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: 66001-31-05-004-2018-00607-01

Demandante: Jaime Antonio Romero Díaz

Demandado: Colpensiones y Porvenir S.A.

Juzgado de origen: Cuarto 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 / MULTIAFILIACIÓN.**

… 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 Mayoritaria 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. (…)

Pese a lo anterior, los afiliados incurren en múltiples vinculaciones entre el RPM y el RAIS, entre ellas, cuando se trasladan entre regímenes pensionales sin la permanencia requerida – 3 o 5 años –, o cuando encontrándose afiliado a uno, comienza a cotizar en otro, o cuando cotizan simultáneamente a ambos regímenes; multiplicidad de lazos que se encuentran prohibidos; por ello y con el propósito de solventar dichas situaciones los Decretos 692/1994, 3800/2003 y 3995/08 determinaron que las entidades administradoras del régimen pensional aplicarían los criterios allí establecidos para fijar a cuál régimen pensional se encuentra válidamente afiliado un trabajador.



**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 diez (10) días del mes de marzo de dos mil veinte (2020), siendo las ocho de la mañana (08:00 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 10 de septiembre de 2019 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Jaime Antonio Romero Díaz** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** y **Porvenir S.A.,** radicado al N° 66001-31-05-004-2018-00607-01**.**

**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**

Jaime Antonio Romero Díaz pretende de manera principal que se declare la nulidad de la afiliación realizada el 28/06/1995 del RPM al RAIS, por no haber cumplido con el término mínimo de permanencia de 3 años y en consecuencia se autorice la afiliación a Colpensiones y subsidiariamente se declare la ineficacia del traslado por información engañosa; por consiguiente, solicitó que se remitiera a Colpensiones la totalidad de aportes realizados durante su vinculación en el RAIS.

Fundamenta sus aspiraciones en que *i)* laboraba para el Hospital Universitario San Jorge desde el 12/07/1989 y que para el 01/04/1994 su empleador lo afilió al extinto ISS; *ii)* el 28/06/1995 ante la insistencia del asesor de la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A. se trasladó al RAIS con el convencimiento de que la información suministrada era veraz, consistente en la obtención de una pensión anticipada y superior a la que obtendría en el RPM; *iii)* el traslado incumplió con el término de permanencia de 3 años; *iv)* la indebida información otorgada resultó lesiva de sus interese porque al alcanzar los 62 años en el RAIS obtendrá una pensión de $1’450.000, cuando en el RPM sería de $4’763.800.

Tanto **Colpensiones** como **Porvenir S.A.** se opusieron a las pretensiones elevadas, porque la selección del régimen de pensiones es libre y voluntaria, máxime que el traslado de la demandante se había realizado bajo los requisitos legales existentes para ese momento.

Por otro lado, se argumentó que la afiliación realizada el 28/06/1995 a Horizonte fue anulada y por ende, el traslado de régimen del demandante se dio a Colpatria, hoy Porvenir S.A. el 05/08/1999. Anulación que ocurrió de conformidad con el art. 17 del Decreto 692 de 1994 y la Circular Externa 058/98, además de que fue comunicada al demandante el 03/12/2002.

También propusieron similares excepciones de mérito, entre otras *“validez y eficacia del traslado al RAIS”* y “*prescripción”.*

1. **Crónica procesal**

La juzgadora para fijar el litigio señaló que en tanto se había presentado una situación de multi-afiliación, el comité había concluido como válida la afiliación al RAIS, pero que revisados los formularios de afiliación únicamente, el suscrito en el año 1995, contemplaba un traslado de regímenes, mientras que los formularios de 1999 y 2002 apenas eran entre AFP, entonces la época para la cual la AFP debía cumplir con el deber de información correspondía al año 1995.

En consecuencia, fijó el litigio en determinar si procede la declaración de ineficacia del traslado del RPM al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A.; además frente a la controversia de sí el traslado realizado en 1995 había sido o no anulado, y por ende, debía analizarse los hechos en torno a las afiliaciones ocurridas en el año 1998 y 2002, la *a* *quo* aclaró dicha situación en los siguientes términos: “*El despacho lo deja abierto en fecha y analizará cuándo existió ese deber de información y si se cumplió o no (…)”.*

Pese a ello, el demandante insistió contra la fijación del litigio, que la ineficacia del traslado debía derivarse ya fuera por indebida información o por falta de la permanencia mínima.

