la administración de justicia, porque se encuentran inconformes con la mesada pensional que se ofrece en el RAIS, pero no con los restantes beneficios de dicho régimen.

En ese sentido, para remediar tal inconformidad el legislador contempló una acción diferente como es el resarcimiento de perjuicios, prescrita en el artículo 10 del Decreto 720 de 1994 – vigente para la época de los hechos -, que establece:

*“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 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”.*

Así, de tal articulado se desprenden 4 elementos para invocar la acción de resarcimiento de perjuicios a saber: a) ocurrencia de un error u omisión, que puede consistir en la información otorgada a un trabajador para que este pueda elegir el régimen pensional que prefiere; b) que el error u omisión provenga del promotor de la AFP, que bien puede ser o no su empleado; c) que se cause un daño; d) que ese daño cause un perjuicio en el afiliado, entendido este como la diferencia del valor de la mesada que recibirá en el RAIS, frente al RPM; el tiempo que le costará acceder al derecho pensional, o no recibirlo, entre otros.

Además, resulta preciso resaltar que tampoco puede obviarse el principio de interpretación del ordenamiento jurídico que exige la aplicación de la norma especial sobre la simplemente general.

Por último, es preciso resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha descargado en Colpensiones, sujeto ajeno a la omisión del deber de información para la época de los traslados entre regímenes, los efectos patrimoniales de las ineficacias de los mismos, con lo cual trasgrede tanto la cláusula constitucional de responsabilidad patrimonial, como el régimen resarcitorio de perjuicios contenido en el Código Civil, sin que las órdenes judiciales tendientes a trasladar los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros y gastos de administración, resulten suficientes para cubrir el perjuicio que debe asumir Colpensiones para sufragar las pensiones de personas que no contribuyeron, por lo menos durante los últimos 10 años, al fondo común que compone el RPM, tal como de antaño lo ha resaltado la Corte Constitucional en sentencia C-1024 de 2004; tan evidente aparece esta conclusión que el propósito del proceso que nos concita precisamente da cuenta de una pensión de mínimo o inferior valor en el RAIS, cuando en el RPM podría ser el doble de aquella, de manera tal que el capital trasladado a Colpensiones siempre será insuficiente para paliar el monto de la pensión que deberá reconocer.

En efecto, nuestra legislación ha establecido que sólo se obliga a indemnizar a aquel que causó un daño – artículos 2341 y 2343 del Código Civil -, por lo que si Colpensiones no participó en la información otorgada al trabajador, no tendrá por qué resarcirlo, pues rememórese que las obligaciones nacen del concurso real de las voluntades de los contratantes o del daño inferido a otro – art. 1494 del Código Civil -, todo ello con claros efectos patrimoniales en la Nación, garante de los recursos dispuestos para Colpensiones.

Actuar en contrario implica una trasgresión a la cláusula constitucional contenida en el artículo 90 que prescribe que “*el Estado únicamente responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”,* máxime que obligar a Colpensiones al pago de las pensiones de los nuevos afiliados implica un grave detrimento de los legítimos intereses de todos los 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.

Puestas de este modo las cosas, si el supuesto de hecho expuesto en la demanda se encuentra dirigido a probar que el promotor de la AFP omitió o erró en la información otorgada para que el trabajador pudiese elegir a cuál régimen pensional quería pertenecer, y esto le ocasionó un perjuicio, por el valor de la mesada que será otorgada en el RAIS, entonces la acción a emprender no es la ineficacia de la afiliación, sino la de resarcimiento de perjuicios, sin que a través de esta se permita la nueva elección de régimen pensional o retorno al anterior, que es la consecuencia de salir avante la ineficacia, que por el principio de legalidad no puede extenderse a estos supuestos fácticos.

Dicho de otra forma, el supuesto de hecho contemplado en el literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100/93 apenas contempla el desconocer, atentar o impedir la libre elección del trabajador, a cargo del empleador o sujeto afín a tal calidad, nunca a la AFP. De manera tal que cuando se plantea en la demanda tal omisión de información por parte de la AFP, en realidad el actor está evidenciando un supuesto de hecho diferente al contemplado en los pluricitados art. 13 y 271 de la Ley 100/93.

**Fundamento fáctico**

Rememórese que Nancy Consuelo Noriega Buelvas pretende principalmente la ineficacia del traslado realizado del RPM al RAIS (fl. 68 c. 1), del que da cuenta el formulario suscrito el 26/01/2001 ante Santander, hoy Protección (fl. 35 c. 1), por lo que señaló en los hechos de la demanda que había sido la AFP y no a su empleador u otra persona afín a tal calidad, como el sujeto que la hizo incurrir en error o engaño, pues la AFP omitió la información necesaria para efectos de obtener dicho traslado y del que adujo derivar un perjuicio, en tanto que en el RAIS apenas obtendría una mesada pensional $915.911, cuando en el RPM sería de $3’307.983 (fl. 67 c. 1).

