El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Providencia: Sentencia del 6 de noviembre de 2019

Radicación No: 66001-31-05-004-2017-00247-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Dora Mariela Rodríguez Garzón

Demandado: AFP Porvenir S.A, Ministerio de Hacienda y Colpensiones

Juzgado de origen: Cuarto Laboral del Circuito

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**TEMAS: TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL / INEFICACIA / DEBER DE INFORMACIÓN / REQUISITOS / CARGA PROBATORIA INCUMBE AL FONDO DE PENSIONES.**

Para dar inicio a la tarea de despejar los dilemas planteados, es menester adelantar que en lo tocante con las normas que establecen la eficacia y las condiciones necesarias para que el traslado entre regímenes pensionales opere, se sitúa, en primer lugar, el precepto 13 de la ley 100 de 1993, que en su literal e) disciplina el derecho que le asiste a todas las personas de escoger, libremente, el régimen de pensiones que prefieran, so pena de que, ante la eventual vulneración de este derecho por parte de las administradoras de pensiones o de los empleadores, a voces del artículo 271 de la obra en mención: “La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador”, es decir, el traslado se tornará en ineficaz, retrotrayendo las cosas al estado anterior al mismo. (…)

… el Decreto 720 de 1994… establece la forma, condiciones y obligaciones que tienen los promotores, intermediarios y asesores de los fondos de pensiones, en el marco de lo indicado en los artículos 105 y 287 de la Ley 100 de 1993…

… su precepto 10 reza:

“RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES. Cualquier infracción, error u omisión -en especial (de) 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...”.

De tal suerte, que existe norma expresa y explicita que establece el deber de las AFP por medio de sus promotores, de dar información suficiente, amplia y oportuna a los posibles afiliados, aspecto que se despeja de cualquier manto de duda si se repara el artículo 97 del Estatuto Orgánico Financiero, en su redacción original (vigente para el momento del traslado)…

Así las cosas, es evidente que desde la misma entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se estableció el deber de información suficiente, precisa y completa que debe dar la AFP a sus usuarios, en especial cuando se estudie un traslado en particular, con las consecuencias diáfanamente dispuestas por el propio legislador, ante una eventual ausencia de tal deber de información.

De suerte que, si se verifica que el traslado de régimen pensional de un trabajador, no estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de la Seguridad Social y a las reglas de libertad de escogencia, debe darse aplicación al presupuesto normativo que consagra la ineficacia…

… es del caso escudriñar el aspecto probatorio, esto es, si es suficiente la regla universal contenida en el precepto 167 del Estatuto General del Proceso, incluida allí la regla atinente a las afirmaciones y negaciones indefinidas, o si además, son de recibo otras disposiciones de la misma estirpe, pero contenidas en el código Civil, cuál sucede con los artículos 1603 y 1604, último de las cuales bien vale reproducir: “La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo…”.

… al tener en custodia derechos de un valor inconmensurable, como los indicados, las AFP deben obrar con especial atención a sus deberes, ser sumamente acuciosas con la asesoría que brindan y, en general, adelantar todas aquellas gestiones que sean necesarias para el bienestar de sus afiliados y la materialización de sus derechos.

Ante tal panorama, resulta prevalente, la aplicación al caso, el inciso final del canon 1604 del CC, que atrás se reprodujo.

Por consiguiente, son las AFPs las llamadas a demostrar que actuaron con arreglo a esa diligencia o cuidado, en orden a liberar su responsabilidad, mediante los medios probatorios pertinentes, que brindaron la información suficiente, clara y precisa al usuario, con el fin de que éste tomara la decisión de manera consciente, informada, libre y voluntaria.

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

… en primer término debe ponerse de relieve que el análisis en este tipo de asuntos requiere inexorablemente la determinación de si, la acción que se está utilizando y con base en la cual se están protegiendo los eventuales derechos de los afiliados al RPM que se trasladaron al RAIS, tiene soporte legal en nuestro sistema jurídico pensional en general y en el régimen de obligaciones y cargas vigentes en nuestro territorio, y un peso tal que permite desconocer la obligación constitucional de proteger y garantizar la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

La tesis que se sostendrá es que de manera manifiesta la acción que se viene intentando en este tipo de asuntos no es la que en realidad está prevista en nuestra legislación para solucionar los casos en que por omisión u error en la información suministrada por las AFP privadas, los afiliados decidieron trasladarse de régimen…

… es este decreto 720 de 1994 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.

Claro resulta entonces que, si se prueba en el proceso el engaño o la responsabilidad de la AFP privada en el traslado del afiliado y, como consecuencia de ello, la causación de un perjuicio al usuario, él cuenta con la acción adecuada para pedir la indemnización de ese perjuicio, pero obviamente a cargo de quien se lo causó, esto es la AFP que propició el traslado, más no de COLPENSIONES.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

****

**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**PEREIRA RISARALDA**

**MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

En Pereira, a los (6) días del mes de noviembre de dos mil diecinueve (2019), siendo las ( ), la Sala de Decisión N. 3 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, declaran abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación interpuesto por Dora Mariela Rodríguez Garzón en contra de la sentencia proferida el 6 de septiembre de 2018 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que le promueve a **Porvenir S.A., Colpensiones** y el **Ministerio de Hacienda y Crédito Público,** cuya radicación corresponde al Nº 66001-31-05-004-2017-00247-01.

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

**ANTECEDENTES**

Pretende la demandante se declare la nulidad o la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual realizada el 20 de agosto de 2003, a través de la AFP Porvenir , y como consecuencia se tenga por válida y vigente su afiliación a Colpensiones, entidad que deberá reconocerle la pensión de vejez, por acreditar los requisitos mínimos para ello.

