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.

**TEMAS: INEFICACIA TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL / DEBER DE INFORMACIÓN DE LAS AFP / ES CARGA DE LA ENTIDAD DEMOSTRAR QUE LA SUMINISTRÓ / VALOR PROBATORIO DEL FORMULARIO DE AFILIACIÓN / NO VALIDA POR SÍ SOLO EL TRASLADO.**

Pese a que este Ponente no comparte la justificación ni la interpretación que realiza la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia frente al literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100/1993…, lo cierto es que ocasión a la sentencia de tutela de primer grado emitida por ese alto tribunal con número de expediente STL4759-2020, a través de la cual se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado por esa corporación en los asuntos de ineficacia de afiliación, bajo el debido respeto por el superior, se obedecerá en este caso…

Sobre el deber de información. Frente a este ítem, la Corte Suprema de Justicia en providencia SL1452 de 3 de abril de 2019, señaló que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones ha sido exigible desde el momento de su creación, identificando tres etapas en el que el nivel de exigencia en la información se ha incrementado de acuerdo con la evolución histórica de las normas que regulan la materia…

Respecto al valor probatorio del formulario de afiliación suscrito entre la AFP y el potencial afiliado, la alta magistratura en la providencia que se viene referenciando sostiene que ese documento por sí solo no le otorga plena validez al traslado entre regímenes pensionales…

Continuando con su exposición argumentativa, el máximo órgano de la jurisdicción laboral sentó frente al punto:

“… si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.”

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

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

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

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL N° 3**

**MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Pereira, 19 de agosto de 2020

Acta de Sala de Discusión No 116 de 18 de agosto de 2020

**SENTENCIA ESCRITA**

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por la totalidad de los intervinientes en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito el 20 de septiembre de 2019, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de COLPENSIONES, dentro del proceso que promueve el señor OSCAR AUGUSTO GONZÁLEZ JARAMILLO en contra de las AFP PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, cuya radicación corresponde al Nº 66001-31-05-001-2017-00062-01.

**ANTECEDENTES**

Pretende el señor Oscar Augusto González Jaramillo que la justicia laboral declare la nulidad o ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado el 8 de octubre de 1997 a través de la AFP Colfondos S.A., para que posteriormente se declare válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación inicial efectuada al RPM por medio del ISS hoy Colpensiones e igualmente se declare que reúne los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el Acuerdo 049 de 1990.

Con base en ello aspira que se le ordene a la AFP Porvenir S.A., a la que se encuentra afiliado actualmente, que gire a favor de Colpensiones el monto del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos económicos y las cuotas de administración, para que a continuación se condene a la Administradora Colombiana de Pensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez a partir del 6 de abril de 2012, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o en su defecto la indexación de las sumas reconocidas y las costas procesales a su favor.

Refiere que: se afilió al régimen de prima media con prestación definida el 25 de marzo de 1974; el 8 de octubre de 1997 suscribió formulario de afiliación con la AFP Colfondos S.A., operando de esa manera el traslado al RAIS; no obstante, esa decisión la tomó sin que la AFP cumpliera con el deber legal de información y buen consejo; el 22 de octubre de 1998 se afilió a la AFP Porvenir S.A., en donde se encuentra vinculada actualmente; mediante oficio de 15 de febrero de 2016, la AFP Porvenir S.A. le informó que con el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual podría pensionarse a los 66 y 67 años de edad con una mesada del salario mínimo legal mensual vigente; con la densidad de cotizaciones que tiene, en el RPM accedería a una pensión de vejez a partir de la fecha en que cumplió los 60 años de edad, en cuantía mensual equivalente a la suma de $1.115.667,06; el 9 de diciembre de 2016 solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez a la Administradora Colombiana de Pensiones, quien de manera inmediata negó la petición aduciendo que él no se encontraba afiliado a ese régimen pensional.

La Administradora Colombiana de Pensiones al dar respuesta al libelo introductorio -fls.109 a 117- se opuso a las pretensiones argumentando que en el caso del señor Oscar Augusto González Jaramillo no se evidencia que la AFP Colfondos S.A. haya incumplido con el deber legal de información que se le enrostra, por lo que el traslado efectuado el 8 de octubre de 1997 es eficaz. Formuló las excepciones de mérito que denominó “Inexistencia de la obligación demandada”, “Prescripción” y “Declaratoria de otras excepciones”.

La AFP Colfondos S.A. contestó la demanda -fls.145 a 162- manifestando que sus asesores comerciales siempre han contado con la suficiente capacitación para trasmitir a sus potenciales afiliados la información correspondiente a las características que tienen los regímenes pensionales que conforman el sistema general de pensiones, información que es real, veraz y completa; por lo que no es dable que se declare la ineficacia del acto jurídico que trajo como consecuencia su paso del RPM al RAIS. Después de oponerse únicamente a la pretensión consistente en la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado, propuso las excepciones de fondo de “Validez de la afiliación a Colfondos e inexistencia de vicios en el consentimiento”, “Caducidad de la acción”, “Pago”, “Compensación”, “Prescripción”, “Buena fe” e “Innominada o genérica”.

