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 / LEGITIMACIÓN EN LA CUASA POR ACTIVA / LA TIENE EL AFILIADO AL SISTEMA / NO EL YA PENSIONADO / SITUACIÓN JURÍDICA CONSOLIDADA.**

Ha definido la Corte Suprema de Justicia que la legitimación en la causa es un presupuesto sustancial indispensable para estimar las pretensiones de la demanda, en la medida en que una de las partes tiene la titularidad de exigir de la otra el cumplimiento de una obligación en consideración a la relación jurídico-sustancial existente entre ellas. (…)

El literal a) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 establece que la afiliación al sistema general de pensiones es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes… permitiendo a continuación el literal e), el traslado de los afiliados entre ambos regímenes pensionales, por una sola vez cada cinco años, contados a partir de la selección inicial; prohibiéndoles ese movimiento cuando les faltaren menos de diez años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Bajo esa normativa, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha encaminado su análisis con el objeto de verificar el cumplimiento de los requisitos legales que materializan el traslado entre los regímenes pensionales de los afiliados al sistema general de pensiones desde la perspectiva de la eficacia del acto jurídico que perfecciona el cambio de régimen pensional, de conformidad con las reglas jurisprudenciales que se explicaron con anterioridad; pudiéndose observar que en todas esos procesos los demandantes actuaban en calidad de afiliados… históricamente solo se conoce una providencia por parte del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral en la que se ordenó el retornó al RPM de un demandante que se encontraba disfrutando la pensión de vejez en el RAIS (sentencia 31989 de septiembre 9 de 2008), sin embargo, vale la pena resaltar que en aquella única oportunidad, la orden emitida se fundamentó en la postura vigente para ese momento que trataba sobre la nulidad del acto jurídico del traslado entre regímenes pensionales, misma que fue recogida desde hace algunos años por esa Corporación para sentar la tesis vigente a la fecha…

Ahora bien, en sentencia SL2820 de 4 de agosto de 2020, la Sala de Descongestión N°1 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia confirmó la decisión proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en la que negó las pretensiones elevadas por un demandante que ostentaba la calidad de pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad desde hace aproximadamente 20 años, expresando sucintamente que “la situación jurídica individual del demandante ha quedado definida y consolidada bajo el imperio del régimen jurídico de la pensión del régimen de ahorro individual y que, en tal virtud, se entiende incorporada a su patrimonio. De ahí que, tampoco le asista razón cuando afirma que, materialmente, no ostenta el estatus de pensionado, por considerar que tiene la opción de recuperar el régimen de transición.”

Conforme con lo expuesto, para que una persona aspire a la declaratoria de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, siguiendo las reglas establecidas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, indispensable resulta que se encuentre legitimado para ejercer esa acción, esto es, acreditando dentro del proceso que ostenta la calidad de afiliado activo o inactivo al sistema general de pensiones, pues al alcanzar la gracia pensional, su calidad de afiliado muta a la de pensionado, quedando consolidada y definida su situación jurídica pensional bajo el imperio del régimen de ahorro individual con solidaridad. (…)

Al iniciar la presenta acción, el señor Darío James Maya Hoyos expuso que para la fecha de presentación de la demanda se encontraba disfrutando la pensión de vejez en el régimen de ahorro individual con solidaridad, informando que para el año 2018 venía percibiendo una mesada pensional…

En el anterior orden de ideas, como consecuencia de haber perdido el accionante la calidad de afiliado al sistema general de pensiones exigida -para movilizarse entre el RPM y el RAIS- en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, no queda otro camino que confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito, al no encontrase legitimado en la causa por activa para exigir de la judicatura la declaratoria de ineficacia de los actos jurídicos que ejecutó en su entonces condición de afiliado, resultando jurídicamente inviable, como ya se explicó, ordenar su paso como pensionada del RAIS al RPM.

**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**

**MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Pereira, dos de febrero de dos mil veintidós

Acta de Sala de Discusión No 12 de 31 de enero de 2022

Se resuelve el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor del demandante **Darío James Maya Hoyos** en la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito el 8 de marzo de 2021, dentro del proceso **ordinario laboral** que le promueve al fondo privado de pensiones **Protección S.A.** y a la **Administradora Colombiana de Pensiones**, cuya radicación corresponde al N° 66001 31 05 003 2018 00118 01; y al cual fue vinculado el **Ministerio de Hacienda y Crédito Público**.

