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, 5 de agosto de 2020

Acta de Sala de Discusión No 107 de 5 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 el Juzgado Primero Laboral del Circuito el 2 de diciembre de 2019, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de COLPENSIONES, dentro del proceso que promueve el señor ABELARDO ZAPATA RUBIO en contra de la AFP PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, cuya radicación corresponde al Nº 66001-31-05-001-2017-00427-01.

(…)

**ANTECEDENTES**

Pretende el señor Abelardo Zapata Rubio 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 2 de agosto de 1996 a través de la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. y con base en ello aspira que se le ordene girar el capital que se encuentre acumulado en la cuenta de ahorro individual a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, para que ésta a su vez reconozca y pague la pensión de vejez a partir del 22 de diciembre de 2016, la indexación de las sumas reconocidas y las costas procesales a su favor.

Refiere que: nació el 22 de diciembre de 1954; se afilió al RPM administrado por el entonces ISS el 13 de mayo de 1980; el 2 de agosto de 1996 firmó formulario de afiliación de la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A., materializándose su traslado del RPM al RAIS; el asesor comercial de la entidad, más allá de que le brindó cierta información sobre las características del régimen pensional al cual se iba a afiliar, la verdad es que dejó de suministrarle información sobre muchos otros aspectos fundamentales para tomar una decisión consciente, situación que actualmente le está generando un grave perjuicio en la medida en que, con base en las 1834,64 semanas cotizadas en toda su vida laboral, la AFP solo le garantiza una pensión de vejez a los 62 años de edad del orden de $1.337.400, según proyección efectuada por Porvenir S.A. el 21 de octubre de 2016; mientras que en el RPM podría alcanzar una mesada equivalente a la suma de $2.068.287; ante solicitud de traslado de régimen pensional, la Administradora Colombiana de Pensiones dio respuesta negativa argumentando que ello era improcedente por cuanto se encontraba a menos de 10 años de cumplir la edad mínima de pensión; el 16 de agosto de 2017 agotó la reclamación administrativa pidiéndole a Colpensiones el reconocimiento de la pensión, entidad que negó el pedido ese mismo día expresándole que él no era uno de sus afiliados.

Al contestar la demanda -fls.82 a 90- la Administradora Colombiana de Pensiones se opuso a las pretensiones, manifestando que el traslado del RPM al RAIS efectuado por el señor Abelardo Zapata Rubio el 2 de agosto de 1996 se realizó bajo el estricto cumplimiento de la Ley. Formuló las excepciones de mérito que denominó “Inexistencia de la obligación”, “Prescripción” y “Declaratoria de otras excepciones”.

La AFP Porvenir S.A. al dar respuesta al libelo introductorio -fls. 103 a 123- manifestó, en síntesis, que la afiliación efectuada por el actor a la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. se ciñó a las exigencias legales de la época, agregando que en todo caso, de haber existido un eventual vicio en el consentimiento del accionante, el mismo se saneó por el paso del tiempo como lo prevé el artículo 1750 del Código Civil. Se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de mérito de “Validez de la afiliación a Horizonte e inexistencia de vicios en el consentimiento”, “Saneamiento del eventual vicio en el consentimiento”, “Prescripción”, “Buena fe” e “Innominada o genérica”.

En sentencia de 2 de diciembre de 2019, la funcionaria de primera instancia luego de exponer la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, determinó que en todos los casos en los que se estudie la ineficacia del acto jurídico por medio del cual se materializa la afiliación al régimen de ahorro individual, es obligación de las administradoras demostrar que cumplieron con el deber de información, concluyendo que en este caso la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. no cumplió con esa carga procesal, al no acreditar que informó al accionante sobre las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado, razón por la que declaró ineficaz el acto jurídico por medio del cual se hizo efectivo, ordenándole a continuación a la AFP remitir a la Administradora Colombiana de Pensiones la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, con los rendimientos obtenidos y los gastos de administración, señalándole a esta última entidad el deber de recibir nuevamente al accionante en el RPM sin solución de continuidad. Seguidamente condenó a la Administradora Colombiana de Pensiones a que, una vez se cumplan las órdenes impartidas anteriormente, reconozca y pague a favor del señor Zapata Rubio, quien cumple los requisitos exigidos en la Ley 797 de 2003, la pensión de vejez a partir del 1º de agosto de 2017 en cuantía mensual equivalente a la suma de $2.296.945 y por 13 mesadas anuales, descontándosele el 12% correspondiente a los aportes en salud al retroactivo pensional generado que lo estimó en la suma de $71.999.365. Finalmente negó las demás pretensiones de la demanda y condenó en costas procesales a la AFP.