Al punto es preciso resaltar que aun cuando la demandante pretendió la “*nulidad”* del traslado (fl. 70 c. 1), lo cierto es que de los hechos invocados en la demanda (fls. 63 a 68 c. 1), se desprende que en realidad el propósito perseguido es retornar al RPM debido al incumplimiento del deber de información por parte de los asesores de una AFP; objetivo que tal como se explicó[[3]](#footnote-3) se alcanza a través de la acción de “*ineficacia”*; por lo que, su pretensión de anulación, en realidad debe entenderse como ineficacia de traslado.

Entonces, basta la anterior descripción para echar al traste las pretensiones de la demandante, pues estos supuestos fácticos corresponden a una acción diferente a la invocada, sin que ahora pueda esta Colegiatura encausar sus pretensiones en ese sentido, pues ello implicaría un grave quebranto a los derechos de contradicción y defensa de los sujetos procesales, así como al principio de congruencia – art. 281 del C.G.P.-, además que los jueces colegiados carecen de facultades *ultra* y *extra petita* en sus decisiones – art. 50 C.P.T. y de la S.S.-.

No sobra decir que en este caso no se trasgrede el principio de la **congruencia** en la medida en que ninguna condena se realiza por objeto distinto, ni se dejó de resolver la pretensión incoada, pues es precisamente en atención a los intereses de la parte demandante para que se declare una ineficacia de afiliación, que es el verdadero propósito al invocar la ineficacia o la nulidad, que se analizó detenidamente si había o no lugar a ella, dada la oposición de la parte recurrente y/o a favor de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta, para lo cual resultaba necesario fijar los presupuestos sustanciales de la acción de ineficacia, antes de verificar si se acreditaron, encontrando para el caso de ahora que la acción invocada no podía efectivizarse a partir de los hechos esbozados.

**CONCLUSIÓN**

Conforme lo expuesto, como los supuestos fácticos alegados en la demanda no son los que deben acreditarse para salir avante la ineficacia pretendida, se revocará la decisión de primera instancia como solicitaron los apelantes, aunque por diferentes razones, y en consecuencia se denegarán los pedimentos del libelo introductor.

Costas de primera instancia a cargo de la demandante y a favor de la parte demandada. Costas en segundo grado a favor de las demandada, de conformidad con el numeral 4º y 8º del artículo 365 del C.G.P.

**DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 14 de junio de 2019 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Nancy Consuelo Noriega Buelvas** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** y **Protección S.A.,** para en su lugar absolverlas de las pretensiones formuladas en su contra.

**SEGUNDO:** Costas de primera instancia a cargo de la demandante y a favor de la parte demandada. Costas en segundo grado a favor de las demandadas.

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se eleva y firma esta acta por las personas que han intervenido.

Quienes integran la Sala,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

 Magistrada PonenteMagistrado

 Aclara voto

Radicación Nro. 66001-31-05-002-2017-00474-01

Proceso Ordinario Laboral

Demandante: Nancy Consuelo Noriega Buelvas

Demandados: Protección S.A. y otro

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

**Febrero 25 de 2020**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Tal como lo he venido sosteniendo desde hace ya algún tiempo en mis salvamentos y aclaraciones de voto, 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 nueva posición se separa expresamente de la línea actual de la Corte Suprema de Justicia, se considera prudente acompañar la decisión con las claridades que a continuación se señalan:

**LA POSICIÓN ACTUAL DE LA SALA DE CASACIÓN LABORAL**

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 271 y 272 de la ley 100 de 1993, por cuanto se violó por parte de la AFP el deber de información para obtener el traslado de quien estaba afiliado al RPM. De allí que, tratándose de un tema de ineficacia y no de nulidad, no puede aplicarse la “prescripción” prevista en los términos que se señalan en el artículo 1750 del C.C.
2. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber que le es exigible desde la creación de estas entidades, básicamente porque *“las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios.”.* Deber cuyo nivel de exigencia se elevó con la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, en la medida que *“ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo.”,* llegando incluso a la exigencia de la doble asesoría prevista en la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.° 016 de 2016.
3. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para darle eficacia al acto del traslado, pues ello solo no da cuenta de que haya sido, como se requiere en estos eventos, un “consentimiento informado”.
4. Cuando el afiliado alega que no recibió la información debida al momento de afiliarse, como ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, la carga de la prueba de que si se brindó la información que correspondía está a cargo de la AFP.
5. Acreditada la falta de consentimiento informado corresponde declarar la ineficacia del traslado y como consecuencia de ello entonces, para efectos de la concreción de los derechos pensionales reclamados, se debe imponer la obligación de la AFP de trasladar a Colpensiones el valor de 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.