**AUTO**

(…)

**ANTECEDENTES**

Pretende el señor Darío James Maya Hoyos que la justicia laboral acceda a la nulidad y/o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado a través del fondo privado de pensiones Protección S.A. en el año 1997 y consecuencialmente que declare válida y vigente la afiliación primigenia efectuada al régimen de prima media con prestación definida y que actualmente se encuentra administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones.

Con base en esas declaraciones aspira que se condene al fondo privado de pensiones demandado a girar a favor de Colpensiones la totalidad de las sumas a que haya lugar, condenando a esta última entidad a reconocer y pagar la pensión de vejez bajo los presupuestos del Acuerdo 049 de 1990, el retroactivo pensional causado, los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, lo que resulte probado extra y ultra petita, además de las costas procesales a su favor.

Refiere que: se afilió al régimen de prima media con prestación definida a través del Instituto de Seguros Sociales, realizando cotizaciones hasta antes del 4 de junio de 1997 cuando decidió suscribir formulario de vinculación con el fondo privado de pensiones Protección S.A., trasladándose de esa manera al régimen de ahorro individual con solidaridad; antes de ejecutar ese acto jurídico, un asesor comercial de esa entidad le brindó una información que no resultó ser adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta sobre las consecuencias que conllevaba cambiar de régimen pensional, pues no le informó, sobre todo, cuáles eran las desventajas de tomar esa decisión.

En la fecha en que cumplió los 60 años tenía cotizadas más de 1000 semanas al sistema general de pensiones, alcanzando a cotizar en toda su vida laboral un total de 1168; lo que le permite acceder a la pensión de vejez bajo los presupuestos del Acuerdo 049 de 1990. Actualmente, esto es, para la fecha de presentación de la demanda, se encuentra disfrutando la pensión de vejez en el régimen de ahorro individual con solidaridad, con una mesada para el año 2018 del orden de $2.715.649, pero en el régimen de prima media con prestación definida podría estar gozando de una mesada equivalente a $4.555.588.

El 9 de abril de 2015 solicitó a Colpensiones el retorno al régimen de prima media con prestación definida, petición que fue resuelta negativamente.

Al contestar la demanda -págs.101 a 106 archivo 01 carpeta primera instancia- la Administradora Colombiana de Pensiones manifestó que, de acuerdo con la información consignada en sus bases de datos, el señor Darío James Maya Hoyos se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad el 4 de junio de 1997, el cual cumplió con el lleno de los requisitos exigidos en la ley, razón por la que ese acto jurídico se reputa válido. Se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de mérito que denominó “*Inexistencia de la obligación demandada*” y “*Prescripción*”.

El fondo privado de pensiones Protección S.A. respondió la acción -págs.125 a 143 archivo 01 carpeta primera instancia- sosteniendo que el cambio de régimen pensional ejecutado por el señor Darío James Maya Hoyos a través de esa entidad se hizo con todos los requisitos que la ley exigía para el 4 de junio de 1997, pero agregando que en este caso no existe causa para iniciar la presente acción, en consideración a que esa entidad ha cumplido con todas las obligaciones que le competen frente al demandante, al punto que le reconoció al señor Maya Hoyos la pensión de vejez de manera anticipada dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad, además de los excedentes de libre disponibilidad. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y planteó las excepciones de fondo que denominó *“Prescripción”, “Validez y eficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad”, “Falta de causa para demandar”, “Buena fe y confianza legítima”, “Compensación*” e “*Innominada o genérica*”.