Inconformes con la decisión, las apoderadas judiciales de todos los intervinientes interpusieron recurso de apelación en los siguientes términos:

La parte actora sostuvo que, al haberse reconocido la pensión de vejez, necesariamente debían reconocerse también los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o en su defecto la indexación de las sumas reconocidas a título de retroactivo pensional.

Por su parte la AFP Porvenir S.A. sostiene que en el curso del proceso logró demostrar que al demandante se le brindó la información que exigía la ley para el 2 de agosto de 1996, lo que efectivamente llevó a que el señor Abelardo Zapata Rubio tomara una decisión consciente en los términos de los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993. Seguidamente y después de hacer referencia a los argumentos expuestos por una de las Salas de Decisión de este Distrito Judicial, afirmó que no se daban las condiciones para declarar la ineficacia pretendida por la parte actora, por cuanto él no hizo parte durante más de 20 años del régimen pensional del que pretende derivar la prestación económica que reclama, poniendo en riesgo la garantía del derecho pensional de quienes sí estuvieron en él realizando adecuadamente sus aportes. En todo caso expresó, que de mantenerse la decisión adoptada en primera instancia, considera que no se le puede ordenar la devolución de los rubros por gastos de administración, ya que esa entidad cumplió con el deber de administrar la cuenta de ahorro individual del accionante, lo que le significó una retribución efectiva a título de rendimientos sobre el capital, argumentando además que de ese mismo rubro se deduce el porcentaje correspondiente a las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes. De la misma manera considera que la condena en costas impuesta por el despacho resulta excesiva.

La Administradora Colombiana de Pensiones afirma que, de conservarse la decisión concerniente a la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, no solamente se debe ordenar el traslado de los aportes, rendimientos y gastos de administración, sino también los correspondientes a las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales. En cuanto al disfrute de la pensión de vejez, ello no puede darse a partir del 1º de agosto de 2017, ya que como el demandante lo confesó en el interrogatorio de parte, aún se encuentra vinculado laboralmente y por tanto haciendo aportes al sistema, lo que implica que la gracia pensional solo la pueda disfrutar a partir de su desafiliación efectiva al mismo.

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, los apoderados judiciales de los intervinientes hicieron uso del derecho a presentar alegatos de conclusión en término, siendo del caso señalar que de acuerdo con lo previsto 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, los argumentos allí expuestos coinciden a plenitud con los emitidos en la sustentación de los recursos de apelación.

**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**

**¿Hay lugar a declarar ineficaz la afiliación del señor Abelardo Zapata Rubio al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?**

**En caso de que así fuere ¿Debe condenarse a la AFP Porvenir S.A. a restituir el porcentaje de la cotización destinada 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, de manera actualizada o indexada?**

**De conformidad con la respuesta al interrogante anterior ¿Acredita el demandante los requisitos exigidos en la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión de vejez?**

**De ser así ¿Se encuentra acreditada la desafiliación del señor Abelardo Zapata Rubio al sistema general de pensiones?**

**¿A partir de qué momento tendría derecho a disfrutar la pensión de vejez?**

**De existir retroactivo pensional a su favor ¿Hay lugar a condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones a reconocer y pagar los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o en su defecto la indexación de las sumas que eventualmente se reconozcan?**

Con el propósito de dar solución a los interrogantes ténganse en cuenta los siguientes aspectos:

**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:

*“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**

Conforme con la solicitud de vinculación Nº 616860 visible a folio 14 del expediente, el señor Abelardo Zapata Rubió se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad el 2 de agosto de 1996 cuando se vinculó a la AFP Horizonte S.A. hoy AFP Porvenir S.A., sin embargo, se queja el actor que esa afiliación resulta ineficaz, en virtud a que la misma no se hizo de manera libre y voluntaria, al no haber estado precedida de la información documentada bajo los criterios establecidos por la Corte Suprema de Justicia.