Como fundamento a esos pedimentos, expone que nació el 18 de junio de 1959; que se afilió al régimen de prima media con prestación definida, administrado en esa época por el ISS, el día 25 de septiembre de 1980, donde permaneció hasta el mes de agosto de 2003, cuando se trasladó al RAIS a través de la AFP Horizonte, hoy AFP Porvenir S.A., momento para el cual el asesor le informó acerca de la posibilidad de pensionarse a cualquier edad y el riesgo en que se encontraban sus aportes ante la inminente liquidación del ISS. Aduce que no se le informó acerca de la disminución del monto de la pensión, de la edad mínima para acceder a esta, de la fecha límite para retornar al RPM, ni menos aún del capital que debía acumular, razón por la que la decisión del traslado no puede ser considerada libre y voluntaria. Refiere que el 12 de septiembre de 2016 la AFP accionada le comunicó que su mesada pensional es de $805.787; que de haber permanecido en el RPM la mesada sería el promedio más del 300% del valor reconocido en el RAIS; que frente a esa situación tan gravosa intentó retornar a Colpensiones, empero que, la petición que le fue negada, por encontrarse pensionada o en trámite de pensión en el RAIS.

Colpensiones al contestar la demanda, se opuso a las pretensiones y excepcionó de fondo “Inexistencia de la obligación”, “Buena fe”, “Imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas” y “Prescripción”, folio. 66 al 70.

Por su parte, la AFP Porvenir S.A. se opuso igualmente a las pretensiones y en su defensa propuso como medios exceptivos los de “Validez de la afiliación a Porvenir e Inexistencia de vicios en el consentimiento”, “Subsanación de una eventual nulidad”, “Ilegalidad de las pretensiones de la demanda”, “Pago”, “Compensación”, “Prescripción” y “Buena fe”. Solicitó la integración de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Nación, como litisconsorte necesario, ver folios 80 a 100.

En escrito aparte, la AFP formuló demanda de reconvención con el fin de que la accionante reembolse a Porvenir, las sumas de dinero pagadas desde septiembre de 2016 a título de mesada pensional, debidamente indexadas.

La a quo declaró probada la excepción de falta de integración de litisconsorcio necesario, y en consecuencia ordenó la vinculación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien formuló como excepción de fondo la de “inexistencia de la obligación”.

El Juzgado de conocimiento en sentencia el 06 de septiembre de 2018, negó las pretensiones de la demanda, al considerar que la accionante no se ocupó de demostrar las afirmaciones contenidas en su demanda, pues ni siquiera dejó claro cuál fue la información falaz que le fue suministrada por el asesor del fondo privado; por el contrario afirmó que ese le indicó que podía pensionarse a cualquier edad, beneficio al que efectivamente puede acceder si se encuentra afiliada al RAIS. En consecuencia, quedó el juez relevado de resolver lo pertinente a la demanda de reconvención.

Inconforme con lo decidido, la parte actora interpuso el recurso de apelación, indicando básicamente que el fondo privado no demostró haber cumplido con la carga de la prueba, en los términos señalados en el artículo 167 del CGP, y que por el contrario, sí se evidenció que la actora fue víctima de engaño por la entidad al momento del traslado. Citó jurisprudencia del órgano de cierre de la especialidad laboral, para insistir en que indistintamente de que el actor sea o no beneficiario del régimen de transición, la carga de probar que al usuario se le brindó información completa, recae en el fondo privado.

Nota: Por lo reglado en el inciso final del artículo 280 del Código General del Proceso, de aplicación por la integración normativa autorizada por el artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social, no es necesario que la Sala se extienda en mayores prolegómenos de este litigio, más cuando son ampliamente conocidos por las partes.

**IV. CONSIDERACIONES:**

**Competencia.**

Es esta Sala de Decisión competente para desatar la alzada, en virtud del factor funcional, establecido en el artículo 15, literal b numera 1º del CPLSS.

**Problema jurídico.**

  Visto el recuento anterior, la Sala formula el problema jurídico en los siguientes términos:

¿Qué deberes tienen las AFP respecto de sus usuarios a la hora de indagar estos por su traslado y quién debe acreditar su cumplimiento o falta del mismo?

¿Hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la accionante el 20 de agosto de 2003 del ISS a la AFP Horizonte hoy Porvenir?

***Alegatos en esta instancia:***

En este estado de la diligencia, alegan los voceros judiciales, si asistieron y si es su voluntad hacerlo.

Escuchadas las anteriores intervenciones que reflejan los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir de fondo, previa las siguientes:

***Solución a los problemas jurídicos planteados.***

Para dar inicio a la tarea de despejar los dilemas planteados,  es menester adelantar que en lo tocante con las normas que establecen la eficacia y las condiciones necesarias para que el traslado entre regímenes pensionales opere, se sitúa, en primer lugar, el precepto 13 de la ley 100 de 1993, que en su literal e) disciplina el derecho que le asiste a todas las personas de escoger, libremente, el régimen de pensiones que prefieran, so pena de que ante, la eventual, vulneración de este derecho por parte de las administradoras de pensiones o de los empleadores, a voces del artículo 271 de la obra en mención: “La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador”, es decir, el traslado se tornará en ineficaz, retrotrayendo las cosas al estado anterior al mismo.

A su turno, el artículo 272 ibídem previó la inaplicación de disposiciones lesivas a los asociados, cuando quiera que con ellas se menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores, pues en esos casos los principios mínimos fundamentales que consagra el artículo 53 de la Carta Política imperan con plena validez y eficacia.

Tal cuerpo normativo se desarrolló, entre otras disposiciones, en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, al prescribir los elementos que debe contener el formulario y, las consecuencias de la falta de alguno de dichos supuestos.