Luego de ser debidamente vinculado al proceso, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público dio respuesta al libelo introductorio -págs.23 a 39 archivo 02 carpeta primera instancia- oponiéndose a las pretensiones elevadas por el señor Darío James Maya Hoyos, en consideración a que, de acuerdo con la información contenida en sus bases de datos, el demandante se encuentra pensionado por vejez de manera anticipada en el régimen de ahorro individual con solidaridad, habiéndose negociado en el mercado secundario de valores el bono pensional tipo A al que tenía derecho el actor, que le permitió precisamente acceder anticipadamente a la gracia pensional en el año 2008; por lo que al haberse consolidado su situación pensional, no es posible que se ordene su retorno al régimen de prima media con prestación definida. Propuso las excepciones de “*Inexistencia de la obligación”, “Incumplimiento de la carga de la prueba”, “Imposibilidad de traslado por parte de pensionados”, “Saneamiento de los vicios en el consentimiento”, “Prescripción”, “Firmeza del bono pensional”, “Buena fe*” y “*Excepción genérica*”.

En sentencia de 8 de marzo de 2021, la funcionaria de primera instancia hizo un recuento de la normatividad que regula la afiliación de los trabajadores a los regímenes pensionales que componen el sistema general de pensiones, exponiendo a continuación la jurisprudencia que sobre el tema de la ineficacia de los traslados por ausencia parcial o total de la información ha emitido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluyendo que en todos esos casos en los que el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral estudió ese tema, lo hizo frente a los trabajadores que ostentaban la calidad de afiliados al sistema pensional, motivo que la llevó a razonar que en este caso, en el que se encuentra demostrado que el señor Darío James Maya Hoyos se encuentra disfrutando de la pensión de vejez anticipada en el régimen de ahorro individual con solidaridad desde el año 2008, quedó consolidada su situación pensional; por lo que al no ostentar la calidad de afiliado dentro del sistema general de pensiones, concluyó que no era procedente verificar si el traslado efectuado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, que se materializó a través de la AFP Protección S.A. en el año 1997, se había presentado o no en términos de eficacia; motivos por los que negó la totalidad de las pretensiones de la demanda.

No hubo apelación de la sentencia, por lo que, al haber resultado la decisión completamente desfavorable a los intereses de la parte actora, se dispuso 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, la totalidad de los intervinientes, con excepción de la parte actora, hicieron uso del derecho a presentar en término los alegatos de conclusión en esta instancia.

En cuanto al contenido de los alegatos de conclusión remitidos por las entidades demandadas y por el vinculado Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de acuerdo con lo previsto en el artículo 279 del CGP en el que se dispone que *“No se podrá hacer transcripciones o reproducciones de actas, decisiones o conceptos que obren en el expediente*.”, baste decir que, reiteraron los argumentos expuestos en las contestaciones de la demanda, solicitando la confirmación integral de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito el 8 de marzo de 2021.

Atendidas las argumentaciones, a esta Sala de Decisión le corresponde resolver los siguientes:

**PROBLEMAS JURÍDICOS**

***¿Se encuentra legitimado el señor Darío James Maya Hoyos para buscar la declaratoria de ineficacia del acto jurídico por medio del cual, en calidad de afiliado del sistema general de pensiones, se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad en el año 1997?***

***De conformidad con la respuesta al interrogante anterior ¿Hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda?***

Con el propósito de dar solución a los interrogantes en el caso concreto, la Sala considera necesario precisar, los siguientes aspectos:

1. **LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA**

Ha definido la Corte Suprema de Justicia que la legitimación en la causa es un presupuesto sustancial indispensable para estimar las pretensiones de la demanda, en la medida en que una de las partes tiene la titularidad de exigir de la otra el cumplimiento de una obligación en consideración a la relación jurídico-sustancial existente entre ellas.

Ahora, frente a la falta de tal presupuesto, en sentencia SC1230 de 25 de abril de 2018 la Sala Civil enseñó que sea por activa o por pasiva, no impide que se resuelva de fondo la litis, sino que se constituye en un motivo para decidirla adversamente al actor, al no tratarse de un presupuesto procesal, lo que resumió en los siguientes términos:

*“«… preciso es notar cómo la legitimación en la causa, ha dicho insistentemente la Corte, es cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, por cuanto alude a la pretensión debatida en el litigio y no a los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido de éste. Por eso, su ausencia no constituye impedimento para resolver de fondo la litis, sino motivo para decidirla adversamente, pues ello es lo que se aviene cuando quien reclama un derecho no es su titular o cuando lo aduce ante quien no es el llamado a contradecirlo, pronunciamiento ese que, por ende, no sólo tiene que ser desestimatorio sino con fuerza de cosa juzgada material para que ponga punto final al debate, distinto de un fallo inhibitorio carente de sentido lógico por cuanto tras apartarse de la validez del proceso siendo éste formalmente puro, conduce a la inconveniente práctica de que quien no es titular del derecho insista en reclamarlo o para que siéndolo en la realidad lo aduzca nuevamente frente a quien no es el llamado a responder.”.*

1. **EL TRASLADO ENTRE REGÍMENES PENSIONALES**

El literal a) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 establece que la afiliación al sistema general de pensiones es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes; previendo posteriormente en el literal b) de la norma en comento que, la selección de uno cualquiera de los regímenes pensionales coexistentes en el sistema general de pensiones es libre y voluntaria por parte del afiliado; permitiendo a continuación el literal e), el traslado de los afiliadosentre ambos regímenes pensionales, por una sola vez cada cinco años, contados a partir de la selección inicial; prohibiéndoles ese movimiento cuando les faltaren menos de diez años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Bajo esa normativa, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha encaminado su análisis con el objeto de verificar el cumplimiento de los requisitos legales que materializan el traslado entre los regímenes pensionales de **los afiliados al sistema general de pensiones** desde la perspectiva de la eficacia del acto jurídico que perfecciona el cambio de régimen pensional, de conformidad con las reglas jurisprudenciales que se explicaron con anterioridad; pudiéndose observar que en todas esos procesos los demandantes actuaban en calidad de afiliados (ya fueran beneficiarios del régimen de transición, o estuvieren próximos a cumplir la totalidad de requisitos exigidos para pensionarse, o tuvieren requisitos cumplidos pero sin habérseles reconocido y en general cualquier tipo de reclamante como afiliado activo o inactivo en el sistema). Mientras que, históricamente solo se conoce una providencia por parte del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral en la que se ordenó el retornó al RPM de un demandante que se encontraba disfrutando la pensión de vejez en el RAIS (sentencia 31989 de septiembre 9 de 2008), sin embargo, vale la pena resaltar que en aquella única oportunidad, la orden emitida se fundamentó en la postura vigente para ese momento que trataba sobre la nulidad del acto jurídico del traslado entre regímenes pensionales, misma que fue recogida desde hace algunos años por esa Corporación para sentar la tesis vigente a la fecha, amén que, ese caso contenía una particularidad que no puede pasarse por alto, consistente en que en el momento en que se produjo la afiliación del accionante al RAIS, él ya contaba con el status de pensionado al cumplir con los requisitos exigidos en la Ley 33 de 1985.

Ahora bien, en sentencia SL2820 de 4 de agosto de 2020, la Sala de Descongestión N° 1 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia confirmó la decisión proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en la que negó las pretensiones elevadas por un demandante que ostentaba la calidad de pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad desde hace aproximadamente 20 años, expresando sucintamente que *“la situación jurídica individual del demandante ha quedado definida y consolidada bajo el imperio del régimen jurídico de la pensión del régimen de ahorro individual y que, en tal virtud, se entiende incorporada a su patrimonio. De ahí que, tampoco le asista razón cuando afirma que, materialmente, no ostenta el estatus de pensionado, por considerar que tiene la opción de recuperar el régimen de transición.”*

Conforme con lo expuesto, para que una persona aspire a la declaratoria de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, siguiendo las reglas establecidas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, indispensable resulta que se encuentre legitimado para ejercer esa acción, esto es, acreditando dentro del proceso que ostenta la calidad de afiliado activo o inactivo al sistema general de pensiones, pues al alcanzar la gracia pensional, su calidad de afiliado muta a la de pensionado, quedando consolidada y definida su situación jurídica pensional bajo el imperio del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Es que de aceptarse la aplicación de la tesis de la ineficacia de los traslados para aquellas personas que han adquirido el derecho pensional y que han incorporado esos recursos a su patrimonio, ocurriría lo siguiente: i) se transgrediría la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, norma que fue declarada exequible en la sentencia C-1024 de 2004 en la que se arguyó que no es posible permitir el traslado de afiliados al sistema **que están próximos a concretar el derecho a la pensión de vejez**, pues dicha prohibición contiene en sí la protección de la sostenibilidad financiera del sistema pensional; ii) se quebrantaría el cambio de plan de capitalización o de pensiones y de entidades administradoras dispuesto en el artículo 107 de la Ley 100 de 1993, en el que se faculta a **todos los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad** **y que no haya adquirido la calidad de pensionado**, a transferir voluntariamente el valor de su cuenta de ahorro individual a otro plan de capitalización o de pensiones autorizados, o trasladarse a otra entidad administradora, pues con ello lo que se busca es garantizar el servicio administrativo y financiero de las pensiones en el RAIS, asegurar la estabilidad financiera y rentabilidad de las inversiones, lo que permite garantizar el cumplimiento de los principios previstos en el artículo 2° de la Ley 100 de 1993, tal y como lo explicó la Corte Constitucional en la sentencia C-841 de 2003, en la que declaró exequible la expresión “***y que no haya adquirido la calidad de pensionado****”*contenida en el referido artículo 107 de la ley 100 de 1993, concluyendo al respecto que “***la limitación del traslado de la cuenta de ahorro pensional cuando se ha adquirido la calidad de pensionado, resulta efectivamente conducente para el logro de los fines de eficiencia administrativa y financiera de las entidades administradoras y de sostenibilidad y rentabilidad del sistema****”.*

A más de lo anterior, de accederse a las acciones de ineficacia interpuestas por los pensionados del régimen de ahorro individual con solidaridad, se correría con el riesgo de llegar a situaciones inadmisibles, como atinadamente lo explicó en la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín en sentencia de 14 de agosto de 2019 dentro del proceso radicado con el número 050013105007 2015-01295 01, en el que expresó:

*“Por último, ha de reiterarse por esta Sala que sostener la tesis de la ineficacia de la afiliación para pensionados del régimen de ahorro individual es un camino que puede conducir a situaciones del todo insostenibles, por cuanto la consolidación de ese nuevo estatus supone en muchos casos la participación de terceros de buena fe, como cuando se ha optado por pensionarse bajo la modalidad de renta vitalicia y se ha contratado con una aseguradora su pago. Las palabras de la Corte Constitucional, en la sentencia C-841 de 2003, acuden con autoridad para esclarecer ese reductio ad absurdum:*

*“Cuando se trata de la modalidad de renta vitalicia inmediata, la naturaleza misma del contrato no permitiría el traslado en ningún caso, dado que el afiliado adquiere la condición de pensionado desde el momento mismo en que contrata la renta vitalicia. Este tipo de plan pensional es, por expresa definición legal, un contrato irrevocable entre el afiliado y una aseguradora, mediante el cual el afiliado adquiere un seguro que le otorga al beneficiario y sus descendientes el derecho a recibir una renta vitalicia mensual. Por su naturaleza, como contrato de seguro que es, los riesgos financieros y de contingencias propias de este tipo de contrato se trasladan a la compañía aseguradora, quien a partir de la celebración del mismo debe hacer las reservas necesarias, adquirir reaseguros y adoptar otras medidas para garantizar la rentabilidad y estabilidad del contrato. Por ello, resulta efectivamente conducente para garantizar la sostenibilidad del sistema y servicios administrativos y financieros adecuados, restringir la posibilidad de traslado en esta modalidad de pensión. De no establecerse esta restricción, ninguna aseguradora aceptaría asumir los costos de una renta vitalicia, si la continuidad de la relación con el beneficiario quedara sometida a su mera voluntad.”*

*Valga también mencionar además las situaciones de quienes se han pensionado anticipadamente y han negociado su bono pensional antes de la fecha de redención normal. Ese tercero inversionista que se ha beneficiado en el mercado de valores, mediante un negocio totalmente legítimo, querrá una respuesta cuando la justicia laboral disponga la anulación de esa transacción”.*

Fue así como la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia CSJ SL373 de 10 de febrero de 2021, en la que abordó un caso en el que un pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad solicitaba la nulidad o ineficacia del traslado surtido a ese régimen pensional, concluyó, con base en similares argumentos a los aquí expuestos y que ya habían sido presentados con antelación a la emisión de dicha providencia por quien aquí hace las veces de magistrado sustanciador y que fueron objeto de debate por parte de la Corporación, que en este tipo de eventos *“la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones”*; motivos por los que determinó que en estos casos los pensionados no están legitimados para solicitar la nulidad o ineficacia del cambio de régimen pensional que en su momento hicieron en calidad de afiliados; decisión que fue reiterada en sentencia SL3535 de 4 de agosto de 2021.

**CASO CONCRETO**

Al iniciar la presenta acción, el señor Darío James Maya Hoyos expuso que para la fecha de presentación de la demanda se encontraba disfrutando la pensión de vejez en el régimen de ahorro individual con solidaridad, informando que para el año 2018 venía percibiendo una mesada pensional del orden de $2.715.649.

En efecto, como se aprecia en los documentos visibles en las páginas 153 a 166 del archivo 01 de la carpeta de primera instancia, el señor Darío James Maya Hoyos elevó solicitud de reconocimiento de la pensión anticipada de vejez en el régimen de ahorro individual con solidaridad el 22 de enero de 2008, autorizando la expedición y negociación en el mercado secundario de valores del bono pensional tipo A emitido a su favor por la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el cual tuvo un valor de compra de $466.168.603, el cual permitió, junto con el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, que el fondo privado de pensiones Protección S.A. reconociera el 22 de julio de 2008 la pensión anticipada de vejez, concediéndole una mesada pensional para esa anualidad equivalente a la suma de $1.995.995 con derecho a 13 mesadas anuales, además de haberle reconocido excedentes de libre disponibilidad por valor de $36.528.294.

Así mismo, obra certificación emitida por el fondo privado de pensiones Protección S.A. el 14 de agosto de 2019 -págs.106 y 107 archivo 02 carpeta primera instancia- en el que hace constar que el señor Darío James Maya Hoyos ostenta la calidad de pensionado en el régimen de ahorro individual con solidaridad devengando para los años 2018 y 2019 una mesada pensional del orden de $2.715.649 y $2.758.828 respectivamente.

Conforme con la confesión hecha por el señor Darío James Maya Hoyos al iniciar la presente acción, la cual se encuentra adicionalmente soportada en los documentos referidos precedentemente, no hay dudas en que se consolidó un hecho que extinguió el derecho que el accionante tenía como afiliado al sistema general de pensiones a movilizarse entre los dos regímenes pensionales que lo conforman; ya que al adquirir la calidad de pensionado, su situación jurídica quedó definida y consolidada bajo el imperio del régimen jurídico de la pensión de vejez anticipada en el régimen de ahorro individual con solidaridad, la cual se ha incorporado efectivamente a su patrimonio y ha generado una serie de actos que comprometen recursos y responsabilidades obligacionales de terceros de buena fe.

En el anterior orden de ideas, como consecuencia de haber perdido el accionante la calidad de afiliado al sistema general de pensiones exigida -*para movilizarse entre el RPM y el RAIS*- en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, no queda otro camino que confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito, al no encontrase legitimado en la causa por activa para exigir de la judicatura la declaratoria de ineficacia de los actos jurídicos que ejecutó en su entonces condición de afiliado, resultando jurídicamente inviable, como ya se explicó, ordenar su paso como pensionada del RAIS al RPM.

De esta manera queda resuelto el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor del señor Darío James Maya Hoyos.

Sin costas en esta sede.

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

**RESUELVE**

**CONFIRMAR** la sentencia que por consulta se ha conocido.

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

Quienes integran la Sala,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado Ponente

Aclara voto

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**

Magistrada Magistrado

Radicación No: 66001-31-05-003-2018-00118-01

Demandante: Darío James Maya Hoyos

Demandado: Colpensiones y otro

Tema: Cumplimiento a exhorto de la Sala de Casación.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

Febrero 2 de 2022

**MAGISTRADO: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

A pesar de que, según mi leal saber y entender, 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”.

Como iguales circunstancias a las narradas previamente ocurrieron en este asunto, 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 de eventos de ineficacia de traslados entre regímenes pensionales, **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, mismo 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.
6. **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 RAZON 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 demandas 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