

CONSTANCIA SECRETARIAL: Se deja en el sentido de que dentro del presente proceso se corrió traslado a las partes para alegar mediante fijación en lista publicada en la página web de la Rama Judicial, micrositio Tribunal Superior de Pereira el 18 de junio de 2020. Las partes presentaron los alegatos de conclusión por escrito dentro del término establecido en el artículo 15 del Decreto No. 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho. El Ministerio Público no ofreció concepto. Corrieron términos del 19-06 al 26-06-2020 para el recurrente y a favor de quien se surte la consulta, y del 30-06 al 06-07-2020 a la parte contraria para la réplica.

A Despacho de la magistrada ponente OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA, hoy 07-07-2020.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ
Secretario

Sin firma del secretario de conformidad con el artículo 9 del Decreto 806 de 2020



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

Magistrada Sustanciadora
OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

Providencia.	Consulta y apelación sentencia
Proceso.	Ordinario Laboral
Radicación No.	66001-31-05-001-2017-00114-01
Demandante	Mary Lozada Castro
Demandado.	Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A.
Juzgado de origen	Primero Laboral del Circuito de Pereira
Tema a tratar	Ineficacia de traslado

Pereira, Risaralda, quince (15) de julio de dos mil veinte (2020) Acta número 94 de 10-07-2020

Vencido el término para alegar otorgado a las partes, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira a proferir sentencia con el propósito de surtir el grado jurisdiccional de consulta y desatar los recursos de apelación contra la sentencia proferida el 02 de septiembre de 2019 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Mary Lozada Castro** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A.**

Decisión que será por escrito de conformidad con el num. 1º del art. 15 del Decreto 806 de 04/06/2020 por cuanto las consideraciones que dieron lugar a dicha orden

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

ANTECEDENTES

1. Síntesis de la demanda y su contestación

Mary Lozada Castro pretende que se declare la “*ineficacia y/o nulidad*” de la afiliación realizada el 22/04/1994 al RAIS; en consecuencia se declare válida y vigente su afiliación a Colpensiones.

Fundamenta sus aspiraciones en que *i)* el 22/04/1994 suscribió el formulario de afiliación a Colmena, hoy Protección S.A. con ocasión a una indebida información otorgada por el asesor de la AFP; *ii)* información que resultó lesiva de sus intereses en tanto que el monto de su pensión en el RAIS apenas sería de \$1'164.900, mientras que en el RPM sería de \$3'385.125.

Tanto **Colpensiones** como **Protección S.A.** y **Porvenir S.A.** se opusieron a las pretensiones elevadas, porque la selección del régimen de pensiones es libre y voluntaria y por ello, máxime que el traslado de la demandante se había realizado bajo los requisitos legales existentes para ese momento. También propusieron similares excepciones de méritos, entre otras, “*inexistencia de la obligación*”, “*prescripción*”, entre otras.

2. Síntesis de la sentencia

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira declaró la ineficacia del traslado al RAIS realizado el 22/04/1994, y en consecuencia ordenó que se remitieran a Colpensiones todos los saldos que existen en la cuenta de ahorro individual de la demandante, además de ordenar a esta última que acepte el traslado de la demandante.

Como fundamento de tal determinación, la *a quo* argumentó que pese a que la demandante no era beneficiaria de la transición pensional, la carga de la prueba correspondía a la AFP, sin que se allegara prueba que acreditara la información otorgada a la afiliada.

3. De los recursos de apelación

Inconforme con la decisión tanto Colpensiones, como Porvenir S.A. y Protección S.A. presentaron recurso de alzada para lo cual argumentaron de manera similar que la demandante sí había recibido la información pertinente y necesaria que para la época exigía la ley, máxime que ha permanecido afiliada al RAIS por más de 23 años. Por otro lado, se argumentó que para la época del traslado las condiciones del mercado eran más beneficiosas, porque los rendimientos financieros eran mayores y que resultaba imposible saber la composición laboral o familiar que ocurriría en el transcurso del tiempo, y por ello, cualquier proyección pensional sería inverosímil.