1. **Síntesis de la sentencia**

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira declaró la ineficacia del traslado al RAIS realizada el 28/06/1995, y en consecuencia ordenó al fondo privado que trasladara a Colpensiones “*los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses y cuotas de administración”* y a Colpensiones que aceptara el traslado.

Como fundamento de tal determinación, la *a quo* argumentó que en el año 1995 fue cuando se suscribió el traslado entre regímenes pensionales, y por ello circunscribió la controversia al formulario suscrito en dicha data. En ese sentido, adujo que la AFP incumplió con su deber de información, pues apenas se allegó el formulario de afiliación que de ninguna manera evidenciaba el suministro adecuado de información, y si bien el demandante al absolver el interrogatorio de parte indicó algunas características del régimen ahorro individual, ello apenas constituía una “*pequeña confesión”,* pues no dijo si los asesores de la AFP le habían dado cuenta de las desventajas de dicho régimen.

1. **De los recursos de apelación**

Inconforme con la decisión tanto Colpensiones como Porvenir S.A. presentaron recurso de apelación para lo cual argumentaron que el traslado del demandante a la AFP privada había sido libre y voluntario, por lo que no había lugar a acceder a las pretensiones. Por otro lado, renegaron del calificativo de “*pequeña confesión”* aducida por la *a quo,* pues precisamente con sus dichos se evidenció que sí recibió la información pertinente. Para finalizar se opusieron a la devolución de las cuotas de administración.

1. **Grado jurisdiccional de consulta**

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

**CONSIDERACIONES**

1. **Del problema jurídico**

¿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**

**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, 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 Jaime Antonio Romero Díaz pretendió de manera subsidiaria la ineficacia del traslado del RPM al RAIS realizado el 28/06/1995 (fl. 5 c. 1), del que da cuenta el formulario suscrito dicho día ante Horizonte, hoy Porvenir S.A. (fl. 60 c. 1), por lo que señala a una AFP y no a su empleador u otra persona afín a tal calidad, como el sujeto que lo hizo incurrir en error o engaño para efectos de obtener dicho traslado y del que adujo derivar un perjuicio en tanto su mesada pensional allí apenas ascendería a $1’450.600, cuando en Colpensiones sería por lo menos de $4’763.800 (fl. 10 c. 1).

Al punto es preciso resaltar que Porvenir S.A. al contestar la demanda adujo que tal traslado había sido anulado (fl. 130 c. 1), tal como se desprende del documento denominado “*Reunión Instituto de Seguros Sociales y Porvenir S.A.”* (fls. 154 a 156 c.1), mediante el cual se llevó a cabo un comité de múltiple afiliación y en el que se determinó que para el caso de Jaime Antonio Romero Díaz su afiliación válida era a Porvenir S.A., o en palabras del comité: “(…) *solicitud a Horizonte 1995-06-28 en donde es un traslado inválido, posteriormente se traslada a Porvenir 2002-03-19 en donde es un traslado válido”* (fl. 155 c. 1). En ese sentido también obra el formulario de traslado proveniente de Horizonte para Porvenir S.A. suscrito el 19/03/2002 (fl. 153 c. 1).

El anterior derrotero probatorio permite inferir que, de tenerse como válido el traslado realizado el 28/06/1995 o el realizado el 19/03/2002 con las prevenciones sobre si el último apenas constituyó o no un traslado entre AFP, lo cierto es que basta la pretensión de ineficacia frente a la información suministrada por una AFP para echar al traste las pretensiones del demandante, pues estos supuestos fácticos corresponden a una acción diferente a la invocada - literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100/93 –, 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.-.