No obstante, tal línea jurisprudencial, como se anunció previamente, con base en las sentencias C-621 de 2015 y 836 de 2001, considero necesario apartarme de ella, para lo cual expongo de manera razonada la argumentación jurídica que lleva a tal alejamiento.

Para el efecto, en primer término debe ponerse de relieve que el análisis en este tipo de asuntos requiere en primer lugar la determinación de si la acción que se está utilizando y con base en la cual se están protegiendo los eventuales derechos de los afiliados al RPM que se trasladaron al RAIS, tiene soporte legal en nuestro sistema jurídico pensional en general y en el régimen de obligaciones y cargas vigentes en nuestro territorio, y un peso tal que permita desconocer la obligación constitucional de proteger y garantizar la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y; en segundo lugar, si legal y constitucionalmente, está previsto que el Fondo Público de Pensiones Colpensiones, sea quien haya de asumir el reconocimiento y pago de la pensión, con los dineros que a última hora se le van a entregar y con los cuales de antemano se sabe que financieramente solo permiten otorgar una pensión mucho menor a la que habrá de otorgar conforme a las reglas del RPM.

La tesis que se sostendrá es que de manera manifiesta la acción que se viene intentando en este tipo de asuntos no es la que en realidad está prevista en nuestra legislación para solucionar los casos en que por omisión u error en la información suministrada por las AFP privadas, los afiliados decidieron trasladarse de régimen, y que la solución que está otorgando la Jurisprudencia para cubrir los perjuicios que ellos hayan sufrido, constituye una grave violación a los derechos de Colpensiones que atenta de manera grave contra la sostenibilidad financiera del RPM y de paso compromete el Presupuesto Nacional, que es la cuenta de donde finalmente habrán de salir los dineros que permitan honrar las obligaciones pensionales que así se impongan.

**EXPOSICIÓN DE LAS RAZONES JURÍDICAS QUE JUSTIFICAN EL CAMBIO O ALEJAMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL TEMA SEGÚN LO EXIGE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN LA SENTENCIA T-459-2017.**

Es conocida y respetada la posición de la Corte Constitucional respecto al acatamiento que deben hacer los funcionarios judiciales de la jurisprudencia de las altas Cortes, pero conviene desde ya poner de presente que esa alta corporación ha sido clara en evidenciar que esa no es una regla absoluta, pues es posible exponer razones jurídicas de peso que justifiquen el alejamiento de la doctrina probable. Así en la sentencia T-459 de 2017 dijo claramente lo siguiente:

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

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

Por lo tanto, paso a exponer las razones jurídicas que demuestran con suficiencia la necesidad constitucional y legal de revaluar la procedencia de las declaraciones de ineficacia.

1. **LA ACCIÓN QUE SE VIENE APLICANDO.**

Frente a la manifestación de los actores de haber sido engañados o no haber recibido la información necesaria para tomar una decisión informada en orden a realizar el traslado de régimen, con base en los artículos 13 literal b y 271 de la ley 100 de 1993 se está declarando la ineficacia de los traslados.

Tal decisión comporta 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 el saldo que exista en cuenta de ahorro individual a Colpensiones, entidad esta última que, **con esa misma suma -que 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 al siguiente resultado: 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 jurídica, pero sobre todo NO ES LA SOLUCIÓN JURÍDICA QUE NUESTRA LEGISLACIÓN PREVÉ PARA ESTOS EVENTOS.**

La indebida aplicación normativa que se está realizando para dar vida a una supuesta ineficacia, entre otras razones, nace del incumplimiento de 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”.**

En efecto, toda la línea argumentativa de la actual posición de la Corte Suprema de Justicia, para sostener la ineficacia de los traslados entre regímenes, parte del hecho de considerar que las AFP privadas incurrieron en las conductas generantes de la sanción prevista en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, sin percatarse que desde el título, la norma precisa que se trata de **“Sanciones al empleador”**, esto es, que está dirigida a regular las conductas de los empleadores o de “cualquier persona” afín con esa denominación, que pretendan impedir o atentar contra la libre escogencia de régimen y administradora de pensiones por parte de los trabajadores, pero manifiestamente no contempla la regulación de las actividades que puedan adelantar las AFP en desarrollo del objeto para el que fueron creadas, ni mucho menos las sanciones a que se pueden ver avocadas por el indebido ejercicio de esas actividades de promoción y afiliación al RAIS que les conciernen en desarrollo de su objeto social, pues para tales efectos hay legislación específica que adelante se resaltará.