Concretamente Colpensiones requirió que las cuotas de administración se devolvieran de manera indexada.

4. Grado jurisdiccional de consulta

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

5. Alegatos de conclusión

Los alegatos de conclusión presentados ante esta Colegiatura coinciden con los puntos de apelación presentados en primer grado, y frente a quien se surte la consulta y replica se refieren a los temas a tratar en esta providencia.

CONSIDERACIONES

1. Del problema jurídico

Visto el recuento anterior se formula el siguiente,

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

2. Solución al problema jurídico

2.1 Fundamento jurídico

2.1.1 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 dadas 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 contraargumento 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.

Ahora bien, para el evento que nos concita – ineficacia – es preciso anunciar que es tal la relevancia jurídica de este tema, que con el respeto que corresponde, y pese a que así se anuncia en la STL3196-2020, aún hoy no existe una línea jurisprudencial decantada, consolidada, pacífica y mucho menos unificada al respecto, para ello solo basta con leer el salvamento de voto a la aludida STL31962020, razón por la cual cobra mayor relevancia el hecho de que los Juzgados y Tribunales analicen aspectos procesales, probatorios y conceptuales diferentes a los de la Corte Suprema de Justicia, sin que ello signifique una rebeldía infundada y obstinada en contra de los conceptos o reglas generales que ha venido construyendo la Alta Magistratura en estos casos.

Tanto así que si se realiza una búsqueda histórica de la posición de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la misma ha abordado diversas aristas así por ejemplo, pese a que desde la sentencia SL19447 de 2017 se advirtieron temas como la necesidad de verificar la coherencia de la información consignada en el formulario de afiliación y el hecho de que existía una obligación de adecuada asesoría a quien pretendía realizar el traslado, lo cierto es que el análisis que realizó la Corte en ese entonces, era respecto de una persona que para el momento en que se hizo el traslado ya reunía los requisitos para acceder a la pensión en el régimen de prima media.

En igual sentido, se avista la sentencia SL12136-2014 que tuvo como eje central de la decisión que el afiliado era beneficiario del régimen de transición.

Tal discusión, sobre la vinculación entre los temas de ineficacia y pérdida del régimen de transición se daba incluso al interior de la Sala de Casación Laboral hasta el año 2019, para lo cual basta leer las aclaraciones de voto que sobre el tema hacía el doctor Rigoberto Echeverri Bueno, entre otras, en las sentencias SL14522019; SL1688-2019 y SL3464-2019, en las que expuso:

“la Sala adoctrino que el incumplimiento de ese deber de orientación o la ausencia del consentimiento informado genera, automáticamente, una ineficacia del traslado, independientemente de las condiciones particulares del afiliado y de que tuviera o no un derecho pensional causado o estuviera próximo a conseguirlo, con anterioridad a la fecha del cambio de régimen.

Ahora bien, aunque comparto la decisión adoptada para este caso particular, considero pertinente aclarar, dentro del marco doctrinario trazado por la Sala, que, en mi concepto, la ineficacia del traslado no puede predicarse respecto de todos los casos, de manera automática e inconsulta, sino que depende de que las falencias en la información o la inexistencia del consentimiento informado hubieran producido un perjuicio claro, cierto y específicamente determinable para el afiliado en el momento en el que se produjo el traslado, como cuando pierde el régimen de transición sin ser advertido de ello o cuando se compromete ostensible e inconscientemente el nacimiento del derecho pensional mismo.

(...)

En otras palabras, los afiliados no deberían estar autorizados para demandar la ineficacia de su traslado simplemente porque, pasado el tiempo, su plan de pensión no resultó acorde con sus aspiraciones. Contrario a ello, estimo prudente que se analicen las condiciones particulares de cada caso y que no se establezcan o

reivindiquen reglas generales y automáticas, que minan la estabilidad del sistema pensional y desconocen principios fundamentales como la autonomía de la voluntad del afiliado y la libre escogencia de régimen”.