Por último, si bien durante la práctica probatoria se adujo que el empleador del demandante había permitido el ingreso de las AFP para captar nuevos afiliados, ello de ninguna manera constituye al empleador como el generador del traslado, como para encuadrar tal acto en el supuesto de hecho que contemplan las normas invocadas (literal b), art. 13 y 271 de la Ley 100/93), máxime que dicho *factum* no fue mencionado desde la demanda, por lo que su análisis ahora implicaría una clara trasgresión a los derechos de contradicción y defensa de los interesados, así como al principio de consonancia, máxime que esta Colegiatura carece de las facultades *ultra* y *extra petita* como para resolver tal cuestión, como ya se dijo.

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 la ineficacia de la afiliación, que es el verdadero propósito al invocar la ineficacia o la nulidad, que esta Sala 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, por lo mismo se dejaron de probar los supuestos de hecho de la acción de ineficacia en la forma ya descrita.

1. **Digresión**

Necesario es llamar la atención de la *a quo* para que en lo sucesivo se abstenga de fijar el litigio en generalidades, pues con ocasión a ello omitió resolver la pretensión principal consistente en la declaratoria de un conflicto de multi-afiliación y se limitó a resolver la subsidiaria consistente en la ineficacia con ocasión a la ausencia de información suministrada por la AFP, por lo que corresponde ahora a esta Colegiatura ante la revocatoria de lo decidido en relación con la pretensión de ineficacia, entonces resolver el pedimento de multi-afiliación, que por ende, pasa a ser la solicitud subsidiaria.

1. **De la multiafiliación a los regímenes pensionales**

**Fundamento jurídico**

El artículo 13 de la Ley 100/93, modificado por el artículo 2º de la Ley 797/03 determinó que los afiliados al sistema general de seguridad social en pensiones pueden escoger libremente el régimen pensional al que deseen pertenecer, esto es, al RAIS o al RPM; no obstante lo anterior, dicha disposición restringió tal libre elección a que una vez realizada, el afiliado solo podrá trasladarse de régimen por una sola vez cada 3 años – Ley 100 en versión original -, ahora 5 años – mod. Ley 797 -, contados a partir de la primera elección y además, prohibió dichos traslados cuando al afiliado le faltaren 10 o menos años para cumplir la edad para acceder a la pensión de vejez.

Pese a lo anterior, los afiliados incurren en múltiples vinculaciones entre el RPM y el RAIS, entre ellas, cuando se trasladan entre regímenes pensionales sin la permanencia requerida – 3 o 5 años –, o cuando encontrándose afiliado a uno, comienza a cotizar en otro, o cuando cotizan simultáneamente a ambos regímenes; multiplicidad de lazos que se encuentran prohibidos; por ello y con el propósito de solventar dichas situaciones los Decretos 692/1994, 3800/2003 y 3995/08 determinaron que las entidades administradoras del régimen pensional aplicarían los criterios allí establecidos para fijar a cuál régimen pensional se encuentra válidamente afiliado un trabajador.

Ahora bien y para el caso que nos ocupa, el Decreto 692/1994 establece en el artículo 17 que cuando el afiliado se traslada antes de los 3 años, entonces será **válida** la última vinculación efectuada dentro de los términos legales.

Puestas de ese modo las cosas, para las personas que se encuentren en una situación de múltiple vinculación de conformidad con el artículo 17 del Decreto 692 de 1994, esto es, que se hayan cambiado de régimen pensional antes de los 3 años prescritos, o cuando encontrándose afiliado a uno, comienza a cotizar en otro, o cuando cotiza simultáneamente a ambos regímenes, entonces para definir su situación se aplicarán las reglas contenidas en el Decreto 692 de 1994 o decretos posteriores de conformidad con las reglas que inserta cada decreto, no solo para solucionar la multi-afiliación, sino también para distinguir cuál decreto resulta aplicable a la situación propuesta.

Por último, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 05/10/2010, Rad. 39772 enseñó la diferencia entre afiliación al sistema de seguridad social y vinculación a uno de los dos regímenes pensionales que contempla dicho sistema, como lo reglamenta el artículo 13 del Decreto 692/1994 al explicar que “*la afiliación al Sistema General de Pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado”*.