La AFP Porvenir S.A. al responder la demanda -fls.168 a 218- sostiene que el traslado del RPM al RAIS que hizo el accionante en el año 1997 es eficaz, en la medida en que se hizo conforme a derecho, sin que se haya afectado el consentimiento del actor, al no haberse viciado por error, dolo o fuerza como lo determina el artículo 1508 del Código Civil. En todo caso, considera que no es posible que se declare la nulidad de ese acto jurídico bajo esas premisas, pues más allá de que se haya viciado o no su consentimiento, lo cierto es que el paso del tiempo saneó cualquier posible irregularidad que se haya dado en esos términos. Se opuso a las pretensiones y formuló doce excepciones de mérito que espera demostrar en el curso del proceso.

En sentencia de 20 de septiembre de 2019, la funcionaria de primera instancia, apoyándose en la jurisprudencia vigente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, indicó que a la AFP Colfondos S.A. le correspondía demostrar que le brindó al señor Oscar Augusto González Jaramillo la información necesaria que para el año 1997 exigía la Ley, concluyendo de acuerdo con el análisis de las pruebas, que ello no aconteció en el plenario, ya que esa AFP no allegó ninguna prueba que pudiera dar fe de esa situación, razón que la llevó a declarar la ineficacia del acto jurídico a través del cual operó el traslado del RPM al RAIS. En consecuencia, condenó a la AFP Porvenir S.A. a consignar a la Administradora Colombiana de Pensiones el valor del capital que se encuentre en la cuenta de ahorro individual, incluidos los intereses, rendimientos financieros y los gastos de administración.

A continuación y después de ordenarle a la Administradora Colombiana de Pensiones que reciba sin dilaciones al señor González Jaramillo, declaró también que el accionante cumple con los requisitos exigidos en el Acuerdo 049 de 1990, como beneficiario del régimen de transición, para que se le reconozca la pensión de vejez, lo que llevó a que condenara a Colpensiones a cancelar la prestación económica a partir del 10 de diciembre de 2016 en cuantía mensual equivalente a la suma de $1.485.867 y por trece mesadas anuales, autorizando el descuento por concepto de cotizaciones en salud.

Inconformes con la decisión, la totalidad de los intervinientes interpusieron recurso de apelación en los siguientes términos:

La apoderada judicial de la parte actora solicita que el disfrute de la pensión de vejez se fije a partir del 9 de diciembre de 2013. De la misma manera solicita que se le reconozcan los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

El apoderado judicial de la AFP Colfondos S.A. sostiene que con el interrogatorio de parte del señor Oscar Augusto González Jaramillo salió a relucir que esa entidad no tuvo injerencia en el traslado del RPM al RAIS ya que según él fue su propio empleador quien se encargó de entregarle el formulario de afiliación para que se vinculara a esa AFP, por lo que siendo así, equivocada resulta la decisión de declarar la ineficacia del acto jurídico que produjo el traslado al RAIS con base en la ausencia de información por parte de la AFP, correspondiéndole al empleador asumir las consecuencias de su intervención de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. No está de acuerdo con que se ordene la devolución de las cuotas de administración porque las AFP han manejado de manera adecuada los aportes del actor, lo que ha permitido el ingreso de rendimientos a su favor, pero en todo caso, si se tiene en cuenta que las cosas deben volver al estado en el que se encontraba, de acuerdo con la declaratoria de ineficacia, correspondería entonces que la AFP devuelva el capital atinente a los aportes y las cuotas de administración, debiendo conservar los dineros recaudados a título de rendimientos. Tampoco acepta que se la condene en costas, al haber actuado de conformidad a lo establecido en la Ley.

La apoderada judicial de la AFP Porvenir S.A. argumenta que con las pruebas practicadas en el curso del proceso se demostró que el traslado del RPM al RAIS efectuado por el señor Oscar Augusto González Jaramillo se hizo de acuerdo con las normas que se encontraban vigentes para la época de los hechos, siendo del caso advertir que con el paso de la AFP Colfondos S.A. a Porvenir S.A. se ratificó la intención del accionante de permanecer afiliado a ese régimen pensional, por cuanto en ese momento se le brindó nuevamente la información sobre las características de los regímenes pensionales que conforman el sistema general de pensiones, sin que él procediera a utilizar las herramientas legales para retornar al RPM en tiempo.

La apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones afirma que no existió incumplimiento por parte de la AFP Colfondos S.A., sino aparentemente por parte del empleador del accionante, por lo que al no haber sido convocado al proceso no es posible emitir ninguna condena en su contra, debiéndose absolver de la totalidad de las pretensiones planteadas por el demandante. Tampoco es posible que Colpensiones soporte la carga pensional que le está imponiendo el juzgado, debido a que no fue esa entidad quien intervino en el acto jurídico que se califica como ineficaz. Solicita que en caso de mantenerse incólume la decisión de la ineficacia, no se ordene el reconocimiento del retroactivo pensional, ya que el señor González Jaramillo no ha estado afiliado a ese régimen pensional por más de 20 años e igualmente solicita que se devuelvan los gastos de administración, pero debidamente indexados.

Al haber resultado afectada la Administradora Colombiana de Pensiones, se dispuso también el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

**ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Conforme se dejó plasmado en la constancia emitida por la Secretaría de la Corporación, el apoderado judicial de la AFP Colfondos S.A. hizo uso del derecho a presentar los alegatos de conclusión, respecto a los cuales se debe indicar que conforme con lo dispuesto en el artículo 279 del CGP consistente en que *“No se podrá hacer transcripciones o reproducciones de actas, decisiones o conceptos que obren en el expediente”* y en aplicación del principio de consonancia, se limitaron a reiterar los argumentos expuestos en la sustentación del recurso de apelación.

Frente a los alegatos presentados por la Dra. Gallego Bedoya, al no haber acreditado la calidad de apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones, no resulta procedente darle paso al análisis de los argumentos por ella expuestos.

Como también se dejó dicho en la constancia secretarial, la AFP Porvenir S.A. dejó transcurrir el plazo otorgado para alegar en silencio.

**Cuestión previa**

Pese a que este Ponente no comparte la justificación ni la interpretación que realiza la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia frente al literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100/1993 y por ello en providencias anteriores como la proferida el 22/07/2020, Rad. No. 2018-00269-01, entre otras, bajo la autorización emitida por las sentencias C-836 de 2001 y C-621 de 2015 se había apartado del criterio expuesto por el alto tribunal al amparo de la autonomía judicial, para anunciar que cuando un trabajador alega engaño por una AFP para obtener un traslado de régimen pensional, debe presentar una acción de resarcimiento de perjuicios tal como obliga el artículo 10º del Decreto 720 de 1994, lo cierto es que ocasión a la sentencia de tutela de primer grado emitida por ese alto tribunal con número de expediente STL4759-2020, a través de la cual se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado por esa corporación en los asuntos de ineficacia de afiliación, bajo el debido respeto por el superior, se obedecerá en este caso y en los sucesivos la posición mayoritaria que ostenta la mencionada Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Así las cosas, atendidas las argumentaciones a esta Sala de Decisión le corresponde resolver los siguientes:

**PROBLEMAS JURÍDICOS**

**¿En cabeza de quién radica el deber legal de informar al afiliado las consecuencias que genera el traslado entre regímenes pensionales?**

**¿Hay lugar a declarar ineficaz la afiliación del señor Oscar Augusto González Jaramillo al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?**

**De acuerdo con la respuesta que se otorgue al interrogante ¿Además del capital existente en la cuenta de ahorro individual existen otros valores que deban ser devueltos por las AFP demandadas, y de ser así, deben estar debidamente indexados?**

**¿Cumple el señor Oscar Augusto González Jaramillo con los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el Acto Legislativo 01 de 2005 y en el Acuerdo 049 de 1990 para acceder a la pensión de vejez que reclama?**

**¿A partir de qué fecha podría empezar a disfrutar la pensión de vejez, en caso de que sea afirmativa la respuesta al interrogante anterior?**

**En este tipo de casos ¿Es viable acceder a condenar a Colpensiones a reconocer y pagar los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993?**

**¿Estuvo correctamente fulminada la condena en costas en contra de la AFP Colfondos S.A.?**

Con el propósito de dar solución a los interrogantes, la Sala repite la siguiente línea jurisprudencial trazada por la Corte:

**FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL**

**1. Análisis jurídico que debe abordar el juez cuando se alega ausencia de información parcial o total por parte de las administradoras en los traslados entre regímenes pensionales.**

En sentencia STL4759 de 22 de julio de 2020, la Sala de Casación Laboral indicó:

*“En el caso bajo estudio, se hace necesario precisar, que en reiterada jurisprudencia esta Sala de Casación Laboral ha dejado clara su postura al indicar que la elección a cualquiera de los dos regímenes pensionales existentes,* ***debe estar precedida de una decisión libre y voluntaria, de suerte que las administradoras de pensiones tienen el deber de brindar a sus afiliados una asesoría que les permita tener los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión tomada al momento del traslado****, sin importar si la persona es o no beneficiaria del régimen de transición, o si está próximo a pensionarse.”.* (Negrillas fuera de texto).