Así las cosas, se procederá a verificar, siguiendo las reglas jurisprudenciales expuestas anteriormente, si la AFP Horizonte S.A. hoy AFP Porvenir S.A. cumplió con el deber legal de información que le correspondía para el 2 de agosto de 1996 (primera etapa).

En lo que concierne al formulario de afiliación, más allá de que en dicho documento se evidencia la rúbrica del señor Zapata Rubio en la casilla denominada “voluntad afiliado” en la que hace expone que *“Hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado de forma libre, espontánea y sin presiones. Manifiesto que he elegido a la sociedad administradora de fondos de pensiones Horizonte S.A. para que administre mis aportes pensionales y que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos”*; lo cierto es que, según lo adoctrina 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 en la audiencia de trámite y juzgamiento celebrada el 2 de diciembre de 2019, el señor Abelardo Zapata Rubio, además de indicar que se encontraba actualmente activo como cotizante al estar vinculado contractualmente con la empresa Postobón en la que ejerce el cargo de jefe de producción, sostuvo que para la época en que se produjo el traslado del ISS a la AFP Horizonte S.A. hoy AFP Porvenir S.A., reunieron a toda la planta de empleados de Postobón, y en ella, los asesores de la AFP, les dijeron que de acuerdo con las normas que se habían expedido, era deber de los trabajadores pasarse del ISS a uno de los nuevos fondos privados, sin embargo, más allá de decirles, de manera general, que podían pensionarse a los 55 años de edad y que podían realizar aportes voluntarios, no recibieron más información respecto a las consecuencias que generaba esa decisión; después de esa reunión, les pasaron los formularios de afiliación para firmarlos y no hubo otro tipo de soporte, ni verbal, ni documental que les ofreciese un mayor conocimiento de las connotaciones que traía el paso a ese fondo de pensiones. Así las cosas, no hay lugar a derivar de esos dichos una confesión sobre haber recibido la totalidad de la información que según la Sala de Casación Laboral correspondía otorgar por parte de la AFP.

Tales aseveraciones fueron ratificadas por el señor Rubén Darío Zapata Pulgarín, compañero de trabajo del accionante durante muchos años, quien simplemente agregó que en esa corta reunión les pintaban cosas muy bonitas, pero que nunca recibieron información sobre las desventajas que les podría acarrear pasarse del ISS a la AFP.

Además del formulario de afiliación, del interrogatorio de parte y del testimonio del señor Zapata Pulgarín, la AFP Porvenir S.A. únicamente allegó la historia laboral consolidada de la accionante -fls.132 a 208-, de la que, en el concepto vigente de la Sala de Casación Laboral, no se desprende el cumplimiento del deber legal  de información que le asistía con el señor Abelardo Zapata Rubio, razón por la que, conforme con lo sentado por la Corte Suprema de Justicia, al no cumplir la AFP con la carga probatoria que le correspondía, no queda otro camino que confirmar la decisión emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito, consistente en declarar la ineficacia del acto jurídico por medio del cual el accionante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, correspondiéndole a Porvenir S.A. girar a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones la totalidad del capital que se encuentre inmerso en la cuenta de ahorro individual del actora, junto con los rendimientos e intereses financieros que se hayan producido.

En lo atinente al reclamo hecho por la AFP en relación a la devolución de los gastos de administración, baste traer a colación la sentencia SL1688 de 8 de mayo de 2019, en la que la Corte Suprema de Justicia señaló, con apoyo en providencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, 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 la AFP a la Administradora Colombiana de Pensiones razón por la que se ordenará entonces la devolución del porcentaje que se destinó para financiar los gastos de administración.