Así, la selección del régimen pensional creado con la Ley 100/93 – art. 13 -, no puede suplirse porque el interesado se hubiere afiliado por primera vez al ISS con anterioridad a la vigencia de la Ley 100/93, y por ende, concluir erróneamente que entonces ya eligió el RPM creado con la aludida ley, pues la selección del RPM o RAIS solo inició a partir del 01/04/1994, como exige el artículo 3º del Decreto 692 de 1994.

No obstante lo anterior, frente a los vinculados al ISS con anterioridad a la vigencia de la Ley 100/93 podían ocurrir dos situaciones, según dicha jurisprudencia, y a modo ejemplo:

1. Un trabajador se afilió por primera vez al ISS en 1985, y por ello estuvo cotizando en tal instituto hasta 1990, es decir, estuvo vinculado y activo allí, pero para la vigencia de la Ley 100/93 – 01/04/1994 – ninguna cotización realizó y por ende, su estado cambió a inactivo. Luego inició nuevamente sus cotizaciones en 1995, realizándolas al ISS; actuación que dio cuenta de su voluntad de elección del RPM como su administradora pensional, pues bien pudo realizarlas al RAIS, pero no lo hizo.
2. Un trabajador se afilió por primera vez al ISS con anterioridad a la Ley 100/93, y para el 31/03/1994, día previo a la vigencia de la mencionada ley, estaba vinculado al ISS, y pese al cambio normativo permaneció allí cotizando – 01/04/1994-, caso en el cual de conformidad con el inciso final del art. 11 del Decreto 692/1994, no le era aplicable la prohibición del traslado de régimen antes de los 3 años, por lo que podrá ejercer en cualquier momento la opción de traslado, pues en puridad de verdad, no había tenido oportunidad de manifestar su voluntad sobre a cuál régimen pertenecer.

Puestas de ese modo las cosas, de antaño la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que la afiliación al sistema pensional es solo una y perpetua, situación diferente es el derecho de selección de régimen de pensiones, que solo operó a partir de la vigencia del nuevo sistema general de pensiones; por lo tanto, con anterioridad a este, no existía opción de régimen pensional, pues el único existente era el administrado por el ISS.

**2.1.2. Fundamento fáctico**

Preliminarmente es preciso anotar que para el caso de ahora es aplicable íntegramente el Decreto 692/1994, porque el presunto conflicto de múltiple vinculación de Jaime Antonio Romero fue resuelto por las administradoras pensionales el 26/11/2002, es decir, en vigencia del aludido decreto (fl. 154 c. 1), y por ello, no puede acudirse a los decretos posteriores.

Ahora bien, auscultadas las pruebas obrantes en el expediente aparece que Jaime Antonio Romero Díaz laboró para dos empleadores al mismo tiempo, que realizaron las respectivas cotizaciones a pensión tanto al RPM como al RAIS, todo ello a partir del 01/04/1994 (fl. 31 y 49 c. 1), y de allí el conflicto de multivinculación que precisa esta Sala resolver.

Así, el demandante laboró para el Hospital Universitario San Jorge interrumpidamente desde el 07/12/1989 hasta el 22/06/2004 (fl. 49 c. 1), vínculo durante el cual del 07/12/1989 hasta el 30/06/1995 estuvo afiliado a pensiones en el mismo hospital universitario (ibídem), pero a partir del día inmediatamente subsiguiente, esto es, del 01/07/1995 y hasta el 22/06/2004 cotizó a pensiones en el RAIS, a través de Horizonte y luego Porvenir (ibídem). Afiliación al RAIS que se confirma con el formulario de traslado de régimen suscrito el 26/08/1995, en el que se reporta que su cotización anterior provenía de una caja (fl. 60 c. 1).

Ahora bien, el demandante también laboró para otros empleadores, tiempo que como se describirá siempre fue cotizado al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, sin interrupciones, así: para el empleador Fundación San Juan de Dios desde el 01/01/1994 hasta el 30/11/1994 y a partir del día inmediatamente siguiente continuó laborando con el Centro Hospitalario San Juan de Dios durante todo el mes de diciembre de 1994, seguidamente laboró con el Hospital San Juan de Dios desde el 01/01/1995 hasta el 31/06/1995, para luego continuar consecutivamente con el empleador Instituto de Seguros Sociales desde el 01/07/1995 hasta el 30/09/1996 (fls. 31 a 33 c. 1).