Complementario a dicho panorama legislativo está el Decreto 720 de 1994 (que entró en vigencia el 07 de abril de ese año), que establece la forma, condiciones y obligaciones que tienen los promotores, intermediarios y asesores de los fondos de pensiones, en el marco de lo indicado en los artículos 105 y 287 de la Ley 100 de 1993. Tal Decreto, en su canon 12 disciplina que:

*“OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones****deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación****, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado”-negrillas para destacar-.*

Al paso que su precepto 10 reza:

*“RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES. Cualquier infracción, error u omisión -en especial (de) 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****... sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones”.*

De tal suerte, que existe norma expresa y explicita que establece el deber de las AFP por medio de sus promotores, de dar información suficiente, amplia y oportuna a los posibles afiliados, aspecto que se despeja de cualquier manto de duda si se repara el artículo 97 del Estatuto Orgánico Financiero, en su redacción original (vigente para el momento del traslado), el cual es del siguiente tenor literal:

  *“1. Información a los usuarios. 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."*

Tal compendio normativo fue reiterado y mejorado mediante el Decreto 2241 de 2010, la Ley 1748 de 2014, y el Decreto 2071 de 2015, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

Aunada a esta copiosa legislación, el deber de información a cargo de las administradoras de pensiones, posee su apoyo jurisprudencial, entre otros en los fallos de 9 de septiembre de 2008, Radicación 31989 y 31314, 22 de noviembre de 2011, Radicación 33083, SL12136-2014 de septiembre 3 de 2014, radicación 46292, y más recientemente en sentencias SL1421, 1452 y 1688 del 10 de abril, 3 de abril y 8 de mayo del año en curso, radicaciones 56174, 68852 y 68838, en su orden.

  Así las cosas, es evidente que desde la misma entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se estableció el deber de información suficiente, precisa y completa que debe dar la AFP a sus usuarios, en especial cuando se estudie un traslado en particular, con las consecuencias diáfanamente dispuestas por el propio legislador, ante una eventual ausencia de tal deber de información.

De suerte que, si se verifica que el traslado de régimen pensional de un trabajador, no estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de la Seguridad Social y a las reglas de libertad de escogencia, debe darse aplicación al presupuesto normativo que consagra la ineficacia, aspecto que ha diferenciarse, en lo relativo al mandato legal, en virtud del cual el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad mínima de pensión.

En efecto, tales términos perentorios de la fidelidad al régimen pensional escogido, impera siempre y cuando, tal elección estuviere exenta o libre de todo apremio, vicio o defecto que comprometiera la validez y eficacia del traslado, puesto que mientras ronde la sospecha de no haberse efectuado al afiliado (a) la información pertinente y eficaz, al momento de la afiliación o traslado entre regímenes, seguirá campeando la ineficacia, predicable a tales instituciones, habida consideración de que, sería un contrasentido legal, que se le obligara al afiliado (a) a permanecer a un fondo pensional, cuando para su ingreso, aquel no dio el consentimiento libre de apremios o vicios, o como en el caso presente, en que la parte actora, se duele de no haber recibido la información pertinente, oportuna y relevante al instante en que emigró del RPMPD, al RAIS.

A propósito de la pérdida del régimen de transición, y su incidencia en esta especie de litigios, pendiendo de que aquello se hubiera consumado o no, esta Sala mayoritaria, en varios de sus fallos con contornos similares, se ha mostrado indiferente para las resultas del litigio, que tal pérdida del régimen de transición se haya presentado, como prerrequisito de la prosperidad de la súplica de ineficacia, o que el régimen probatorio reciba un tratamiento diferente, dependiendo de esa misma circunstancia.

Ello, en obedecimiento a la sentencia del órgano de cierre de la especialidad laboral, SL4964/18, 14 noviembre de 2018, radicación 54814.

Y eso es así en la medida en que, en todos los casos, la opción de migración entre sistemas pensionales, debe estar precedida de una voluntad del afiliado, expresada de manera libre, consciente y voluntaria y, además, con una información suficiente y clara, que le permita arribar a la acertada, conclusión, de que el traslado es la mejor opción con miras a su plan de vida, por lo que la ausencia de tales connotaciones, constituiría por sí sola, una lesión injustificada del ejercicio del derecho a la seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la AFP, lo que le impediría adoptar una decisión suficientemente informada, que solo si conllevare la pérdida del régimen de transición, resultaría más ostensible, como un agregado a la ausencia del deber de información, esta vez, en el sentido qué tal traslado le generaría la comentada pérdida, y por ende, de poder pensionarse con arreglo a las pautas del régimen de prima media reguladas con antelación a la ley 100 de 1993; mas no es el único tema determinante y diferenciador sobre el contenido y alcance respecto a la decisión de ineficacia.

Así las cosas, la eficacia del traslado es un aspecto que se analiza de manera independiente, así se perdiera o no el régimen de transición; si no que se hace desde la óptica del cumplimiento o no de las obligaciones propias de las AFP, respecto a la posibilidad de los usuarios de adoptar una decisión debida y suficientemente informada.

Para cerrar este capítulo, resulta oportuno sostener que las obligadas, no podrían liberarse del deber de información, con la mera lectura a sus usuarios y afiliados, de la ley 100 y sus leyes y decretos reglamentarios, puesto que si en eso consistiera tal deber de información, les quedaría relevada por la presunción consagrada en el artículo 9º del Código Civil, de que todas las personas conocen las leyes vigentes en el país.

La asesoría o información que se debe brindar al posible afiliado ostenta una entidad mayor, hasta cubrir con su alcance, lo que no expresa el texto de la ley, pero que por corresponder a otras áreas del conocimiento (económico, financiero, actuarial etc.), pudieran repercutir o influir en pro o en contra de los intereses del afiliado.

Esclarecido lo anterior, que tiene que ver con la existencia del deber legal de las AFP y sus promotores en dar información a sus usuarios y, las consecuencias de la falta de dicha información, es del caso escudriñar el aspecto probatorio, esto es, si es suficiente la regla universal contenida en el precepto 167 del Estatuto General del Proceso, incluida allí la regla atinente a las afirmaciones y negaciones indefinidas, o si además, son de recibo otras disposiciones de la misma estirpe, pero contenidas en el código Civil, cuál sucede con los artículos 1603 y 1604, último de las cuales bien vale reproducir: “*La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo…”*.

Pasa, por acotarse, que las obligaciones de que se tratan, se dan en el marco de un contrato de aseguramiento de riesgos, como lo es el de la vejez, la invalidez o la muerte, ejecutado en desarrollo de un derecho fundamental como es el de la seguridad social y enmarcado en una serie de principios, siendo uno de ellos el de la dignidad humana –art.1º L. 100/93-, por lo que se precisa afirmar, que las obligaciones que adquiere allí el deudor, tiene un carácter especialísimo, que implica dotar de una especial diligencia y cuidado a su gestión, pues de no exigirse así, se sacrificarían caros principios y derechos fundamentales de los asociados, como el ya mencionado o el acceso a un mínimo vital y móvil o similares.

Por eso, al tener en custodia derechos de un valor inconmensurable, como los indicados, las AFP deben obrar con especial atención a sus deberes, ser sumamente acuciosas con la asesoría que brindan y, en general, adelantar todas aquellas gestiones que sean necesarias para el bienestar de sus afiliados y la materialización de sus derechos.

Ante tal panorama, resulta prevalente, la aplicación al caso, el inciso final del canon 1604 del CC, que atrás se reprodujo.

Por consiguiente, son las AFPs las llamadas a demostrar que actuaron con arreglo a esa diligencia o cuidado, en orden a liberar su responsabilidad, mediante los medios probatorios pertinentes, que brindaron la información suficiente, clara y precisa al usuario, con el fin de que éste tomara la decisión de manera consciente, informada, libre y voluntaria.

Analizando este aspecto en el sub-lite, es menester precisar que la demandante se trasladó al RAIS el 20 de agosto de 2003 con efectividad a partir del 1 de septiembre de ese año cuando se afilió a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., según formulario de afiliación visible a folio 29 de la actuación.

Pues bien, se duele la parte actora en la demanda que no se le dio información suficiente al momento del trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para tomar una decisión adecuada, por lo que le correspondía a la entidad administradora de pensiones Porvenir S.A. demostrar que actuó con total diligencia y cuidado al momento de formalizar la migración de régimen pensional de la accionante.

Sin embargo, no trajo al proceso algún medio de convicción que permita evidenciar que a la señora Dora Mariela Rodríguez Garzón se le suministró una información veraz, suficiente, clara y precisa, sobre las consecuencias positivas y negativas del traslado de régimen pensional que efectuó en el año 2003, pues se limitó a traer copia del formulario de afiliación, de la historia laboral de su afiliada, de la copia de la reclamación de prestaciones económicas y sus correspondientes respuestas. Tal como quedó visto líneas atrás, le incumbía a la mentada entidad acreditar y demostrar suficientemente ese deber de información, por ser un asunto de su responsabilidad como administrador del derecho pensional del demandante.

No puede, como lo hace el a-quo, imponer al afiliado (a) tal deber probatorio de demostrar la incuria o la falta de diligencia o cuidado con que actuó el Fondo, porque primero, como se vio en el sustento normativo referido tal deber le incumbe a quien debió emplear tal cuidado y diligencia, y segundo, porque el afiliado no está en condiciones de traer prueba de ello, estando en una clara desventaja frente a la entidad administradora quien es la que conoce el tema, capacitó a sus asesores, dio las directivas sobre la información a suministrar, etc., por lo que exigirle tal probanza sería someterlo a una prueba imposible.

Esa tarea, debe ser necesariamente asumida por el juez laboral, empero, para efectuar esa labor, debe arrancar inexorablemente con la información que brindó el fondo de pensiones. De allí que no sea gratuita la exigencia jurisprudencial, consistente en que la entidad debió documentar el tipo de información que brindó al afiliado, la cual debe reposar en sus archivos, que debe conservar tal cual lo han recabado los recientes pronunciamientos del órgano de cierre, en los siguientes términos:

*“i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*

*Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual...las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tiene una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (L.1328/2009, art.11, literal b)), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavorable de los consumidores financieros...error jurídico al no imponerle la administradora accionada la carga de demostrar el cumplimiento de su deber de información y, contrario a ello, exigirle al demandante acreditar el ofrecimiento engañoso de mejores condiciones pensionales en la AFP...” (SL1452, radicado 68852, 3 de abril de 2019, Legis 570-936).”*

De otra parte, cabe hacer alusión a que Colpensiones, en cumplimiento al decreto oficioso de pruebas que realizó esta Colegiatura, allegó la proyección de la mesada pensional de la señora Dora Mariela Rodríguez Garzón, de donde se infiere que de haber permanecido en el RPM administrado por Colpensiones, hubiere alcanzado a la edad de 59 años, una mesada pensional de $2.997.457, al paso que en el RAIS viene recibiendo la suma de $904.200, ver folios 18 y 23 Cdno. 2º Inst.

En consecuencia, sin avizorarse que el Fondo Privado, brindó la información y asesoría exigida en esta especie de litigios, la Sala mayoritaria atendiendo lo normado en la parte final del inciso primero del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, declara que el traslado acaecido materialmente el 20 de agosto de 2003, es ineficaz, debiendo por tanto revocarse la decisión del a-quo.

Lo anterior no cambia por haber obtenido la actora la pensión de vejez en el RAIS en la modalidad de retiro programado a partir del mes de septiembre de 2016, toda vez que según los lineamientos de la Sala de Casación Laboral, dicha situación no constituye un impedimento para estudiar la viabilidad o no de la declaratoria de la pretensión que aquí nos concierne (ver sentencia rad. 31.989 del 9 de septiembre de 2008).

Por ende, el recurso de apelación propuesto por la parte actora prospera en ese sentido, por lo que se revocará la decisión de primer grado, para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado el 20 de agosto de 2003, lo que por ende, implica, *(i)* para el Fondo privado, la devolución a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en el término de un (1) mes, contados a partir de esta sentencia, de los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, saldos, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, más los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados (sentencia CSJ SL 1688 y SL 4360 de 2019); *(ii)* para la Administradora de Pensiones Colpensiones, la aceptación automática de la afiliada y de tales conceptos sin solución de continuidad, en el régimen de prima media con prestación definida; *(iii)* para la misma Administradora Colombiana de Pensiones, un nuevo estudio con miras al reconocimiento de la gracia pensional, y en ese orden, para que asuma la diferencia de las mesadas pagadas, inicialmente, por el fondo privado, por cuanto la anulación o la ineficacia de la vinculación, en términos de la sentencia CSJ SL 31989 de 9 de septiembre de 2008:

“*…ha de obrar sin perjuicio de dejar incólume la situación consolidada por el otorgamiento de las mesadas pensionales; el afiliado, que lo fue de buena fe, no está en el deber de restituir las mesadas pensionales a su administradora y ésta debe asumir lo erogado por ella como un deterioro de la cosa entregada en administración; el afiliado a la seguridad social tendrá derecho a reclamar por cobertura de vejez por el tiempo en el que las mesadas fueron pagadas, sólo la diferencia que se presentare entre las mesadas que ya le fueron pagadas, y las que resultaren del reconocimiento que hiciere la administradora de régimen de prima media al que retorna*”.

En estas condiciones, se despachará la demanda de reconvención desfavorable al fondo privado, todo ello por cuanto, como lo recaba el órgano de cierre, la nulidad o ineficacia “*fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C”*.

En cambio, las consecuencias de la ineficacia, “*no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada*”.

Ahora, en lo que tiene que ver con la excepción de prescripción, el mismo órgano de cierre, tuvo la ocasión de referirse a ella, en casos con ribetes similares a éste, así:

“Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.

Ahora bien, en lo referente a la prescripción de las mesadas debe tenerse como parámetro determinante, la exigibilidad del derecho pensional, pues tal y como se adujo en párrafos anteriores, corresponde como calenda inicial el 1 de enero de 2004, la cual presenta interrupción, con la presentación de la reclamación administrativa, el 6 de enero de 2006, cuyos recursos fueron resueltos por el ISS el 23 de julio de 2007, y la demanda inaugural formulada el 26 de junio de 2009, extremos frente a los cuales, para la Sala resulta permisible avizorar el transcurso de una temporalidad insuficiente a efectos de configurar los tres años requeridos para las acciones que surgen con ocasión de las leyes sociales en aplicación artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, y de la Seguridad Social, en concordancia con el artículo 488 del C.S.T.” (SL1421 de 10 de abril de 2019, radicado 56174).

En consecuencia, como en el sub-lite, se solicitó al lado de la ineficacia, que a la actora le asiste el derecho a que su pensión de vejez, sea tramitada en el Régimen de Prima Media con Prestación definida, con arreglo a la Ley 797 de 2003, a ello se accederá, por lo tanto, la Administradora de Pensiones Colpensiones, una vez, reciba del fondo privado la devolución de los conceptos arriba enunciados, procederá a realizar el reconocimiento pensional, y a pagar las diferencias de mesadas, existentes entre ese momento y el de la consolidación de los requisitos de la pensión de vejez con base en la citada Ley 797 de 2003, comparadas con las obtenidas en el régimen de ahorro privado con solidaridad entre ese lapso, teniendo en cuenta que en éste último fondo, percibió mesadas por los años, 2016, 2017, 2018 y 2919, en los siguientes guarismos: $805.787; $852.120; $886.972 y $904.200, respectivamente.

Tampoco hay lugar, a declarar avante la excepción de prescripción de las mesadas y sus diferencias, en la medida en que la demanda fue incoada el 30 de mayo de 2017.

Con lo dicho, quedan implícitamente resueltos los demás medios exceptivos.

No se impondrá condena alguna al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en la medida en que redimió el bono pensional y trasladó su valor a Porvenir S.A., entidad que conforme se dijo en el cuerpo de este proveído, deberá trasladar a Colpensiones, la totalidad de los valores provenientes de la cuenta de ahorro individual de la actora.

Corolario de lo anterior, se revocará la decisión de primer grado, en los términos señalados precedentemente.

Costas en ambas instancias a cargo de Porvenir S.A. y en favor de la parte actora.

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

**FALLA**

 **Revocar** la sentencia proferida el 06 de septiembre de 2018 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia de la referencia, para en su lugar:

**1. Declara**r la ineficacia del traslado que Dora Mariela Rodríguez Garzón efectuó al RAIS a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A.el 20 de agosto de 2003, lo que por ende, cobija también los actos jurídicos posteriores, entre ellos, el reconocimiento de la pensión de vejez, sin que Dora Mariela Rodríguez Garzón esté obligada a restituir a Porvenir S.A. las mesadas percibidas como consecuencia del reconocimiento de pensión de vejez, conforme se explicó en la parte motiva de este proveído.

**2. Ordenar** a la AFP Porvenir S.A., que en el término improrrogable de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta providencia, proceda a trasladarcon destino a Colpensiones, los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos, rendimientos e intereses, así como los gastos de administración y las comisiones, los cuales deberá asumir la propia AFP con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados; sin descontar lo pagado a título de mesadas pensionales, por cuanto la entidad debe asumir con cargo a su propio patrimonio, los deterioros sufridos por la cosa entregada en administración.

**3.** **Ordenar** a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones que una vez la AFP Porvenir S.A. dé cumplimiento a lo dispuesto en el numeral anterior, proceda a recibir los conceptos anteriores. Y seguidamente, a dar trámite a la solicitud pensional de la actora, reconociendo las diferencias de mesadas existentes entre ese momento y el de la consolidación de los requisitos de la pensión de vejez a tono con la Ley 797 de 2003, compensadas con las obtenidas en el régimen de ahorro individual con solidaridad, que para los años 2016, 2017, 2018 y 2019 fueron de $805.787; $852.120; $886.972 y $904.200, respectivamente.

4. **Declarar** no probadas las excepciones de fondo propuestas por las demandadas.

**5. Negar** lo solicitado en la demanda de reconvención instaurada por el fondo privado accionado.

**6. Absolver** a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público Oficina de bonos pensionales.

**7.** Costas en ambas instancias a cargo de Porvenir SA. y en favor de la actora.

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

 Magistrada Magistrado

 Salva voto

Radicación Nro. 66001-31-05-004-2017-00247-01

Demandante: Dora Mariela Rodríguez Garzón

Demandado: AFP Porvenir S.A., Ministerio de Hacienda y Colpensiones

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

6 de noviembre de 2019

**MAGISTRADO: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

**SALVAMENTO DE VOTO**

Con el respeto que corresponde, me aparto de la decisión acogida por los demás integrantes de Sala.

Desde ya se deja en evidencia que es conocida la jurisprudencia vigente emanada de la Sala de Casación Laboral y que se condensa en las sentencias SL1452 de 3 de abril de 2019 radicación Nº 68852 y SL1689 radicación 65791 de 8 de mayo de 2019, ambas con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en la primera de las cuales, entre otras cosas se señala que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para establecer que hubo un consentimiento informado y que en este tipo de eventos existe una inversión de la carga de la prueba si los actores alegan no haber recibido la información necesaria para escoger el nuevo régimen; mientras que en la segunda se resalta la autonomía de las normas laborales y de la seguridad social que impiden, para la solución de los conflictos que le corresponden, la aplicación de lo dispuesto en otros ordenamientos, haciéndose especial hincapié en la imprescriptibilidad del derecho pensional.

No obstante, tales líneas jurisprudenciales es del caso, con base en la sentencia C-836 de 2001, apartarse de ellas, para lo cual se expone de manera razonada la argumentación jurídica que lleva a tal alejamiento.

Para el efecto, en primer término debe ponerse de relieve que el análisis en este tipo de asuntos requiere inexorablemente la determinación de si, la acción que se está utilizando y con base en la cual se están protegiendo los eventuales derechos de los afiliados al RPM que se trasladaron al RAIS, tiene soporte legal en nuestro sistema jurídico pensional en general y en el régimen de obligaciones y cargas vigentes en nuestro territorio, y un peso tal que permite desconocer la obligación constitucional de proteger y garantizar la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

La tesis que se sostendrá es que de manera manifiesta la acción que se viene intentando en este tipo de asuntos no es la que en realidad está prevista en nuestra legislación para solucionar los casos en que por omisión u error en la información suministrada por las AFP privadas, los afiliados decidieron trasladarse de régimen, como pasa a explicarse.

1. **LA ACCIÓN QUE SE VIENE APLICANDO.**

Frente a la manifestación de los actores de haber sido engañados o no haber recibido la información necesaria para tomar una decisión informada en orden a realizar el traslado de régimen, con base en los artículos 13 literal b y 271 de la ley 100 de 1993 se está declarando la ineficacia de los traslados.

Tal decisión comporta que a la AFP privada, que 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 el saldo que exista en cuenta de ahorro individual a Colpensiones, entidad esta última que, **con esa misma suma -que 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 al siguiente resultado: AFP PRIVADA por 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 jurídica, pero sobre todo NO ES LA SOLUCIÓN JURÍDICA QUE NUESTRA LEGISLACIÓN PREVÉ PARA ESTOS EVENTOS.**

La equivocación emana de omitir el cumplimiento de 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” y** se viene cometiendo por dos razones:

1. Por olvidarse de la teleología de la ley 100 de 1993 en cuanto a la creación de dos regímenes pensionales coexistentes que compiten libremente entre ellos y,
2. Por no percatarse o no reconocer que para las omisiones u errores en la información por parte de las AFP que causen perjuicio a los afiliados existe norma expresa -artículo 10 ley 720 de 1994- que consagra una consecuencia jurídica diferente a imponerle a COLPENSIONES la carga de hacerla responsable de las prestaciones pensionales de una persona que en los últimos diez años no tuvo sus aportes en ese fondo.

A continuación en el aparte 1 se desarrolla la primer razón y en el 2 la segunda.

* 1. **REGÍMENES PENSIONALES COEXISTENTES**

La ley 100 de 1993 organizó dos regímenes pensionales solidarios excluyentes, que coexisten, cada uno de ellos con características diferentes, con pros y contras, pero, en todo caso, con prestaciones y beneficios equiparables. Ninguno de ellos mejor o peor que el otro y precisamente por ello, sin que, respecto a cualquiera de los dos se pueda pregonar, prima facie, un beneficio o un perjuicio que lo haga superior o inferior al otro.

Es más, la promoción del nuevo sistema pensional creado por la ley 100 de 1993 se basó en la libre y sana competencia que debía existir entre las administradoras del RAIS y las del RPM. Y basta un momento de reflexión para darse cuenta que, si desde la etapa inicial de realización de aportes resulta posible establecer que uno de los dos sistemas otorgará mejores beneficios que el otro, este último no logrará subsistir. Por eso, tal definición inicial carece de fundamentos como pasa a verse.

Nótese que desde la misma denominación de los regímenes los afiliados tienen una primera oportunidad de determinar su contenido. En efecto, si se observa el artículo 31 de la ley 100 de 1993 se tiene que en él se desarrolla el concepto de “régimen de prima media **con prestación definida”.** Es decir, desde allí se anuncia que la persona que se afilie a él, desde el principio sabe a cuánto puede aspirar a título de pensión, pues precisamente por definición la prestación está previamente establecida. Mientras que el artículo 59 ídem se precisa el concepto de régimen de **ahorro individual,** dando cuenta desde su denominación de la afectación de la prestación al esfuerzo personal que haga el afiliado y que para el momento de la afiliación obviamente resulta incierto, dependiendo, en un todo, su éxito, de la evolución que tengan sus aportes a futuro.

Por definición entonces, se tiene un sistema de prima media basado en la certeza del monto prestacional frente a otro, de ahorro individual, basado en el resultado del esfuerzo personal durante el periodo de cotización. No obstante la inseguridad propia del segundo, se ve recompensada con beneficios contenidos en disposiciones tales como: La garantía de pensión mínima 150 semanas antes que en el primero, pues mientras en este ocurre a las 1300 semanas en aquel sucede a las 1150 semanas; La devolución de saldos a los beneficiarios cuando el afiliado fallezca sin cumplir los requisitos para causar una pensión de sobrevivientes; La posibilidad de acceder a excedentes de libre disponibilidad; La opción de hacer aportes voluntarios para aumentar los saldos de la cuenta de ahorro individual; El beneficio de que, en caso de muerte del afiliado sin que existan beneficiarios de pensión de sobrevivientes, las sumas acumuladas en cuenta de ahorro individual hagan parte de la masa sucesoral.

**Resulta claro que de todas estas prebendas se goza en el transcurso de la afiliación, como posibilidades aplicables solo a los afiliados al RAIS, mientras que los del RPM, bajo ninguna circunstancia pueden acceder a ellos por cuanto optaron, con su permanencia en este régimen, por privarse de estos beneficios, eso sí, con miras a contar con la garantía de una prestación definida desde el principio, basada en la conformación de un fondo común que manejara recursos que permitieran hacer inversiones cuya rentabilidad sirviera para cubrir las prestaciones ofrecidas por el sistema.**

* 1. **RAZÓN DE SER DE LA LIMITACIÓN DE TRASLADO CUANDO FALTEN MENOS DE 10 AÑOS. SENTENCIA C-1024 DE 2004**

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 dijo en la sentencia C-1024 de 2004 que:

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

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

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

Por otra parte, el período de permanencia previsto en la ley, de igual manera permite defender la *equidad* en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues como previamente se expuso, se aparta del valor material de la justicia que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad a partir de los rendimientos producidos por la administración de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiados del riesgo asumido por otros (C.P. preámbulo y art. 1°), o eventualmente, subsidiados a costa de los recursos ahorrados con fundamento en el aporte obligatorio que deben realizar los afiliados al Régimen de Ahorro Individual, para garantizar el pago de la garantía de la pensión mínima de vejez cuando no alcanzan el monto de capitalización requerida, poniendo en riesgo la cobertura universal del sistema para los ahorradores de cuentas individuales.

La *validez* de dicha herramienta legal se encuentra en la imperiosa necesidad de asegurar la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social en materia pensional a todos los habitantes del territorio colombiano, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia (C.P. art. 48).

Permitir entonces, la declaración de ineficacia de traslados de personas que, sin pertenecer al régimen de transición, 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.

La claridad de este crucial punto deja en evidencia la inadmisible carga que representaría para Colpensiones la autorización de traslados de personas que ya para pensionarse buscan beneficiarse de los subsidios que otorga el régimen de prima media, de allí que resulte preciso asegurar lo siguiente:

* 1. **EL VERDADERO CONTENIDO DEL ARTÍCULO 271 DE LA LEY 100 DE 1993 TENIENDO EN CUENTA LA TELEOLOGÍA DE LA LEY 100 DE 1993**

El título de la norma ya de por si es significativo: **“Sanciones al empleador”**. Esto es, se trata de conductas sancionables de los empleadores o de “cualquier persona” afín con esa denominación, pero, manifiestamente no está dirigida a las actividades que puedan adelantar las AFP en desarrollo del objeto para el que fueron creadas. Es que como se verá más adelante, el sistema implementado por la ley 100 de 1993 implica la libre competencia entre los dos regímenes, de allí que no puedan ser las Administradoras las destinatarias de lo previsto en este artículo, pues es inherente a su creación el otorgarles la posibilidad de promocionar el sistema que administrarán.

No obstante lo anterior, toda 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 que contiene 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. Ahora bien, en esta clase de asunto obviamente no se está frente al primer verbo rector de la norma “impedir” pues las AFP no han impedido la afiliación del actor al sistema, y respecto al segundo, esto es, “atentar”, tampoco se está frente a tal proceder, porque ni la AFP privada ni la pública realizaron actos tendientes a desconocer, entorpecer o boicotear 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 posibles, los participantes del sistema eligieran, ya el sistema de ahorro individual, ya el de prima media. Tal ejercicio, como pasa a verse, se permitió y se reglamentó debidamente.

1. **LA ACCIÓN QUE EN REALIDAD CORRESPONDE ADELANTAR CUANDO LAS AFP HAN CAUSADO PERJUICIO A LOS AFILIADOS POR NO SUMINISTRAR LA INFORMACIÓN QUE CORRESPONDE O POR ERRORES EN LA MISMA.**

Ahora bien, 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 es a COLPENSIONES, con grave detrimento de los legítimos intereses de todas las personas que fielmente han permanecido en el RPM.

Lo que se ha omitido estudiar, reconocer y aplicar es que nuestro ordenamiento jurídico, no solo fue claro, sino contundente, al señalar en el decreto 720 de 1994 lo siguiente:

**CAPITULO I. DISPOSICIONES GENERALES**

Artículo 1º OBJETO. **El presente Decreto regula las condiciones y términos para el desarrollo de la actividad de promoción y distribución de los productos de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones**, incluidos los planes complementarios, alternativos y los planes pensiones.

Artículo 2º DESTINATARIOS. Igualmente señala las personas y entidades habilitadas para efectuar dichas labores, **las disposiciones a las cuales han de sujetar su gestión**, las condiciones de supervisión por parte de la Superintendencia Bancaria **y el régimen sancionatorio correspondiente**.

**CAPITULO II. RÉGIMEN DE PROMOTORES Y OPERACIONES AUTORIZADAS**

Artículo 3º PROMOTORES DE LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. **Las sociedades administradoras del sistema general de pensiones podrán utilizar para la promoción en la vinculación de afiliados, vendedores, con o sin relación laboral,** a instituciones financieras, a intermediarios de seguros u otras entidades, en los términos que prevea el presente decreto o las disposiciones legales pertinentes.

Artículo 4º DISTRIBUCIÓN MEDIANTE VENDEDORES. **Las sociedades administradoras del sistema general de pensiones podrán utilizar vendedores, los cuales podrán contar con o sin relación laboral, según se establezca en el respectivo convenio.**

**Las sociedades administradoras del sistema general de pensiones verificarán la idoneidad, honestidad, trayectoria, especialización, profesionalismo y conocimiento adecuado de la labor que desarrollarán las personas naturales que vinculen como promotores.**

El Vendedor desarrollará su actividad en beneficio de la sociedad administradora del sistema general de pensiones con la cual haya celebrado el respectivo convenio, sin perjuicio de la estipulación expresa que lo faculte para desarrollar su actividad en beneficio de otras sociedades administradoras del sistema general de pensiones.

**Las actuaciones de los vendedores en el ejercicio de su actividad obligan a la sociedad administradora del sistema general de pensiones respecto de la cual se hubiere promovido la correspondiente vinculación.**

Adicionalmente en el artículo 12 dispuso:

Artículo 12. OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones **deberá suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.**

Pero sobre todo, el decreto en mención señaló la acción que corresponde en esta clase de asuntos:

**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)

Como fácilmente puede verse, es este decreto 720 de 1994 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.

Claro resulta entonces que, si se prueba en el proceso el engaño o la responsabilidad de la AFP privada en el traslado del afiliado y, como consecuencia de ello, la causación de un perjuicio al usuario, él cuenta con la acción adecuada para pedir la indemnización de ese perjuicio, **pero obviamente a cargo de quien se lo causó**, esto es la AFP que propició el traslado, más no de COLPENSIONES.

**CASO CONCRETO**

En el anterior orden de ideas, como quiera que la acción impetrada por la señora Dora Mariela Rodríguez Garzón es la de la declaratoria de ineficacia del acto jurídico por medio del cual se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, con el objeto de que se declare válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación primigenia al régimen de prima media administrado en ese entonces por el Instituto de Seguros Sociales hoy Administradora Colombiana de Pensiones; y toda vez que, como viene de verse, según la teleología de la ley 100 de 1993, la AFP Porvenir S.A. tiene dentro de su razón de ser, buscar la afiliación de personas al RAIS, no resulta coherente sostener que en desarrollo de esa actividad haya atentado o impedido la libre afiliación de la actora en los términos del artículo 271 de la ley 100 de 1993, máxime si se tiene en cuenta que la sanción de ineficacia que allí se establece y que no es aplicable por analogía, es para los EMPLEADORES que incurran en esa conducta mas no para las Administradoras del Sistema; teniendo en cuenta además que, de acceder a tal declaratoria, se violaría la restricción de traslado entre regímenes dentro de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad para acceder a la pensión de vejez prevista en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, causando con ello un grave detrimento patrimonial a Colpensiones -quien no tuvo ninguna injerencia en el traslado que ahora se quiere anular-, **jurídicamente correspondía negar las pretensiones de la demanda.**

Debo resaltar que si bien, como se explicó con anterioridad, la negativa anterior no conlleva que la actora carezca de acción en orden a defender sus derechos dentro del sistema general de pensiones por las conductas de los promotores de la AFP privada, en esta sede no era posible adelantar ese análisis, pues ese es un debate que debe darse desde la primera instancia, toda vez que si bien el conflicto jurídico se presenta entre las mismas partes y con base en los mismos hechos, las pretensiones de una y otra acción son totalmente diferentes y por ello, al percibirse en este segundo grado, no resulta posible abordarlas dado que se configuraría una violación de los principios de congruencia y consonancia, al abordar asuntos diferentes a los propuestos por las partes.

Así las cosas, aunque por razones diferentes, correspondía confirmar la sentencia recurrida.

Dejo a si salvado mi voto.

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Ponente