Y más adelante reiteró:

*“Así, en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL452-2019, CSJ SL1688-2019 y SL1689- 2019, esta Sala ha determinado de manera pacífica que la reacción del ordenamiento jurídico -artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993- a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.* ***Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, tiene que abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto*** *y no desde el régimen de las nulidades sustanciales.” (Negrillas fuera de texto).*

**2. Sobre el deber de información.**

Frente a este ítem, la Corte Suprema de Justicia en providencia SL1452 de 3 de abril de 2019, señaló que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones ha sido exigible desde el momento de su creación, identificando tres etapas en el que el nivel de exigencia en la información se ha incrementado de acuerdo con la evolución histórica de las normas que regulan la materia; lo que expuso en resumen así:

*“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:*

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ***Etapa acumulativa***  | ***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***  | ***Contenido mínimo y alcance del deber de información***  |
| *Deber de información*  | *Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal*  | *Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*  |
| *Deber de información, asesoría y buen consejo*  | *Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009* *Decreto 2241 de 2010*  | *Implica el análisis previo, calificado y global  de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle*  |
| *Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.*  | *Ley 1748 de 2014* *Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015* *Circular Externa n. 016 de 2016*  | *Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*  |

**3. La suscripción del formulario de afiliación.**

Respecto al valor probatorio del formulario de afiliación suscrito entre la AFP y el potencial afiliado, la alta magistratura en la providencia que se viene referenciando sostiene que ese documento por sí solo no le otorga plena validez al traslado entre regímenes pensionales, argumentando que:

*“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*

*Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*

*Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir,* ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*

*De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.”.*

**4. Carga de la prueba.**

Continuando con su exposición argumentativa, el máximo órgano de la jurisdicción laboral sentó frente al punto:

*“Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.*

*Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.*

*En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.”.*

**CASO CONCRETO**

De acuerdo con la solicitud de vinculación Nº 0314953 visible a folio 34 del expediente, el señor Oscar Augusto González Jaramillo se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad el 8 de octubre de 1997 cuando se vinculó a la AFP Colfondos S.A., sin embargo, se queja el actor que esa afiliación no es válida y por tanto nula o ineficaz, en virtud a que no recibió por parte de ese fondo privado de pensiones ninguna clase de soporte informativo que le permitiera identificar los riesgos a los que se sometía al trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, viciándose de esa manera su consentimiento.

Conforme con lo señalado por el demandante, se procederá a verificar, siguiendo las reglas jurisprudenciales expuestas anteriormente, si la AFP Colfondos S.A. cumplió con el deber legal de información que le correspondía para el 8 de octubre de 1997 (primera etapa).

En lo que concierne al formulario de afiliación, más allá de que en dicho documento se evidencia la rúbrica del señor González Jaramillo en la casilla denominada “voluntad afiliación” en la que se expone *“Hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones. Manifiesto que he elegido a la compañía colombiana administradora de fondos de pensiones y cesantías S.A. Colfondos para que administre mis aportes pensionales y que los datos aquí reportados son verdaderos”*; lo cierto es que, para la Sala de Casación Laboral, esa prueba no resulta suficiente para tener por demostrado el deber de información, pues, como mucho, demuestra un consentimiento, pero no informado.

Ahora, al absolver el interrogatorio de parte, el señor Oscar Augusto González Jaramillo informó que en el año 1997 fue seleccionado por una empresa pública de la ciudad de Pereira para hacer parte de la planta de su nómina de empleados, razón por la que fue llamado por el personal de talento humano para realizar todo el papeleo concerniente a su vinculación, momento en el que, adicionalmente, se le hizo entrega del formulario de afiliación de la AFP Colfondos S.A.; al recibir ese documento, le hizo saber al funcionario, que él estaba afiliado al ISS y le preguntó en qué consistía ese documento, recibiendo como respuesta que eso era lo mismo del ISS; ante esa afirmación y ante la ausencia de un asesor de la AFP que le suministrara información al respecto, rubricó el formulario, trasladándose, sin saberlo al RAIS; expresó que posteriormente cuando fue visitado por Dora Milvia Montoya Galeano, asesora de la AFP Colpatria S.A. hoy Porvenir S.A., fue informado por ella que ya no estaba afiliado en el ISS, sino en Colfondos S.A..

De lo anterior se colige sin dificultad que el interrogatorio no derivó en una confesión del actor.

En su testimonio, la señora Dora Milvia Montoya Galeano dejó claro que no tuvo injerencia ni conocimiento de los pormenores que rodearon el traslado del señor González Jaramillo al régimen de ahorro individual con solidaridad; explicando que en su momento lo que hizo fue hablarle sobre los beneficios económicos y rentabilidad que conllevaba pasarse al fondo privado Colpatria S.A. hoy Porvenir S.A., asegurando que no le dijo absolutamente nada sobre las ventajas que le traía estar en el Instituto de Seguros Sociales; finalmente dijo que ante el panorama que le ilustró al accionante, él decidió en el año 1998 pasarse a la entidad que ella representaba.