Adicionalmente, en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones se dispondrá que le sean restituidos los valores utilizados para el pago de 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; por lo que habrá de modificarse el ordinar tercero de la sentencia de primera instancia en ese sentido.

Aclarado lo anterior, se procederá a verificar, también bajo el grado jurisdiccional de consulta que fue dispuesto a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, si el señor Zapata Rubio cumple con los requisitos exigidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, para que se le reconozca la pensión de vejez, como lo concluyó la funcionaria de primera instancia.

Frente a este ítem, como se aprecia en la copia de la cédula de ciudadanía del demandante -fl. 23- él nació el 22 de diciembre de 1954, por lo que los 62 años de edad exigidos en la referida Ley, los cumplió en la misma calenda del año 2016, acreditando para ese momento, según se desprende de las historias laborales allegadas por Colpensiones -fls. 238 a 240- y Porvenir S.A. -fls. 132 a 208-, un total de 1856,43 semanas de cotización, las cuales le permiten acceder al derecho pensional que reclama, como acertadamente lo concluyó el juzgado de conocimiento.

Ahora bien, en este punto de la providencia, no puede pasarse por alto la confesión que en su momento hiciere el señor Abelardo Zapata Rubio consistente en que, para el 2 de diciembre de 2019, fecha en que se celebró la audiencia de trámite y juzgamiento, él aún se encontraba activo como cotizante al estar vinculado como jefe de producción de la empresa Postobón, razón por la que, no es posible obtener el ingreso base de liquidación, bien de toda la vida laboral o de los últimos diez años efectivos de cotización, como lo prevé el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, ya que en la historia laboral no aparecen reportadas las cotizaciones efectuadas después del ciclo de agosto de 2017, siendo el IBL un factor determinante para aplicar la fórmula dispuesta en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003 y por ende determinar con exactitud cuál es la tasa de reemplazo que debe fijarse en este caso, además de que, como lo ha expresado la Administradora Colombiana de Pensiones en la sustentación del recurso de apelación, al continuar afiliado al sistema general de pensiones y no haber cesado en sus cotizaciones, tampoco es posible tener una fecha determinada para fijar el disfrute pensional.

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 los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993 con las modificaciones que le introdujo al último de ellos la Ley 797 de 2003, previa cesación efectiva de las cotizaciones al sistema general de pensiones del actor, debiendo 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 en la sustentación del recurso de apelación, sea lo primero hacer notar, que al revisar las pretensiones de la demanda -fls.2 a 22- no se observa petición en ese sentido, por lo que siendo así, no resulta posible estudiar su viabilidad en esta sede. Lo que sí es procedente es el reconocimiento de la indexación de las sumas que en su momento reconozca la Administradora Colombiana de Pensiones a título de retroactivo pensional, si lo hubiere, no solo porque se encuentra relacionado en las pretensiones de la demanda, sino también porque como es sabido, el paso del tiempo afecta el valor adquisitivo de la moneda en Colombia.

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

Costas en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A. en un 100% a favor del demandante.

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 2 de diciembre de 2019, en el sentido de **ORDENAR** a la AFP HORIZONTE S.A. hoy AFP PORVENIR S.A. a restituir con cargo a sus propios recursos, el valor que durante todo el tiempo de vinculación al RAIS del demandante destinó 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 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito el 2 de diciembre de 2019, en el sentido de **ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES que una vez la 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 ABELARDO ZAPATA RUBIO, 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, si lo hubiere.

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

**CUARTO. CONDENAR** en costas en esta instancia a la AFP Porvenir S.A. en un 100% a favor del demandante.

Notifíquese,

Los Magistrados,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Ponente

Aclara voto

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

Magistrada Magistrada

Radicación Nro.: 66001-31-05-001-2017-00427-01

Proceso Ordinario Laboral

Demandante: Abelardo Zapata Rubio

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 11 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