Tal conclusión encuentra apoyo adicional en el hecho de que el sistema implementado por la ley 100 de 1993 implica la libre competencia entre los dos regímenes, de allí que no guarde coherencia ubicar a las Administradoras como destinatarias de lo previsto en artículos 13 literal b y 271 de la ley 100 de 1993 pues es inherente a su creación el otorgarles la posibilidad de promocionar el nuevo sistema cuya gestión les fue encargada. De allí que conteniendo la norma citada 2 verbos rectores -“impedir o atentar”-, referidos al derecho de los trabajadores de afiliarse y seleccionar libremente los organismos e instituciones del sistema de seguridad social a los que quiere entregar la administración de sus aportes, resulta evidente que cuando las AFP promocionan y se ofrecen para administrar los recursos que permitirán acceder a una pensión, bajo ningún entendimiento se puede considerar que están incursas en esas conductas, pues ni han impedido la afiliación de los usuarios al sistema o su libre selección de organismo ni tampoco han desconocido o boicoteado el derecho del afiliado a la selección del organismo que se encargaría de administrar sus aportes. Lo que hicieron fue buscar que, dentro de las opciones que creó la ley 100 de 1993, los participantes del sistema las eligieran para administrar sus recursos. Ahora, si para lograr tal cometido dieron información equivocada u omitieron dar la que correspondía, el decreto 720 de 1994 tiene previstas las consecuencias jurídicas que tal proceder acarrea, como adelante se explicitará.

**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: Impone a Colpensiones el reconocimiento de pensiones de vejez, con los subsidios del régimen, para personas que no tuvieron sus recursos en esa administradora dentro de los 10 años anteriores a la adquisición del derecho, lo que genera un grave atentado contra la sostenibilidad financiera del sistema, tal como lo tiene dicho la Corte Constitucional desde la sentencia C-1024 de 2004 que luego se analizará.

SEGUNDO: 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.

TERCERO: 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 tres afirmaciones.

**APOYO CONSTITUCIONAL EMANADO DE LA SENTENCIA C-1024 DE 2004 SOBRE LA RAZÓN DE SER DE LA LIMITACIÓN DE TRASLADO CUANDO FALTEN MENOS DE 10 AÑOS.**

Para garantizar la abierta competencia entre regímenes, la ley estableció la posibilidad de trasladarse libremente entre ellos, limitándola en la etapa final de la adquisición del derecho –inicialmente 5 años y posteriormente 10-.

Al analizar esa limitación la Corte Constitucional fue clara en explicar que **para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema de prima media** es necesario que los aportes de los afiliados estén a su disposición, de manera tal que se permita que la administradora haga las inversiones necesarias para obtener altas tasas de rentabilidad. En efecto se dijo en la sentencia C-1024 de 2004 que:

“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´*.”

Por otra parte, el período de permanencia previsto en la ley, de igual manera permite defender la *equidad* en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues como previamente se expuso, se aparta del valor material de la justicia que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad a partir de los rendimientos producidos por la administración de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiados del riesgo asumido por otros (C.P. preámbulo y art. 1°), o eventualmente, subsidiados a costa de los recursos ahorrados con fundamento en el aporte obligatorio que deben realizar los afiliados al Régimen de Ahorro Individual[7], para garantizar el pago de la garantía de la pensión mínima de vejez cuando no alcanzan el monto de capitalización requerida[[8]](http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2004/C-1024-04.htm%22%20%5Cl%20%22_ftn8%22%20%5Co%20%22), poniendo en riesgo la cobertura universal del sistema para los ahorradores de cuentas individuales.

La *validez* de dicha herramienta legal se encuentra en la imperiosa necesidad de asegurar la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social en materia pensional a todos los habitantes del territorio colombiano, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia (C.P. art. 48).”

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; 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..

**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”.*

**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. Al respecto el decreto en mención refiere:

**CAPITULO I. DISPOSICIONES GENERALES**

Artículo 1º OBJETO. **El presente Decreto regula las condiciones y términos para el desarrollo de la actividad de promoción y distribución de los productos de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones**, incluidos los planes complementarios, alternativos y los planes pensiones.

Artículo 2º DESTINATARIOS. Igualmente señala las personas y entidades habilitadas para efectuar dichas labores, **las disposiciones a las cuales han de sujetar su gestión**, las condiciones de supervisión por parte de la Superintendencia Bancaria **y el régimen sancionatorio correspondiente**.