Último mes en el que el pago fue “*devuelto del régimen de ahorro individual por pago al fondo”* (fl. 33 c. 1). En adelante solo aparecen cotizaciones en el mes de octubre de 1998 que fue devuelta por igual descripción; marzo de 1999 que se pagó y recibió como trabajador independiente y por último octubre del 2003 que se cotizó a través del empleador Jose Hely Gómez Zuluaga pero el aporte fue “*Devuelto”* por “*No vinculado Traslado RAI”* (fl. 33 c. 1).

El anterior derrotero probatorio permite evidenciar que la única elección de régimen realizada por el demandante después de iniciada la vigencia de la Ley 100/93 (01/04/1994) fue aquella correspondiente al 26/08/1995 (fl. 60 c. 1), a través de la cual eligió a Horizonte Pensiones y Cesantías, perteneciente al RAIS, como su administradora y por ende, el régimen pensional.

En efecto, en tanto que el demandante se encontraba afiliado a una caja, fondo o entidad de previsión social como era el mismo Hospital Universitario San Jorge, empresa que, como administradora pensional, únicamente podía subsistir hasta el 30/06/1995, fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad en Pensiones para las entidades territoriales, entonces para tal fecha límite sus afiliados debían elegir a cuál de los dos regímenes pensionales creados con ocasión de la Ley 100/93 querían pertenecer, y en caso de no manifestar decisión alguna, entonces estos quedarían automáticamente vinculado al RPM administrado por el ISS en tal época – primer inciso art. 11 del Decreto 692/94-.

Decisión que en efecto manifestó Jaime Antonio Romero cuando suscribió el formulario de vinculación a Horizonte el 28/06/1995 (fl. 60 c. 1), de manera tal que su homologo empleador, para esa fecha, el mismo Instituto de Seguros Sociales (fl. 31 c. 1) debía remitir las cotizaciones a esa AFP, pues ninguna persona podía distribuir sus cotizaciones obligatorias entre ambos regímenes pensionales – prohibición inserta en el art. 16 de la Ley 100/93 -.

De manera tal que la primera elección realizada por el demandante con ocasión a la vigencia de la Ley 100/93 apenas ocurrió el 28/06/1995, sin que se trasgrediera el término de 3 años dispuesto en el Decreto 692/1994, y por ello su afiliación válida fue aquella realizada al RAIS, por lo que la conclusión del comité de multivinculación fue acertada, a pesar de la errada motivación allí expuesta (fls. 154 y 155 c. 1), pues allí se afirmó que el demandante había solicitado su vinculación al ISS el 01/12/1994, cuando ello nunca ocurrió, como se explica a continuación.

Así y de cara a los hechos esbozados en la demanda, de ninguna manera puede tenerse como solicitud de afiliación al RPM, administrado por el ISS, hoy Colpensiones, el 01/12/1994 como se afirma en el hecho 6 (fl. 8 c. 1), pues el demandante había estado **activo** cotizando desde el 1º de enero de ese mismo año, de manera tal que no operó la pretendida solicitud de vinculación al RPM, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ya mencionado.

**CONCLUSIÓN**

Conforme lo expuesto, se revocará la decisión de primera instancia como solicitaron los apelantes, aunque por diferentes razones, además de la consulta a favor de Colpensiones, y en consecuencia se denegarán los pedimentos tanto principales como subsidiarios del libelo introductor.

Costas de ambas instancias a cargo del demandante y a favor de las demandadas, de conformidad con el numeral 4º 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 10 de septiembre de 2019 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Jaime Antonio Romero Díaz** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** y **Porvenir S.A.,** para en su lugar denegar las pretensiones principales y subsidiarias.

**SEGUNDO:** Costas en ambas instancias a cargo del demandante y 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**

Magistrada Ponente

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado

Aclara voto

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)