Además del interrogatorio de parte y del referido testimonio, al plenario fueron allegadas pruebas documentales por parte de la AFP Colfondos S.A. -fls.164 a 167- que no dan cuenta que esa entidad le haya brindado información al actor antes de trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Expuestas las pruebas, siguiendo el análisis probatorio enseñado por la Corte se concluye que la AFP Colfondos S.A. no ejecutó ninguna acción tendiente a poner en conocimiento del señor González Jaramillo las ventajas y desventajas que le traía su paso del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, pues como lo dijo el propio accionante, fue la entidad que lo estaba vinculando laboralmente quien le entregó el documento que materializó el traslado entre regímenes, por lo que existiendo certeza frente a ello, lo que corresponde definir en este punto de la providencia, es si esa omisión de la AFP se constituye en un eximente de responsabilidad, y para ello, basta recordar lo expuesto por la Sala de Casación Laboral en reciente providencia STL4759 de 22 de julio de 2020, en la que textualmente sentenció que “*... la elección a cualquiera de los dos regímenes pensionales existentes,* ***debe estar precedida de una decisión libre y voluntaria, de suerte que las administradoras de pensiones tienen el deber de brindar a sus afiliados una asesoría que les permita tener los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión tomada al momento del traslado****, sin importar si la persona es o no beneficiaria del régimen de transición, o si está próximo a pensionarse”* (Negrillas fuera de texto).

Así las cosas, al haberse constituido en cabeza de las AFP **el deber legal de información a sus afiliados**, según la línea que aquí se sigue es claro que la responsabilidad de informar al señor Oscar Augusto González Jaramillo recaía en sus manos y no en las del empleador (sobre quien recaen sus propias sanciones conforme lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993); por lo que al no haber actuado como le correspondía ante la afiliación del actor, no queda otro camino que confirmar la decisión emitida por el juzgado de conocimiento consistente en declarar la ineficacia del acto jurídico que materializó el traslado del señor González Jaramillo del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, junto con la orden emitida en contra de la AFP Colpatria S.A. hoy AFP Porvenir S.A. a la que se encuentra vinculado actualmente, para que gire a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones todos los emolumentos que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan generado.

En torno a la devolución de los gastos de administración ordenada por la *a quo* a las AFP demandadas, baste decir que la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1688 de 8 de mayo de 2019, indicó que otra de las consecuencias prácticas que trae la declaración de ineficacia, es la de la restitución de los gastos de administración con cargo a los recursos propios de las AFP a la Administradora Colombiana de Pensiones.

Ahora bien, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, toda vez que la ineficacia implica que el traslado no produjo ningún efecto, por lo que todos los aportes realizados deben ser entregados a Colpensiones, corresponde modificar el ordinal tercero de la sentencia objeto de estudio, en el sentido de ordenarle a las AFP Colfondos S.A. y Porvenir S.A. que restituyan el porcentaje que fue destinado a financiar los gastos de administración, las primas que respaldan la garantía de pensión mínima y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, debidamente indexadas, en consideración a que, como es de público conocimiento, el paso del tiempo afecta el valor adquisitivo de la moneda en Colombia.

Aclarado lo anterior, se procederá a verificar, bajo el grado jurisdiccional de consulta que fue dispuesto a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, si el señor González Jaramillo cumple con los requisitos exigidos para que se le reconozca la pensión de vejez, bajo los parámetros del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y de ser así si él cumple los requisitos del Acuerdo 049 de 1990.

Como se aprecia en el registro civil de nacimiento -fl.223- el demandante nació el 6 de abril de 1952, por lo que a 1° de abril de 1994 tenía cumplidos 41 años de edad, siendo beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual le es extensible hasta el 31 de diciembre de 2014, ya que de conformidad con las historias laborales que descansan a folios 234 a 248 y 307 a 313, se evidencia que para la fecha en que entró a regir el Acto Legislativo 01 de 2005, tenía cotizadas más de 750 semanas al sistema general de pensiones.

En cuanto a los requisitos exigidos en el Acuerdo 049 de 1990, se tiene que el señor González Jaramillo cumplió los 60 años de edad el 6 de abril de 2012, fecha para la cual acumulaba un total de 1104 semanas cotizadas; por lo que tiene derecho a acceder a la pensión de vejez bajo los presupuestos de la referenciada normatividad, como correctamente lo definió el juzgado primero laboral del circuito.

Ahora bien, en este punto de la providencia, no puede pasarse por alto que, al momento de responder los generales de Ley, antes de iniciar con el interrogatorio de parte, el señor Oscar Augusto González Jaramillo confesó que, en su calidad de ingeniero metalúrgico, se encuentra vinculado laboralmente como docente en una institución educativa de la ciudad; situación que aunada al hecho de que en la relación histórica de movimientos de Porvenir expedida el 31 de mayo de 2017, esto es, un par de meses después de haberse iniciado la presente acción el 8 de febrero de 2017 -fl.90-, esa entidad informa, con posterioridad a la demanda, que la afiliación del actor al sistema general de pensiones se encuentra vigente, es decir, activa.