**CAPITULO II. REGIMEN DE PROMOTORES Y OPERACIONES AUTORIZADAS**

Artículo 3º PROMOTORES DE LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. **Las sociedades administradoras del sistema general de pensiones podrán utilizar para la promoción en la vinculación de afiliados, vendedores, con o sin relación laboral,** a instituciones financieras, a intermediarios de seguros u otras entidades, en los términos que prevea el presente decreto o las disposiciones legales pertinentes.

Artículo 4º DISTRIBUCION MEDIANTE VENDEDORES. **Las sociedades administradoras del sistema general de pensiones podrán utilizar vendedores, los cuales podrán contar con o sin relación laboral, según se establezca en el respectivo convenio.**

**Las sociedades administradoras del sistema general de pensiones verificarán la idoneidad, honestidad, trayectoria, especialización, profesionalismo y conocimiento adecuado de la labor que desarrollarán las personas naturales que vinculen como promotores.**

**Las actuaciones de los vendedores en el ejercicio de su actividad obligan a la sociedad administradora del sistema general de pensiones respecto de la cual se hubiere promovido la correspondiente vinculación.**

Artículo 12. OBLIGACION DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones **deberá suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.**

Pero sobre todo, el decreto en mención señaló la acción que corresponde en esta clase de asuntos:

**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)

Como fácilmente puede verse, es este decreto 720 de 1994 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.

Claro resulta entonces que, si se prueba en el proceso el engaño o la responsabilidad de la AFP privada en el traslado del afiliado y, como consecuencia de ello, la causación de un perjuicio al usuario, él cuenta con la acción adecuada para pedir la indemnización de ese perjuicio, **pero obviamente a cargo de quien se lo causó**, esto es la AFP que propició el traslado, más no de COLPENSIONES.

**CASO CONCRETO**

En el anterior orden de ideas, como quiera que la acción impetrada por la señora Nancy Consuelo Noriega Buelvas es la de la declaratoria de ineficacia del acto jurídico por medio del cual se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, con el objeto de que se declare válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación primigenia al régimen de prima media administrado en ese entonces por el Instituto de Seguros Sociales hoy Administradora Colombiana de Pensiones; y toda vez que, como viene de verse, según la teleología de la ley 100 de 1993, la AFP Porvenir S.A. tenía dentro de su razón de ser, buscar la afiliación de personas al RAIS, no resulta coherente sostener que en desarrollo de esa actividad hayan atentado o impedido la libre afiliación de la actora en los términos del artículo 271 de la ley 100 de 1993, máxime si se tiene en cuenta que la sanción de ineficacia que allí se establece y que no es aplicable por analogía, es para los EMPLEADORES que incurran en esa conducta mas no para las Administradoras del Sistema; teniendo en cuenta además que, de acceder a tal declaratoria, se violaría la restricción de traslado entre regímenes dentro de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad para acceder a la pensión de vejez prevista en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, causando con ello un grave detrimento patrimonial a Colpensiones, quien no tuvo ninguna injerencia en el traslado que ahora se quiere anular, correspondía, como en efecto se hizo, negar la totalidad de las pretensiones de la demanda, pues como se explicó extensamente, para los comportamientos que relatan los hechos de la demanda, la legislación en el decreto 720 de 1994 tiene prevista una consecuencia jurídica precisa de carácter indemnizatorio a cargo de la AFP que haya incurrido en malas prácticas que deriven perjuicio para las personas que se vinculen a ellas.

Debo resaltar que si bien, como se explicó con anterioridad, la negativa anterior no conlleva que el actor carezca de acción en orden a defender sus derechos dentro del sistema general de pensiones por las conductas de los promotores de las AFP privadas, en esta sede no era posible adelantar ese análisis, pues ese es un debate que debe darse desde la primera instancia, toda vez que a pesar que el conflicto jurídico se presenta entre las mismas partes y con base en los mismos hechos, las pretensiones de una y otra acción son totalmente diferentes y por ello, al percibirse en este segundo grado, no resulta posible abordarlas dado que se configuraría una violación de los principios de congruencia y consonancia, al afrontar asuntos diferentes a los propuestos por las partes, lo que de paso conllevaría una afectación directa del legítimo derecho de defensa.

Dejo así aclarado mi voto.

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado

1. SL4964 del 14/11/2018, radicado 54814, SL1452 del 03/04/2019, radicado 68852 y SL1688 del 08/05/2019. [↑](#footnote-ref-1)
2. CSJ, SL Sent. de 08/05/2019, rad. 68838. [↑](#footnote-ref-2)
3. CSJ, SL Sent. de 08/05/2019, rad. 68838. [↑](#footnote-ref-3)