Puestas de ese modo las cosas, la diversidad de posiciones jurisprudenciales expuestas frente a la ineficacia de la afiliación, permiten a los jueces apartarse de los criterios dados por la Alta Corte, bajo la autonomía judicial y una debida argumentación no solo normativa, sino también al amparo de la trascendencia y transformación social que implica el tema ahora estudiado en torno a la percepción de los dos regímenes pensionales existentes en Colombia para cumplir con el principio de suficiencia, y para ello, se recuerda la reciente aclaración de voto realizada por el Magistrado LUÍS BENEDICTO HERRERA DÍAZ dentro del proceso No. 57458, STL3196-2020, precisamente en asuntos de ineficacia de afiliación, pues allí señaló que **la obligatoriedad no es una característica propia de nuestra jurisprudencia**, pues ésta solo se caracteriza por ser uniforme, continua y particular, de manera tal que la providencia a proferir por esta Sala Mayoritaria del Tribunal funda su génesis en la autonomía judicial, así como en la ausencia de la obligación inquebrantable de acatar en todo momento y circunstancia la jurisprudencia de la Alta Corte.

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, lo hizo 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.

2.1.2 De la acción de ineficacia

Para cumplir con la obligación impuesta en las aludidas sentencias C-836/01 y C621/05, y los requisitos de transparencia y suficiencia resaltados en la decisión STL3196-2020 frente al tema de la ineficacia de la vinculación o traslado entre administradoras de regímenes pensionales, ha de decirse que la Corte Suprema de Justicia en reciente jurisprudencia¹ 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, con el propósito de que el trabajador recobre su vinculación al régimen anterior.

A su vez, la alta corporación ha presentado diferentes sub-reglas en relación con la carga probatoria, la aplicación de ineficacia a las personas amparadas o no con régimen de transición, entre otras, contenidas especialmente en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, como 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

¹ SL4964 del 14/11/2018, radicado 54814, SL1452 del 03/04/2019, radicado 68852 y SL1688 del 08/05/2019.

que, tratándose de un tema de ineficacia y no de nulidad, no puede aplicarse la “*prescripción*” prevista en los términos que se señalan en el artículo 1750 del C.C.

- 2- El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber que le es exigible desde la creación de estas entidades, básicamente porque “*las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios*”. Deber cuyo nivel de exigencia se elevó con la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, en la medida que “*ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo*”, llegando incluso a la exigencia de la doble asesoría prevista en la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.º 016 de 2016.
- 3- El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para darle eficacia al acto del traslado, pues ello solo no da cuenta de que haya sido, como se requiere en estos eventos, un “*consentimiento informado*”.
- 4- Cuando el afiliado alega que no recibió la información debida al momento de afiliarse, como ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, la carga de la prueba de que sí se brindó la información que correspondía está a cargo de la AFP.
- 5- Acreditada la falta de consentimiento informado corresponde declarar la ineficacia del traslado y como consecuencia de ello entonces, para efectos de la concreción de los derechos pensionales reclamados, se debe imponer la obligación de la AFP de trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, pertenecientes a la cuenta de quien demanda para que sea esta última entidad la que proceda a reconocer la pensión con base en las disposiciones que guían el RPM.

Para finalizar el recuento jurisprudencial se precisa que si bien desde el año 2008 (31.989, 33.083, 31.314) la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral había analizado asuntos como los de ahora, es preciso aclarar que aquello fue bajo la tesis de la nulidad de la afiliación al amparo de un vicio en el consentimiento, postura que abandonó el mencionado órgano de unificación jurisprudencial; aspecto que con mayor fuerza muestra la ausencia de un criterio jurídico pacífico e inveterado sobre el tema.

No obstante lo anterior, y pese a que esta Sala de Decisión compartía la interpretación de la Corte Suprema consistente en que la indebida información suministrada por la AFP, implicaba la procedencia de la ineficacia para que el trabajador recobrara su vinculación al régimen anterior, 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 720/94, anunciado en las aclaraciones de voto realizadas

por el Mag. Julio César Salazar Muñoz, 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 apartarse totalmente de la tesis expuesta por nuestra superioridad, tal como se indicó en decisión de 29/10/2019, Exp. No. 2018-00133-01.

Para el efecto, en primer lugar debe ponerse de relieve que el análisis en este tipo de asuntos requiere inicialmente precisar los supuestos de hecho de la norma cuyo efecto jurídico se busca declarar, en tanto 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. Así, es preciso preguntarse si la pretensión 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 deba 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 reconocer una pensión mucho menor a la que habrá de otorgarse conforme a las reglas del RPM.

En ese sentido, la tesis que sostendrá esta Sala Mayoritaria es que el supuesto de hecho que debe probarse para que un negocio jurídico sea ineficaz con fundamento en el literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100/93, debe versar sobre la conducta del empleador o cualquier otra persona afín a dicha calidad, única persona que puede infringir o coartar los derechos de libre escogencia del trabajador afiliado.

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, pues que *“Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación”* 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 Mayoritaria 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, administrado por una AFP, 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, el nuevo diseño legal introdujo a las Administradoras de Fondos de Pensiones como los nuevos actores de la Ley 100/93, y por ello, ante su novedad e importancia entonces el legislador también lo hubiere referido expresamente como generador de la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales 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, ***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, vinculación o traslado y para ello, está obligada 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. Por 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 forma 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 vía diferente como es la pretensión de 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 pretender el 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.

Entonces, 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 pretensión judicial que debe entablar dicho afiliado corresponde a un resarcimiento de perjuicios y no la ineficacia de la afiliación, puesto que esta última de ninguna manera contempla la omisión o error de información por parte de la AFP

Por último, se hace necesario decir 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.

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, que le permita a la administradora hacer 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. 1º), 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, para garantizar el pago de la garantía de la pensión mínima de vejez cuando no alcanzan el monto de capitalización requerida, 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 sí lo hicieron.**

En suma no resulta aceptable para esta Sala Mayoritaria, que a pesar de existir esta limitación temporal expresa en la ley para trasladarse entre regímenes cuando le falten 10 o menos años para alcanzar la edad para pensionarse, 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 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.

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, que permite inferir que el capital trasladado a Colpensiones siempre será insuficiente para paliar el monto de la pensión que deberá reconocer.

Lo dicho para la Sala Mayoritaria implica que Colpensiones, en razón a la supuesta conducta ejecutada por la AFP, es quien repara ese supuesto daño; cuando en nuestra legislación se ha establecido que sólo se obliga a indemnizar a aquel que lo causó -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 trasgrede 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 genera 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 los supuestos de hecho expuestos en la demanda consisten en 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 pretensión 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, que es la consecuencia de salir avante la ineficacia que supone hechos diferentes a los planteados, como ya se expuso anteladamente, sanción 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.

Expuesto el razonamiento de esta Sala Mayoritaria, corresponde establecer si los hechos del libelo introductorio se subsumen en los supuestos de hecho de los cánones mencionados que permitan declarar la ineficacia, de probarlos.

2.2 Fundamento fáctico

Rememórese que Mary Lozada Castro pretende la “*ineficacia y/o nulidad*” de la afiliación realizada al RAIS (fl. 2 c. 1), del que da cuenta el formulario suscrito el 22/04/1994 ante Colmena, hoy Protección S.A. (fl. 18 c. 1).

Ahora bien, en los hechos de la demanda señala a la AFP y no a su empleador u otra persona afín a tal calidad (fls. 3 a 5 c. 1), 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 que en el RAIS obtendría una pensión de \$1'164.900, cuando en el RPM sería de \$3'385.125 (fl. 5 c. 1).

Al punto es preciso resaltar que aun cuando la demandante en las pretensiones del libelo genitor también solicita la “*nulidad*” de la afiliación (fl. 2 c. 1), lo cierto es que de los hechos invocados en la demanda (fls. 3 a 5 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 explicó² se alcanza a través de la acción de “*ineficacia*”; por lo que, su pretensión de anulación, en realidad debe entenderse como ineficacia de traslado.

Así las cosas, conforme viene de discurrirse, la parte demandante no acreditó los supuestos fácticos que contempla la norma invocada – literal b) del art. 13 y 271 de la Ley 100/93 -, sino que se limitó a enunciar los propios de la acción prevista en el artículo 10 del decreto 720 de 1994, sin que en este momento resulte posible estudiar probatoriamente los hechos invocados en el libelo introductor bajo la última norma anunciada, pues estos, de resultar probados, no darían lugar a la declaración de ineficacia, sino a una consecuencia diferente, a la que no aspiró el actor en su demanda y respecto de la que no hubo uso de facultades extra y ultra petita por el a quo.

Es que, como quiera que la acción impetrada por la parte demandante 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 tenía dentro de su razón de ser, buscar la afiliación de personas al RAIS, no resulta coherente sostener que en desarrollo de esa actividad haya atentado o impedido la libre afiliación de la parte demandante 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.

² CSJ, SL Sent. de 08/05/2019, rad. 68838.

Por lo que, **corresponde ahora**, 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.

Debe resaltarse que si bien, el no acceder a las pretensiones de la demanda no lleva consigo que la parte demandante carezca de acción en el futuro en orden a defender sus derechos dentro del sistema general de pensiones por las conductas de los promotores de las AFP, en esta sede no era posible adelantar ese análisis, pues ese es un debate que debe darse desde la primera instancia, toda vez que si bien 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 al afrontar asuntos diferentes a los propuestos por las partes, lo que de paso conllevaría una afectación directa del legítimo derecho de defensa.

No sobra reiterar que en este caso no se trasgrede concretamente 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 -ineficacia-, pues es precisamente en atención a la oposición de la parte recurrente y/o a favor de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta que la Sala Mayoritaria analizó detenidamente si había o no lugar a ella, para lo cual resultaba necesario fijar los supuestos de hecho de la norma que consagra la ineficacia, antes de verificar si se acreditaron los hechos expuestos en la demanda, encontrando para el caso de ahora que la acción invocada no podía efectivizarse a partir de los hechos esbozados allí, pues implicaría el desconocimiento de la prohibición contenida en el artículo 50 del C.P.L. - *ultra y extra petita* -, restricción que opera en segunda instancia; por lo mismo se dejaron de probar los supuestos de hecho de la acción de ineficacia en la forma indicada previamente, lo que lleva al fracaso de la pretensión.

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 en ambas instancias a cargo de la parte demandante y a favor de la parte demandada, de conformidad con el numeral 4º del artículo 365 del C.G.P.

Por último, se reconocerá personería para actuar en este asunto en los términos del poder conferido a la doctora Mariluz Gallego Bedoya, identificada con la cédula de ciudadanía 52.406.928 de Bogotá y tarjeta profesional 227.045, en razón a la sustitución de poder que le hiciera el apoderado de Colpensiones a WORLD LEGAL CORPORATION SAS representado por Miguel Ángel Ramírez Gaitán, acercado en esta instancia.

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 02 de septiembre de 2019 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Mary Lozada Castro** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A.**, para en su lugar denegar las pretensiones.

SEGUNDO. CONDENAR en costas en ambas instancias a la parte demandante y a favor de la parte demandada.

TERCERO. RECONOCER personería para actuar en este asunto en los términos del poder conferido a la doctora Mariluz Gallego Bedoya, identificada con la cédula de ciudadanía 52.406.928 de Bogotá y tarjeta profesional 227.045.

Notifíquese y cúmplase.

Quienes integran la Sala,

Sin necesidad de firma
(Artículo 2° inciso 2° del Decreto
806 de 2020 y 28 del Acuerdo
PCSJA20-11567 CSJ

OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA
Magistrada Ponente

Sin necesidad de firma
(Artículo 2° inciso 2° del Decreto
806 de 2020 y 28 del Acuerdo PCSJA20-11567 CSJ

JULIO CESAR SALAZAR MUÑOZ
Magistrado
Aclara voto

Sin necesidad de firma
(Artículo 2° inciso 2° del Decreto
806 de 2020 y 28 del Acuerdo
PCSJA20-11567 CSJ

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada
Salva voto

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