Por tales razones, en este momento no resulta posible determinar con certeza cual será el ingreso base de liquidación de los últimos 10 años efectivos de cotización, la tasa de reemplazo a aplicar de acuerdo con la totalidad de semanas efectivamente cotizadas y por tanto el monto que se le debe reconocer por concepto de mesada pensional, ni mucho menos la fecha a partir de la cual debe empezar a disfrutar la prestación económica, toda vez que no se sabe el momento que debe tenerse como punto de desafiliación del sistema.

Bajo esos parámetros, se modificará la orden impartida a la Administradora Colombiana de Pensiones en lo relativo al reconocimiento de la pensión de vejez, indicándosele que una vez la AFP de cumplimiento a la sentencia, proceda a liquidar la pensión de vejez bajo los presupuestos establecidos en el artículos 21 de la Ley 100 de 1993, previa desafiliación formal del actor al sistema general de pensiones, o en su defecto, si es que ya se ha dado la cesación efectiva de las cotizaciones, deberá reconocer el disfrute de la prestación económica a partir del día siguiente a la fecha del último aporte, concediendo 13 mesadas anuales de acuerdo con lo previsto en el Acto Legislativo 01 de 2005.

Respecto a la petición de reconocimiento de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 elevada por la parte actora, es pertinente traer a colación lo dicho frente al tema por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1688 de 8 de mayo de 2019, en la que sentó “*No se accederá a los intereses moratorios toda vez que no puede predicarse una mora de Colpensiones en el reconocimiento de la pensión de vejez, en tanto la obligación que se le impone surge con ocasión de esta decisión”*; razón por la que no hay lugar a acceder a esa pretensión; pero así a la indexación de las sumas que eventualmente llegue a reconocerse por concepto de retroactivo, si a ello hubiere lugar, en razón a que esa pretensión fue propuesta como subsidiaria de la correspondiente a los intereses moratorios, y porque como es de público conocimiento, en Colombia el paso del tiempo afecta el valor adquisitivo de la moneda.

En cuanto a las costas procesales a que fue condenada la AFP Colfondos S.A. en primera instancia, que lo fue del 100%, esta Corporación las encuentra ajustadas a derecho, de acuerdo con las resultas del proceso.

Costas en esta instancia a cargo de las AFP COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. en un 100% a favor del demandante, y por partes iguales.

De esta manera quedan resueltos los recursos de apelación interpuestos por los intervinientes, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de Colpensiones.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Laboral Nº 3 del Tribunal Superior de Pereira**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO. MODIFICAR** el ordinal TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito el 20 de septiembre de 2019, en el sentido de **ORDENAR** a las AFP COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. a restituir con cargo a sus propios recursos, el porcentaje destinado a financiar los gastos de administración, las primas que respaldan la garantía de pensión mínima y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, debidamente indexadas, a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES.

**SEGUNDO. MODIFICAR** los ordinales SEXTO y SÉPTIMO de la sentencia recurrida, en el sentido de **ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES que una vez las AFP PORVENIR S.A. cumpla con las ordenes emitidas en la sentencia, proceda a reconocer, liquidar y pagar la pensión de vejez a favor del señor OSCAR AUGUSTO GONZÁLEZ JARAMILLO, en los términos indicados en la parte motiva de esta providencia, incluida, de ser el caso, la indexación de las sumas reconocidas a título de retroactivo pensional.

**TERCERO. CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia recurrida y consultada.

**CUARTO. CONDENAR** en costas en esta instancia a las AFP COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. en un 100% a favor del demandante, y por partes iguales.

Notifíquese por estado y a los correos electrónicos de los apoderados de las partes.

Los Magistrados,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Ponente

Aclara voto

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Magistrada

Aclara voto

Radicación Nro.: 66001-31-05-001-2017-00062-01

Proceso Ordinario Laboral

Demandante: Oscar Augusto González Jaramillo

Demandados: Colpensiones y otros

Tema: Cumplimiento a exhorto de la Sala de Casación

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Agosto 19 de 2020

**ACLARACIÓN DE VOTO**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. **LA POSICIÓN ACTUAL DE LA SALA DE CASACIÓN LABORAL RESPECTO AL TEMA DE LA NULIDAD O INEFICACIA DE LOS TRASLADOS ENTRE REGÍMENES PENSIONALES.**

En acatamiento de lo señalado en las sentencias C-836 de 2001 y C-621 de 2015 desde ya se deja en evidencia que es conocida la jurisprudencia vigente emanada de la Sala de Casación Laboral contenida en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019 que se concreta en los siguientes razonamientos:

1. En esta clase de acciones no se trata de la nulidad del acto jurídico del traslado sino de la ineficacia del mismo con base en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la ley 100 de 1993, por cuanto se violó por parte de la AFP el deber de información para obtener el traslado de quien estaba afiliado al RPM. De allí que, tratándose de un tema de ineficacia y no de nulidad, no puede aplicarse la “prescripción” prevista en los términos que se señalan en el artículo 1750 del C.C.
2. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber que le es exigible desde la creación de estas entidades, básicamente porque *“las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios”.* Deber cuyo nivel de exigencia se elevó con la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, en la medida que *“ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo”,* llegando incluso a la exigencia de la doble asesoría prevista en la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.° 016 de 2016.
3. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para darle eficacia al acto del traslado, pues ello solo no da cuenta de que haya sido, como se requiere en estos eventos, un “consentimiento informado”.
4. Cuando el afiliado alega que no recibió la información debida al momento de afiliarse, como ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, la carga de la prueba de que si se brindó la información que correspondía está a cargo de la AFP.
5. Acreditada la falta de consentimiento informado corresponde declarar la ineficacia del traslado y como consecuencia de ello entonces, para efectos de la concreción de los derechos pensionales reclamados, se debe imponer la obligación de la AFP de trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, pertenecientes a la cuenta de quien demanda para que sea esta entidad la que proceda a reconocer la pensión con base en las disposiciones que guían el RPM.

1. **CONTENIDO DE LOS ARTÍCULOS 13 LITERAL b) y 271 DE LA LEY 100 DE 1993**

De conformidad con el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 199**3,** la selección de cualquiera de los regímenes que conforma el sistema general de pensiones es libre y voluntaria, por lo que, si un empleador o alguna persona natural o jurídica desconoce ese derecho operan las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 ibídem, del que se extrae lo siguiente:

1. La conducta sancionable consiste en impedir o atentar “en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos del e instituciones del sistema de seguridad social integral”
2. El sujeto activo de la conducta es el empleador o cualquier persona natural o jurídica que impida o atente contra la libre afiliación o selección de organismos del sistema de seguridad social.
3. **La sanción es una multa por un valor entre uno y 50 SMLMV.**
4. **El funcionario competente para imponerla es el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social o el Ministerio de Salud.**
5. **Una vez impuesta la sanción por el funcionario competente la afiliación respectiva podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea.**
6. **OBSERVACIONES SOBRE EL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 271 DE LA LEY 100 DE 1993 Y LA APLICACIÓN QUE VIENE DÁNDOLE LA CORTE SUPREMA.**

Obviando la regla de interpretación prevista en el artículo 31 del Código Civil que determina que “Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación” y de la cual, en casación, desde 14 de diciembre de 1898 se viene repitiendo que **“En la interpretación de leyes prohibitivas no deben buscarse analogías o razones para hacerlas extensivas a casos no comprendidos claramente en la prohibición”, t**oda 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.

Es que nótese que, conteniendo la norma citada 2 verbos rectores -“impedir o atentar”-, referidos al derecho de los trabajadores de afiliarse y seleccionar libremente los organismos e instituciones del sistema de seguridad social a los que quiere entregar la administración de sus aportes, resulta evidente que cuando las AFP promocionan y se ofrecen para administrar los recursos que permitirán acceder a una pensión, bajo ningún entendimiento se puede considerar que están 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, no son los artículos 13 y 271 de la ley 100 de 1993 los que determinan las consecuencias de tal proceder sino el decreto 720 de 1994, como adelante se explicitará.**

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

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

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

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

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

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

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

1. **CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE LA TESIS DE LA INEFICACIA DE LOS TRASLADOS CON FUNDAMENTO EN LOS ARTÍCULOS 13 Y 271 DE LA LEY 100 DE 1993.**

**Las declaraciones de ineficacias de traslados envuelven los siguientes resultados:**

**PRIMERO: Desdibuja nuestro sistema jurídico de responsabilidad** al imponer la carga de resarcir un daño, a quien no lo produjo, en este caso Colpensiones y de contera la Nación como su garante.

Se afirma lo anterior por cuanto las órdenes judiciales de ineficacia comportan que a la AFP privada, que supuestamente no dio la información suficiente o hizo incurrir en error a los afiliados, causándoles con ello perjuicios que se ven reflejados en el monto de la pensión a percibir, luego de haber tenido a su disposición por varios años los dineros de la cuenta de ahorro individual, que ahora se sabe que solo permiten una pensión de “x pesos”, se le ordena sencillamente devolver lo recibido por administración y entregar, si aún lo tiene en su poder, el saldo que exista en cuenta de ahorro individual a Colpensiones, entidad esta última que, **con esa misma suma -que ahora se sabe que solo alcanza para otorgar una pensión de “x pesos”- debe reconocer y pagar una prestación dos o tres veces superior a la que financieramente es posible conceder**.

Como fácilmente se observa, el resultado de declarar la ineficacia del traslado lleva a lo siguiente: AFP PRIVADA por supuestos errores u omisiones en información CAUSA PERJUICIO al afiliado, entonces, a un tercero -COLPENSIONES- la rama judicial le impone que con los demás dineros del fondo público, cubra el daño generado por la AFP privada.

**Obviamente esa no es una solución legal y constitucionalmente sostenible, pero sobre todo NO ES LA SOLUCIÓN JURÍDICA QUE NUESTRA LEGISLACIÓN PREVÉ PARA ESTOS EVENTOS y que se encuentra consagrada en el artículo 10 del decreto 720 de 1994.**

**SEGUNDO: De manera consciente, sin justificación alguna, inaplica la solución jurídica que el sistema tiene prevista de manera específica para los actos de las AFP que por omisión o falsa información causen perjuicio a los afiliados.**

A continuación se analizan aspectos de estas dos afirmaciones.

1. **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 extraen los siguientes apartes de la sentencia C-1024 de 2004:

“Desde esta perspectiva, el *objetivo*perseguido con el señalamiento del  período de carencia en la norma acusada, **consiste en evitar la *descapitalización* del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida**, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al *fondo común* y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, **a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes**. No sobra mencionar en este punto, que el sustento actuarial es el que permite asumir los riesgos que se encuentran involucrados con el sistema y que, en ese orden de ideas, su falta de ajuste con la realidad económica del país, simplemente **podría llegar a poner en riesgo la garantía del derecho pensional para los actuales y futuros pensionados**.

Así las cosas, el período de carencia o de permanencia obligatoria, permite, en general, una menor tasa de cotización o restringe la urgencia de su incremento, al compensar esta necesidad por el mayor tiempo que la persona permanecerá afiliado a un régimen, sin generar los desgastes administrativos derivados de un traslado frecuente y garantizando una mayor utilidad financiera de las inversiones, puesto que éstas pueden realizarse a un largo plazo y, por ello, hacer presumir una creciente rentabilidad del portafolio conformado por la mutualidad del fondo común que financia las pensiones en el régimen de prima media con prestación definida.

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. **Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional**, cuyo propósito consiste en: *´obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social. Este principio en materia pensional se manifiesta en el logro de la sostenibilidad financiera autónoma del sistema integral de seguridad social en pensiones, en aras de garantizar ‘el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales’, en los términos previstos en el artículo 53 del Texto Superior´*.”

Permitir entonces, la declaración de ineficacia de traslados de personas que han estado largos años en el RAIS y a última hora perciben que, gracias a los subsidios del Régimen de Prima Media, su pensión podría ser superior en este a la que obtendrían en aquel, no solo es desconocer que la coexistencia de regímenes implica que ninguno de los dos es mejor o peor que el otro, sino también cohonestar con que algunas personas obtengan beneficios que no les corresponden y que se derivan de esfuerzos en los que no participaron, y cuyo otorgamiento -dada esa circunstancia- **puede llegar a poner en riesgo la garantía del derecho pensional para los actuales y futuros pensionados que si lo hicieron.**

**No resulta aceptable, bajo ninguna circunstancia que a pesar de existir esta limitación temporal expresa en la ley, que encuentra la explicación que atrás se acaba de dar, la jurisdicción, por el dudoso camino de insistir en una supuesta ineficacia del acto jurídico de la afiliación, vuelva ilimitado en el tiempo la posibilidad de retorno al régimen que a última hora mejor resulte a los intereses actuales del solicitante**. Y se afirma lo anterior porque la ineficacia a diferencia de la nulidad no tiene un tiempo que otorgue firmeza jurídica al acto, entonces bajo su amparo, el interesado, cuando ya potencialmente ha estado cobijado durante largos años por los beneficios del RAIS, a última hora, con pleno conocimiento de que su pensión en el RPM resulta de mayor cuantía, busca su retorno a este sistema en el que poco colaboró con sus aportes oportunos. Y se afirma que ese afiliado estuvo potencialmente cobijado por los beneficios del RAIS por cuanto no puede olvidarse que estuvo amparado por la garantía de pensión mínima 150 semanas antes que en el RPM, pues mientras en este ocurre a las 1300 semanas en aquel sucede a las 1150 semanas; no tuvo el límite del 80% del IBL como tope de su pensión; sus beneficiarios pudieron acceder a la devolución de saldos si él hubiera fallecido sin cumplir los requisitos para causar una pensión de sobrevivientes; Tuvo acceso a excedentes de libre disponibilidad; Pudo hacer aportes voluntarios para aumentar los saldos de la cuenta de ahorro individual; Gozó del privilegio de que, en caso de morir sin dejar beneficiarios de pensión de sobrevivientes, las sumas acumuladas en cuenta de ahorro individual hicieran parte de la masa sucesoral, etc.

1. **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”.*

1. **LAS NORMAS VIGENTES QUE REGULAN LAS CONDUCTAS IRREGULARES DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES POR LOS ERRORES U OMISIONES EN LA INFORMACIÓN QUE CAUSEN PERJUICIO A QUIENES AFILIEN.**

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

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

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

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

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

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

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

Dejo así aclarado mi voto.

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado