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 7 de febrero de 2020

Radicación No.: 66001-31-05-002-2017-00292-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Luis Eduardo Escobar Botero

Demandado: Porvenir S.A. y Colpensiones

Juzgado: Segundo Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada ponente: Dra. Olga Lucía Hoyos Sepúlveda

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

**TEMAS: INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL / NO PUEDE TENER COMO FUNDAMENTO JURÍDICO LOS ARTÍCULOS 13 Y 271 DE LA LEY 100 DE 1993 / OMISIONES O ERRORES EN LA INFORMACIÓN SUMINISTRADA POR LAS AFP AL MOMENTO DEL TRASLADO / SUSTENTAN LA ACCIÓN RESARCITORIA DE PERJUICIOS / ARTÍCULO 10 DEL DECRETO 720 DE 1994.**

Frente al tema de la ineficacia del traslado entre administradoras de regímenes pensionales, la Corte Suprema de Justicia en reciente jurisprudencia ha sustentado con base en los artículos 13 literal b) y 271 inciso 1º de la Ley 100 de 1993, que cuando un trabajador se traslada de régimen pensional, con ocasión a la indebida información suministrada por parte de la AFP, procede la acción de ineficacia de la afiliación, con el propósito de que el trabajador recobre la afiliación al régimen anterior.

No obstante lo anterior, y pese a que esta Colegiatura compartía dicha interpretación, lo cierto es que a partir de un análisis detallado de la normativa invocada, así como de la lectura de la Ley 100/93 en su integridad y su decreto reglamentario, anunciado en las aclaraciones de voto realizadas por el Mag. Julio César Salazar Muñoz -Decreto 720/94-, permite ahora a esta Sala Mayoritaria apartarnos totalmente de la tesis expuesta por nuestra superioridad, tal como se indicó en decisión de 29/10/2019, Exp. No. 2018-00133-01.

En ese sentido, a juicio de esta Sala Mayoritaria cuando un afiliado a una AFP acusa a ésta de maniobras engañosas, defraudadoras, omisas o erróneas en el ofrecimiento de información que lleve consigo el traslado de régimen pensional, la acción judicial que debe entablar dicho afiliado corresponde a un resarcimiento de perjuicios y no la ineficacia de la afiliación, puesto que esta última acción de ninguna manera contempla la omisión o error de información por parte de la AFP como el supuesto de hecho que debe probarse para dejar ineficaz un negocio jurídico…

… la posición ya descrita por la Sala de ninguna manera deja al garete a los afiliados que se trasladaron de régimen debido a la omisión del deber de información de las AFP (error u omisión), y que ahora, por lo general 20 años después, reclaman ante la administración de justicia, porque se encuentran inconformes con la mesada pensional que se ofrece en el RAIS, pero no con los restantes beneficios de dicho régimen.

En ese sentido, para remediar tal inconformidad el legislador contempló una acción diferente como es el resarcimiento de perjuicios, prescrita en el artículo 10 del Decreto 720 de 1994 - vigente para la época de los hechos -, que establece:

“Responsabilidad de los promotores: cualquier infracción, error u omisión – en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados – en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelante sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones”. (…)

Puestas de este modo las cosas, si el supuesto de hecho expuesto en la demanda se encuentra dirigido a probar que el promotor de la AFP omitió o erró en la información otorgada para que el trabajador pudiese elegir a cuál régimen pensional quería pertenecer, y esto le ocasionó un perjuicio, por el valor de la mesada que será otorgada en el RAIS, entonces la acción a emprender no es la ineficacia de la afiliación, sino la de resarcimiento de perjuicios, sin que a través de esta se permita la nueva elección de régimen pensional o retorno al anterior, que es la consecuencia de salir avante la ineficacia, que por el principio de legalidad no puede extenderse a estos supuestos fácticos.

**SALVAMENTO DE VOTO: DOCTORA ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Con mi acostumbrado respeto, manifiesto mi inconformidad frente a la sentencia mayoritaria, por cuanto considero que en el presente caso había lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen por las siguientes razones:

En la actualidad existe doctrina probable respecto a la ineficacia de los traslados de regímenes, por cuanto la Sala de Casación Laboral ha proferido sobre el tema un número considerable de sentencias…

De acuerdo a la tesis de la Corte Suprema de Justicia la insuficiente información que se dio a los potenciales afiliados por parte de los Fondos de Pensiones privados o el error en que se los hizo incurrir les causó perjuicios, situación que se ha tenido en cuenta para declarar la ineficacia del traslado.

De igual manera es cierto que tales perjuicios los causó el fondo privado y no Colpensiones, entidad que resulta ser un tercero ajeno a lo que sucedió entre el afiliado y la AFP y por esa misma senda, resulta válido afirmar que los perjuicios debe pagarlos el Fondo y no Colpensiones…

Desde el punto de vista estrictamente civil, la ineficacia de un acto produce efectos entre las partes que participaron en ese acto, lo que aplicado este argumento al caso de la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, significaría que los efectos se darían entre el afiliado y la AFP. Pero en materia de seguridad social en pensiones, ha dicho la Sala de Casación Laboral que los efectos van mucho más allá e involucran otros actores, amén de que se reconoce que no hay igualdad entre afiliados y el fondo de pensiones sino que éste último está en una condición privilegiada…

La solución que se plantea en la sentencia, pone a los afiliados en una situación muy difícil, pues se les deniegan unas pretensiones que tenían vocación de prosperidad por quedar en evidencia la insuficiente y/o deficiente información que recibió en su momento de la AFP, pero además se les insinúa que tendrían que impetrar una nueva demanda por indemnización de perjuicios -que no de ineficacia-, la cual tendría que posponerse para la fecha en que cumpla los requisitos para pensionarse conforme al régimen de prima media, porque sólo hasta ese momento se concretaría los perjuicios. En cambio la acción de ineficacia puede proponerse en cualquier tiempo…

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

Tal como lo he venido sosteniendo desde hace ya algún tiempo en mis salvamentos y aclaraciones de voto, 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. (…)

Como quiera que esta nueva posición se separa expresamente de la línea actual de la Corte Suprema de Justicia, considero prudente acompañar la decisión con las claridades que a continuación se señalan: (…)

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.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

Magistrada Ponente: **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

**ACTA No. \_\_**

**Febrero 07 de 2020**

**Audiencia de juzgamiento**

En la fecha, siendo las 11:00 a.m. de hoy, viernes 07 de febrero de 2020, la Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior de Pereira, se constituye en audiencia pública de juzgamiento en el proceso Ordinario Laboral instaurado por el señor **Luis Eduardo Escobar Botero** en contra de **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones-** y la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías** **Porvenir S.A.** Para el efecto, se verifica la asistencia de las partes a la presente diligencia: Por la parte demandante… Por la demandada…

**Sentencia**

Procede la Sala a revolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las codemandadas PROVENIR S.A. y COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida el 14 de marzo de 2019 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira.

**I – Antecedentes**

Solicita el demandante que se declare nulo e ineficaz el traslado efectuado el 19 de diciembre de 1995, por medio del cual él migró del régimen de prima media al régimen de ahorro individual. En consecuencia, procura que se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes que efectuó en el RAIS.

Para fundar tales pretensiones manifiesta que nació el 3 de octubre de 1956; que desde el 01 de julio de 1979 hasta el 30 de septiembre de 2016 ha cotizado un total de 1496 semanas y que luego de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones fue contactado por una dependiente de Porvenir, quien lo invitó y asesoró para trasladarse del régimen de prima media al régimen de ahorro individual.

Refiere que dicha asesoría consistió en manifestarle que si se trasladaba al fondo privado tendría una pensión de vejez anticipada y superior a la que obtendría en el ISS y con derecho a excedentes de libre disposición, por lo que, motivado en tales afirmaciones, el 19 de diciembre de 1995 suscribió el formulario de traslado.

Indica que mediante oficio del 22 de noviembre de 2016 la AFP le comunicó que el capital acumulado en su cuenta ascendía a $419.220.494, que el bono pensional tiene un valor de $37.618.000 a fecha de corte y que su pensión en el RAIS sería de $4.776.600, mientras que la mesada pensional en el régimen de prima media sería de $6.861.400.

Agrega que al comprobar que la mesada pensional en el fondo privado no alcanzaría ni el 70% de la que le correspondería en el ISS, dedujo que la asesoría de Porvenir resultó engañosa y alejada de la realidad, por lo que el 6 de febrero de 2017 solicitó ante la AFP el traslado, mismo que le fue negado mediante oficio del 09 de febrero de 2017. Asimismo radicó solicitud en igual sentido ante Colpensiones, siendo rechazada la solicitud el 3 de febrero de 2017 porque le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho a la pensión de vejez.

En respuesta a la demanda, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías - Porvenir S.A.** señaló que el acto que dio lugar a la vinculación del demandante al fondo privado se realizó conforme a la ley, en la medida en que aquel suscribió solicitud de manera libre, espontánea y sin presiones, luego de haber recibido asesoría respecto a todas las implicaciones de su decisión, tal como consta con la firma correspondiente del afiliado.

En ese orden, se opuso a la prosperidad de las pretensiones proponiendo en su defensa las excepciones que denominó *“Validez de la afiliación a Porvenir e inexistencia de vicios en el consentimiento”; “Saneamiento del eventual vicio del consentimiento”; “Prescripción”; “Buena fe” e “Innominada y Genérica”.*

La **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones**, por su parte, arguyó que la selección de cualquiera de los regímenes existentes es exclusiva, libre y voluntaria del afiliado y, bajo ninguna circunstancia es el empleador y menos los fondos pensionales quienes direccionen la voluntad de un trabajador para que se acoja a un régimen. Por tanto, la solicitud de vinculación al RAIS firmada por el demandante se dio con el lleno de los requisitos y que si ahora no puede trasladarse de regreso es porque le faltan menos de 10 años para llegar a la edad requerida para pensionarse. En esa medida, se opuso a la prosperidad de las pretensiones e invocó como excepciones de mérito las denominadas *“Inexistencia de la obligación”; “Buena fe”; “Imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas”*  y *Prescripción”*.

**II – Sentencia**

La *A-quo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por el señor Luis Eduardo Escobar Botero al RAIS, en consecuencia, condenó a Porvenir a trasladar los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus frutos e intereses a Colpensiones, misma entidad a la que condenó a aceptar el traslado.

Para llegar a tal determinación la A-quo, con apoyo en la jurisprudencia emanada de la Sala de casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precisó que el deber de información a cargo de las AFP debe considerarse como una obligación de carácter profesional, por lo que deben responder tanto por lo que dicen como por lo que omiten comunicar a sus afiliados, correspondiéndoles informar de forma completa y clara las condiciones del régimen que administran.

Consideró que dado el deber de información a cargo de la demandada Porvenir, es precisamente a dicho fondo al que le incumbía demostrar que había cumplido con el suministro de la información, en los términos señalados en la jurisprudencia nacional, por lo que al no cumplir la AFP con la carga probatoria, dio paso a la declaratoria de ineficacia del traslado por la omisión de información.

Concluyó que al encontrarse frente a la ineficacia de un acto que involucra un derecho fundamental como es la dignidad humana, no es posible dar aplicación a la prescripción como medio exceptivo propuesto por las demandadas, toda vez que en estos casos el paso del tiempo no afecta a un acto que por sí solo no produce efectos.

**III – Recurso de apelación**

La representante judicial de Porvenir ataca la sentencia de primera instancia sustentando que la vinculación del demandante al RAIS fue libre y sin presiones, puesto que la información que la entidad le suministró en su momento era correcta, por lo que si el demandante no es beneficiario del régimen de transición, no tenía un derecho adquirido y era a él a quien le correspondía probar que lo comunicado era falso, máximo cuando los fondos pensionales para el momento del traslado, no tenían la obligación de hacer ningún tipo de proyección, pues esto es una carga que la jurisprudencia impone.

Agrega que el demandante tuvo tres asesorías diferentes, las últimas dos en el 2008 y 2009 y por tanto estuvo muy bien informado sobre la situación de su pensión, hasta el punto que cuando pudo trasladarse, no lo hizo por considerar que le iba bien en el fondo privado.

Por otra parte, Colpensiones recurre la sentencia argumentando que el demandante firmó libremente el formulario de afiliación y adicionalmente la AFP le brindó las asesorías necesarias en el 2008 y 2009, obedeciendo la demanda solo a su deseo de obtener una mesada pensional mayor a la que le corresponde en el RAIS

**Alegatos de conclusión**

De conformidad con el artículo 82 del C.P.T y de la s.s., modificado por el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, se concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión. Por la parte demandante… Por la parte demandada…

**RECESO**

**Se deja constancia de que no se avaló el proyecto y se cede uso de palabra a la Dra. Olga Lucía Hoyos, a quien, por seguir en turno, le corresponde emitir la sentencia con la tesis mayoritaria**

------------------------------------------------------------------------------------------------------

1. **Del problema jurídico**

Antes de entrar a resolver los interrogantes que emergen de los argumentos de la apelación, se hace necesario verificar si en este asunto se invocó la acción pertinente, por lo que la Sala se plantea la siguiente:

* 1. ¿El traslado entre regímenes pensionales producto de una omisión o error en la información brindada por el promotor de una AFP permite acudir a la acción de ineficacia contemplada en el literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100/1993?
  2. En caso de respuesta negativa, ¿Cuál es la acción que podría incoar un afiliado contra una AFP, cuando aduce la ocurrencia de un daño y en consecuencia el acaecimiento de un perjuicio, con ocasión a un error u omisión en la información dada por el promotor de la AFP?

1. **Solución al problema jurídico**

**Fundamento jurídico**

**Del valor normativo de las decisiones emitidas por la Corte Suprema de Justicia**

Las decisiones adoptadas por el superior jerárquico, en nuestro caso por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral encargada de unificar la jurisprudencia, resulta ser como regla general de obligatorio acatamiento, lo que se traduce en una limitación de la autonomía judicial; sin embargo y a modo de excepción, el funcionario judicial puede apartarse de ellas esgrimiendo las razones suficientemente fundadas que lo llevan a tomar esa determinación.

Frente al tema de la ineficacia del traslado entre administradoras de regímenes pensionales, la Corte Suprema de Justicia en reciente jurisprudencia[[1]](#footnote-1) ha sustentado con base en los artículos 13 literal b) y 271 inciso 1º de la Ley 100 de 1993, que cuando un trabajador se traslada de régimen pensional, con ocasión a la indebida información suministrada por parte de la AFP, procede la acción de ineficacia de la afiliación, con el propósito de que el trabajador recobre la afiliación al régimen anterior.

No obstante lo anterior, y pese a que esta Colegiatura compartía dicha interpretación, lo cierto es que a partir de un análisis detallado de la normativa invocada, así como de la lectura de la Ley 100/93 en su integridad y su decreto reglamentario, anunciado en las aclaraciones de voto realizadas por el Mag. Julio César Salazar Muñoz -Decreto 720/94-, permite ahora a esta Sala Mayoritaria apartarnos totalmente de la tesis expuesta por nuestra superioridad, tal como se indicó en decisión de 29/10/2019, Exp. No. 2018-00133-01.

En ese sentido, a juicio de esta Sala Mayoritaria cuando un afiliado a una AFP acusa a ésta de maniobras engañosas, defraudadoras, omisas o erróneas en el ofrecimiento de información que lleve consigo el traslado de régimen pensional, la acción judicial que debe entablar dicho afiliado corresponde a un resarcimiento de perjuicios y no la ineficacia de la afiliación, puesto que esta última acción de ninguna manera contempla la omisión o error de información por parte de la AFP como el supuesto de hecho que debe probarse para dejar ineficaz un negocio jurídico, con fundamento en el literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100/93, pues allí únicamente se contempló al empleador o cualquier otra persona afín a dicha calidad, como la única persona que puede infringir o coartar los derechos de libre escogencia del trabajador afiliado.

Así, de conformidad con el art. 167 del C.G.P., corresponde a la parte probar, demandante o demandado, el supuesto de hecho de la norma que consagra el efecto jurídico perseguido.

En esa medida, conviene recordar cuál es el supuesto de hecho contenido en la norma rectora invocada por la corte - literal b) del art. 13 y 271 de la Ley 100/93-. Dicha normativa exige que se pruebe que:

*“el empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho* [la selección de régimen pensional libre y voluntaria] *en cualquier forma, se hará acreedor de las sanciones…”.*

Sanciones que se encuentran en el artículo 271 anunciado y que concretamente indica:

“*Sanciones para el empleador. El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social integral se hará acreedor…”.*

Una vez acreditado tal supuesto de hecho, entonces ocurrirá el efecto jurídico que la norma consagra como es que “*la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador”,* es decir, dará lugar a la acción de ineficacia de la afiliación pensional.

El anterior derrotero normativo permite evidenciar que los aludidos artículos contienen un hecho generador de la ineficacia, el que debe provenir de un sujeto calificado como es “*El empleador o cualquier persona natural o jurídica”* o “*El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica”.*

En un primer momento una lectura desprevenida de tal enunciación permitiría predicar tanto del empleador del afiliado, como de cualquier persona, entre ellas la AFP, la posibilidad de desconocer, impedir o atentar contra el derecho del trabajador en la selección libre y voluntaria del régimen pensional al que desea pertenecer; pero auscultado en detalle no solo tal normativa, sino la Ley 100 de 1993 en general, permite advertir que en realidad tal supuesto de hecho solo puede provenir del empleador o “*cualquier persona”* afín con esa denominación, es decir, de alguien que pueda usurpar la voluntad del trabajador por tener una posición subordinante frente a este, o director de sus actos.

Con la claridad anterior y teniendo en cuenta que de conformidad con el artículo 31 del Código Civil, ninguna persona podrá realizar analogías de leyes prohibitivas, todo ello para extender sus consecuencias a eventos que la norma no regula, y en tanto los artículos 13 y 271 de la Ley 100/93 contempla una sanción, no podrá hacerse símil alguno para derivar de allí, un sujeto que el legislador no contempló.

Además, para la Sala Mayoritarianinguna otra interpretación podría derivarse de dichos artículos, si en cuenta se tiene que en la exposición de motivos de la Ley 100/93, se señaló que el origen de esta norma devenía, entre otros, para ofrecer alternativas diferentes a los trabajadores colombianos en materia de pensiones, y por ello se creó el Sistema de Ahorro Pensional basado en la capitalización individual de las contribuciones de los trabajadores y empleadores, todo ello en razón a los nuevos mandatos constitucionales –art. 48 C.Po.– y la apertura económica que acaecía para la época, a través de la cual se permitió a particulares prestar servicios públicos.

En ese sentido, la Ley 100/93 trae un nuevo protagonista a quien se dirigen todos los esfuerzos gubernamentales para asegurar pensiones básicas, proteger los ahorros, y garantizar una rentabilidad mínima. Así, este nuevo sujeto es la Administradora de Fondo Pensional – de naturaleza particular -; por lo tanto, no podría interpretarse que el literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100/93 cuando se refiere al *empleador o cualquier persona* *natural o jurídica*, incluye también a la AFP, pues dado lo dicho, de haber querido regular su comportamiento en ese sentido, en tanto la AFP es el nuevo actor de la Ley 100/93, lo hubiere referido expresamente como generador de la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, como lo hizo con el empleador, sin que pueda derivarse una omisión legislativa absoluta o relativa de tal ausencia, pues iterase las sanciones no pueden aplicarse a otros sujetos por analogía.

Lo anterior cobra mayor relevancia si en cuenta se tiene que las normas invocadas exigen que en el supuesto de hecho en el que participa un sujeto calificado, este ***desconozca, impida o atente*** contra el derecho libre y voluntario del trabajador de elegir el régimen pensional, que en otras palabras implica que su consentimiento no provenga de él, sino de otro, actos que de ninguna manera podrá ejecutar una AFP, en tanto que ella en efecto busca una afiliación al sistema de seguridad social y para ello expone las características, beneficios y riesgos del sistema de ahorro individual; por lo que solo una persona con la posibilidad de direccionar los actos del trabajador podrá desconocer, impedir o atentar contra el derecho de este, es decir, su empleador.

En otras palabras solo se realizarán tales conductas cuando una persona ajena al trabajador, sustituya su voluntad e imponga la suya al escoger el régimen, lo que el promotor de la AFP no puede ejecutar, pues él representa la otra parte contractual, con quien se cruza el acuerdo de voluntades.

En efecto, la Ley 100 de 1993 promocionó el nuevo sistema pensional en una libre y sana competencia que debía existir entre las AFP del RAIS y la única administradora del RPM, sin que ninguno de los dos regímenes, excluyentes entre sí, puedan ser mejor que el otro, pues ello imposibilitaría la subsistencia de alguno. De manera tal que, tanto las AFP como Colpensiones deben buscar la obtención de nuevos afiliados, garantizando a cada uno de ellos los beneficios que cada uno de los regímenes contempla. Para los primeros la capitalización de sus ahorros o el acceso a una garantía mínima con 1.150 semanas o, para los segundos una prestación definida al acumular 1.300 septenarios.

Ahora la posición ya descrita por la Sala Mayoritaria de ninguna manera deja al garete a los afiliados que se trasladaron de régimen debido a la omisión del deber de información de las AFP (error u omisión), y que ahora, por lo general 20 años después, reclaman ante la administración de justicia, porque se encuentran inconformes con la mesada pensional que se ofrece en el RAIS, pero no con los restantes beneficios de dicho régimen.

En ese sentido, para remediar tal inconformidad el legislador contempló una acción diferente como es el resarcimiento de perjuicios, prescrito en el artículo 10 del Decreto 720 de 1994 – vigente para la época de los hechos -, que establece:

“*Responsabilidad de los promotores: cualquier infracción, error u omisión – en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados – en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelante sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones”.*

Así, de tal articulado se desprenden 4 elementos para invocar la acción de resarcimiento de perjuicios a saber: a) ocurrencia de un error u omisión en la información otorgada a un trabajador para que este pueda elegir el régimen pensional que prefiere; b) que el error u omisión provenga del promotor de la AFP, que bien puede ser o no su empleado; c) que se cause un daño; d) que ese daño cause un perjuicio en el afiliado entendido este como la diferencia del valor de la mesada que recibirá en el RAIS, frente al RPM, el tiempo que le costará acceder al derecho pensional, o no recibirlo, entre otros.

Además, resulta preciso resaltar que tampoco puede obviarse el principio de interpretación del ordenamiento jurídico que exige la aplicación de la norma especial sobre la simplemente general, de manera tal que para el caso de ahora siempre deberá aplicarse el aludido Decreto 720/93, sobre las disposiciones generales contenidas en la Ley 100/93.

Por último, es preciso resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha descargado en Colpensiones, sujeto ajeno a la omisión del deber de información para la época de los traslados entre regímenes, los efectos patrimoniales de las ineficacias de los mismos, con lo cual trasgrede tanto las cláusulas constitucionales de responsabilidad patrimonial– art. 90 C.N. -, como el régimen resarcitorio de perjuicios contenido en el Código Civil, sin que las órdenes judiciales tendientes a trasladar los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros y gastos de administración, resulten suficientes para cubrir el perjuicio que debe asumir Colpensiones para sufragar las pensiones de personas que no contribuyeron, por lo menos durante los últimos 10 años, al fondo común que compone el RPM.

En efecto, nuestra legislación ha establecido que sólo se obliga a indemnizar a aquel que causó un daño -artículos 2341 y 2343 del Código Civil-, por lo que si Colpensiones no participó en la información otorgada al trabajador, no tendrá por qué resarcirlo, pues rememórese que las obligaciones nacen del concurso real de las voluntades de los contratantes o del daño inferido a otra -art. 1494 del Código Civil-.

Actuar en contrario implica una trasgresión a la cláusula constitucional contenida en el artículo 90 que prescribe que “*el Estado únicamente responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”,* máxime que obligar a Colpensiones al pago de las pensiones de los nuevos afiliados implica un grave detrimento de los legítimos intereses de todos los afiliados que fielmente han permanecido en el RPM, y que de no alcanzar con los aportes y rendimientos de los afiliados que constituyen un fondo común, deberá la nación con su patrimonio atender.

Puestas de este modo las cosas, si el supuesto de hecho expuesto en la demanda se encuentra dirigido a probar que el promotor de la AFP omitió o erró en la información otorgada para que el trabajador pudiese elegir a cuál régimen pensional quería pertenecer, y esto le ocasionó un perjuicio, por el valor de la mesada que será otorgada en el RAIS, entonces la acción a emprender no es la ineficacia de la afiliación, sino la de resarcimiento de perjuicios, sin que a través de esta se permita la nueva elección de régimen pensional o retorno al anterior, que es la consecuencia de salir avante la ineficacia, que por el principio de legalidad no puede extenderse a estos supuestos fácticos.

Dicho de otra forma, el supuesto de hecho contemplado en el literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100/93 apenas contempla el desconocer, atentar o impedir la libre elección del trabajador, a cargo del empleador o sujeto afín a tal calidad, nunca a la AFP. De manera tal que cuando se plantea en la demanda tal omisión de información por parte de la AFP, en realidad el actor está evidenciando un supuesto de hecho diferente al contemplado en el pluricitado art. 13 y 271 de la Ley 100/93.

Entonces cada vez que se plantee tal supuesto de hecho en las demandas, sin dubitación la acción de ineficacia estará destinada al fracaso, debiendo se incoar el resarcimiento de perjuicios.

**Fundamento fáctico**

Rememórese que Luis Eduardo Escobar Botero pretende la nulidad e ineficaciade la afiliación realizada al RAIS (fl. 2 c. 1), del que da cuenta el formulario suscrito el 19/12/1995 ante Porvenir S.A., (fl. 69 c. 1), por lo que señala a la AFP y no a su empleador u otra persona afín a tal calidad, como el sujeto que lo hizo incurrir en error o engaño para efectos de obtener dicho traslado y del que adujo derivar un perjuicio, en tanto que en el RAIS obtendría una pensión de $4.776.600, cuando en el RPM sería de $6.861.400.

Al punto es preciso resaltar que aun cuando el demandante pretendió también la “*nulidad”* de la afiliación, lo cierto es que de los hechos invocados en la demanda, se desprende que en realidad el propósito perseguido es retornar al RPM debido al incumplimiento del deber de información por parte de los asesores de una AFP; objetivo que en sentir de la aludida Corte Suprema de Justicia[[2]](#footnote-2) se alcanza a través de la acción de “*ineficacia”* y no una nulidad, todo ello bajo los lineamiento del literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100/93.

Basta la anterior descripción para echar al traste las pretensiones del demandante, pues estos supuestos fácticos corresponden a una acción diferente a la invocada - literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100/93 –, sin que ahora pueda esta Colegiatura encausar las pretensiones en ese sentido, pues ello implicaría un grave quebranto a los derechos de contradicción y defensa de los sujetos procesales, así como al principio de consonancia – art. 66A del C.P.L. y de la S.S.-, además que los jueces colegiados carecen de facultades *ultra* y *extra petita* en sus decisiones – art. 50 ibídem-.

Por lo anterior, se revocará la decisión de primera instancia como solicitó el apelante, aunque por diferentes razones, y en consecuencia se denegarán los pedimentos del libelo introductor.

**CONCLUSIÓN**

Conforme lo expuesto, la decisión revisada será revocada. Costas de ambas instancias a cargo del demandante y a favor de las demandadas de conformidad con el numeral 4º del artículo 365 del C.G.P.

**DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala de Decisión Laboral No. 1,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 14 de marzo de 2019 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Luis Eduardo Escobar Botero** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones-** y la **Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A.,** para en su lugar:

**SEGUNDO:** **ABSOLVER** a las entidades demandadas de las pretensiones incoadas en su contra por el señor **Luis Eduardo Escobar Botero.**

**TERCERO:** Costas de ambas instancias a cargo del demandante y a favor de las demandadas.

Notificación surtida en estrados. No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se eleva y firma esta acta por las personas que han intervenido.

Quienes integran la Sala,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Magistrada Ponente

Salva voto

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrada Ponente Magistrado

Aclara voto

Providencia : Sentencia del 07 de febrero de 2020

Radicación No. : 66001-31-05-002-2017-00292-01

Proceso : Ordinario Laboral de Primera Instancia

Demandante : Luis Eduardo Escobar Botero

Demandado : AFP Porvenir S.A. y Colpensiones

Juzgado : Segundo Laboral del Circuito

Magistrada Ponente : Dra. Olga Lucía Hoyos Sepúlveda

Magistrada que salva voto: ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

**SALVAMENTO DE VOTO**

Con mi acostumbrado respeto, manifiesto mi inconformidad frente a la sentencia mayoritaria, por cuanto considero que en el presente caso había lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen por las siguientes razones:

1. **LA ACCIÓN DE INEFICACIA DEL TRASLADO CONLLEVA LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS A CARGO DE LAS AFPs:**
2. En la actualidad existe **doctrina probable** respecto a la ineficacia de los traslados de regímenes, por cuanto la Sala de Casación Laboral ha proferido sobre el tema un número considerable de sentencias, entre otras, las siguientes: SL 31989 del 9 sep. 2008, SL 31314 9 sep. 2008, SL 33083 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, en todas las cuales se determinó el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, estableciendo la procedencia de la ineficacia del traslado, amén de que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.
3. De acuerdo a la tesis de la Corte Suprema de Justicia la insuficiente información que se dio a los potenciales afiliados por parte de los Fondos de Pensiones privados o el error en que se los hizo incurrir les causó perjuicios, situación que se ha tenido en cuenta para declarar la ineficacia del traslado.
4. De igual manera es cierto que tales perjuicios los causó el fondo privado y no COLPENSIONES, entidad que resulta ser un tercero ajeno a lo que sucedió entre el afiliado y la AFP y por esa misma senda, resulta válido afirmar que los perjuicios debe pagarlos el Fondo y no COLPENSIONES, como ya lo había establecido de antaño la Corte Suprema de Justicia en la sentencia hito SL 31989 del 9 sep. 2008:

*“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, 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.*

*Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora* ***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.***

***Las consecuencias de la nulidad 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 cuando le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada”.* (Negrilla fuera de texto)

1. En la sentencia de la cual me aparto se afirma que el resarcimiento de los perjuicios los está asumiendo COLPENSIONES y no la AFP, situación que no es cierta y contradice los precedentes de la Corte Suprema, como paso a explicar:

4.1 Desde el punto de vista estrictamente civil, la ineficacia de un acto produce efectos entre las partes que participaron en ese acto, lo que aplicado este argumento al caso de la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, significaría que los efectos se darían entre el afiliado y la AFP. Pero en materia de seguridad social en pensiones, ha dicho la Sala de Casación Laboral que los efectos van mucho más allá e involucran otros actores, amén de que se reconoce que no hay igualdad entre afiliados y el fondo de pensiones sino que éste último está en una condición privilegiada, lo que de suyo descarta el pilar fundamental del derecho civil que es la igualdad de las partes. Léase nuevamente la sentencia hito ya referenciada:

***Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social****, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas. (Negrillas fuera de texto).*

Por esta misma senda, esto es, que las relaciones surgidas entre el afiliado y el fondo de pensiones, no se rige estrictamente por las normas civiles ni comerciales, ha dicho la Corte “que si bien el modelo de seguridad social que se acogió en la Constitución Política de 1991, fue el de aseguramiento, ello no puede llevar a concluir que las reglas de los seguros comerciales se aplican en la solución de los conflictos de seguridad social […]» (Sentencia del 7 de febrero de 2012, Radicado No. 43023; M.P. Jorge Mauricio Burgos), tesis que fue acogida entre otras, en la Sentencia SL 2256 de 2019 Radicado 65688, Sala de Descongestión No. 4. M.P. Omar de Jesús Restrepo Ochoa, en la que se dijo lo siguiente:

*“…tratándose del Sistema General de Pensiones, del cual hace parte el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (art. 12), la Ley 100 de 1993 también desarrolló la norma constitucional, al establecer, que su objetivo es garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que determine la ley (art. 10); lo que implica, que el fin perseguido es garantizar la debida atención de las contingencias a las que están expuestos los afiliados y beneficiarios, lo que es consecuencia de considerar que* ***el régimen de prestaciones de la seguridad social en pensiones, no es contractual, como el de los seguros privados, sino que se trata de un régimen legal que de alguna manera se asienta en el principio contributivo.***

***Es que si bien el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, es gestionado por entidades cuya regulación está sujeta al Estatuto Financiero, no puede perderse de vista, que desarrollan su función dentro de la seguridad social, a la cual la Constitución Política le dio la connotación de servicio público, por lo que deben sustraerse de su aplicación, las regulaciones comerciales incompatibles con el sistema pensional.*** *(Negrillas fuera de texto)*

Y respecto a la desigualdad de las partes, la sentencia SL-1452 del 3 de abril de 2019 recabó lo siguiente:

*“Y no podía ser de otra manera, pues 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****. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.*

*Por lo demás,* ***esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acaree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados****”.*

4.2 Precisamente porque en materia de seguridad social, las relaciones jurídicas que se derivan de la prestación del servicio público de la seguridad social en pensiones no se rigen por normas comerciales, la Corte Suprema de Justicia, en los procesos en los que ha declarado la nulidad y/o la ineficacia del traslado de regímenes, sí ha condenado a las AFPs a pagar los perjuicios causados, incluso con sumas que jamás se pidieron en la demanda o se pidieron de manera diferente a lo que resulta en la condena. Verbigracia: En la Sentencia hito (SL 31989 del 9 sep. 2008) el demandante solicitó que como consecuencia de la nulidad del traslado se condenara a la AFP al pago de los perjuicios causados, los cuales se tasan en las mesadas que le corresponderían en el régimen de prima media con prestación definida, y, en subsidio solicitó pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia le ordenó a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES “los valores de la cuenta de ahorro individual del actor, sin descuento por el pago de las mesadas pensionales que se hayan efectuado”, petición que no se hizo en ese sentido.

Lo mismo ha ocurrido con otras sentencias, las cuales no viene al caso citar, pero que se pueden consultar en la página de la Relatoría de la Corte Suprema de Justicia.

4.3 De igual manera la Corte Suprema de Justicia en la interpretación de la ley, ha puesto de relieve que “***En perspectiva de los instrumentos internacionales descritos y nuestra normatividad interna, debe destacar la Corte que el Juez moderno en el Estado democrático y social de Derecho, no puede actuar bajo la premisa mecánica de que La ley dispone y el juez obedece o que El juez sólo es la boca de la ley, pues tales postulados ya hacen parte del pasado, en tanto que hoy en día quien imparte justicia es un ser humano sensible y atento a todos los cambios y fenómenos sociales, con amplios poderes para interpretar y aplicar la ley, inclusive para inaplicar una norma legal en virtud del control difuso de constitucionalidad, y de contera, remover barreras que impiden cometer injusticias***”. (Sentencia SLT 11149- 2019). Son muchas las sentencias en las cuales la Corte en la interpretación y/o aplicación de las leyes sociales lo ha hecho a la luz de las normas internacionales y la Constitución, y no se ha limitado a la aplicación literal de la norma, lo cual ha implicado que también las normas procesales, que son instrumentales, se hayan flexibilizado, como por ejemplo las que tienen que ver con el principio de consonancia y congruencia.

1. La solución que se plantea en la sentencia, pone a los afiliados en una situación muy difícil, pues se les deniegan unas pretensiones que tenían vocación de prosperidad por quedar en evidencia la insuficiente y/o deficiente información que recibió en su momento de la AFP, pero además se les insinúa que tendrían que impetrar una nueva demanda por indemnización de perjuicios -que no de ineficacia-, la cual tendría que posponerse para la fecha en que cumpla los requisitos para pensionarse conforme al régimen de prima media, porque sólo hasta ese momento se concretaría los perjuicios. En cambio la acción de ineficacia puede proponerse en cualquier tiempo, como se dijo en la Sentencia SL 1688-2019, en los siguientes términos:

*“Conforme lo explicado, los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados. Lo expuesto no es algo nuevo en la jurisprudencia del trabajo, pues incluso desde la sentencia CSJ SL795-2013 ya la Corte había adoctrinado que «el asegurado está legitimado para interponer, en cualquier tiempo, reclamos relacionados con la afiliación, las cotizaciones, el ingreso base de cotización y todos aquellos componentes de la pensión».*

Pero además, la demanda de indemnización de perjuicios está sometida a los términos de la prescripción.

1. Por otra parte, una demanda de indemnización de perjuicios en contra de la AFP, como se plantea en el fallo, sitúa al afiliado/da en una condición de inferioridad procesal frente a la AFP por cuanto la carga de la prueba recaería sobre el demandante, en tanto que en los procesos de ineficacia del traslado, dicha carga recae sobre la AFP.
2. La solicitud de perjuicios no es exclusiva de la acción de indemnización de perjuicios planteada en el Decreto 720 de 1994, como se insinúa en la sentencia, sino que también hace parte de la acción de ineficacia del traslado, al punto que por lo general así se pide en las respectivas demandas de ineficacia del traslado, como puede verse en el asunto que dio origen a la sentencia hito, o la que se analizó en esta Corporación y que dio origen a la Sentencia del 3 de julio de 2019, SL2422-2019, Radicación N.° 71679, M.P. JORGE PRADA SÁNCHEZ, en la que se pidió, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del traslado, condenar a BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. y a ING Pensiones y Cesantías S.A. «a reconocer y pagar a título de indemnización de perjuicios la diferencia que pudiere existir entre los aportes realizados (…) al régimen de ahorro individual y los que debió haber realizado al Instituto de Seguros Sociales». Lo anterior quiere decir que la condena en perjuicios que se está pidiendo en las demandas de ineficacia, se refuerza con el Decreto 720 de 1994, por lo que dicha norma no excluye la acción de ineficacia sino que la complementa y/o refuerza.
3. Finalmente, si en realidad existió una insuficiente y/o deficiente información, la consecuencia de la inobservancia del deber de información es la ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen, con la consecuente indemnización de perjuicios. Es decir, en los precedentes de la Corte Suprema de Justica sobre el tema, la transgresión al derecho a la información se sanciona con la ineficacia, no solo con la indemnización de perjuicios. Así lo reiteró en la Sentencia del 9 de octubre de 2019, SL4360-2019, Radicación n.° 68852, con Ponencia de la Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en la que expuso:

*“Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro.*

*(…)*

*Para ahondar en razones, y asumiendo que el deber de información tiene como correlato un derecho a la información, la sanción de ineficacia no solo encuentra respaldo en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sino también en los artículos 272 de la citada normativa, 13 del Código Sustantivo del Trabajo y 53 de la Constitución Política.*

*En efecto, siguiendo la tradición de las legislaciones tutelares que propenden por la intangibilidad e irrenunciabilidad de un mínimo de derechos y garantías ciudadanas, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social sanciona con la ineficacia o la privación de efectos jurídicos todo acuerdo que menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores. De ahí que, para esta Corte, la figura de la ineficacia sea la vía correcta al momento de examinar los casos de violación del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones”.*

1. En ese orden de ideas, si lo que pretende la Sala mayoritaria es que las AFPs respondan por la totalidad de los perjuicios causados por la deficiente e insuficiente información a los demandantes, a efectos de que las consecuencias de la ineficacia de los traslados no afecte el sistema de prima media, la solución no puede ser la denegación de las pretensiones sino la adecuación de la condena en contra de la AFP con el fin de que asuma todos los perjuicios causados. Ello, podría hacerse, por ejemplo, adicionando a las condenas que viene haciendo la Corte (traslado de todos los saldos con los rendimientos, y el valor de las cuotas de administración con cargo a los recursos propios de la AFP), que se ordene a COLPENSIONES que haga el cálculo actuarial de lo que debió percibir durante el lapso en que el afiliado estuvo en la AFP, para que la AFP pague la diferencia de sus propios recursos a título de perjuicios, en caso de que el traslado de los saldos con los rendimientos y cuotas de administración resultare inferior. De esta manera se paliaría el menoscabo que eventualmente esté afectando el sistema de financiación del régimen de prima media con ocasión de las sentencias de la justicia ordinaria que están declarando la ineficacia de los traslado.
2. **EL LITERAL B) DEL ARTÍCULO 13 Y EL ARTÍCULO 271 DE LA LEY 100/93 INCLUYEN A LOS FONDOS DE PENSIONES:**

1. Para llegar a la conclusión de que la única acción que tiene un afiliado en contra de la AFP que le brindó una insuficiente o errada información es la acción de indemnización de perjuicios prevista en el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, y no la acción de ineficacia, la Sala mayoritaria se vio en la necesidad de derruir el escollo que le presentaba la redacción literal del literal b) del artículo 13 y del artículo 271 de la ley 100/93. Y para ello acudió a un argumento bastante forzado. Se dijo en la sentencia lo siguiente:

*“En un primer momento una lectura desprevenida de tal enunciación permitiría predicar tanto del empleador del afiliado, como de cualquier persona, entre ellas, la AFP, la posibilidad de desconocer, al que desea pertenecer; pero auscultando en detalle no solo tal normativa, sino la ley 100 de 1993 en general, permite advertir que en realidad tal supuesto de hecho solo puede provenir del empleador o “cualquier persona” afín con esa denominación, es decir, de alguien que pueda usurpar la voluntad del trabajador por tener una posición subordinante frente a este, o director de sus actos…”*

*(…)*

*En ese sentido, la ley 100/93 trae un nuevo protagonista a quien se dirigen todos los esfuerzos gubernamentales para asegurar pensiones básicas, proteger los ahorros, y garantizar una rentabilidad mínima. Así, este nuevo sujeto es la Administradora de Fondos Pensional- de naturaleza particular-; por lo tanto, no podría interpretarse que el literal b) del Articulo 13 y 271 de la ley 100/93, cuando se refiere al empleador o a cualquier persona natural o jurídica, incluye también a la AFP, pues dado lo dicho, de haber querido regular su comportamiento en ese sentido, en tanto la AFP es el nuevo actor de la Ley 100/93, lo hubiere referido expresamente como generador de la ineficacia el traslado entre regímenes pensionales, como lo hizo con el empleador, sin que pueda derivarse una omisión legislativa absoluta o relativa de tal ausencia, pues iterase las sanciones no pueden aplicarse a otros sujetos por analogía.*

*Lo anterior cobra mayor relevancia si en cuenta se tiene que las normas invocadas exigen que en el supuesto de hecho en el que participa un sujeto calificado, este desconozca, impida o atente contra el derecho libre y voluntario del trabajador de elegir el régimen pensional, en el que en otras palabras implica que su consentimiento no provenga de él, sino de otro, actos que de ninguna manera podrá ejecutar una AFP, en tanto que ella en efecto busca una afiliación al sistema de ahorro individual; por lo que solo una persona con la posibilidad de direccionar los actos del trabajador podrá desconocer, impedir, atentar contra el derecho de este, es decir , su empleador.*

*En otras palabras, solo se realizarán tales conductas cuando una persona ajena al trabajador, sustituya su voluntad e imponga la suya al escoger el régimen, lo que el promotor de la AFP no puede ejecutar, pues él representa la otra parte contractual, con quien se cruza el acuerdo de voluntades.”*

Realmente basta referirse a estos mismos argumentos para decir que las normas si contemplaron dentro de la expresión genérica *“cualquier persona natural o jurídica”* a la AFP precisamente porque es uno de los actores importantes dentro del sistema de seguridad social en pensiones. En efecto, dentro de la estructura del sistema de seguridad social en pensiones, la ecuación la integran trabajador-empleador-fondo de pensiones y por consiguiente tanto el empleador como las AFPs están en la posibilidad de desconocer, impedir o atentar contra el derecho libre y voluntario del trabajador de elegir el régimen pensional. Parafraseando lo dicho por mis colegas, si el legislador hubiere contemplado que tal comportamiento (desconocer, atentar, impedir) sólo está en cabeza del empleador (como se afirma en la sentencia), no habría acudido a la expresión *“cualquier persona natural o jurídica”*. Por otra parte, dentro de la ecuación, realmente la persona más interesada en reclutar afiliados es el fondo privado, porque le representa ganancias, lo que de suyo conlleva una alta probabilidad de que prevalido de sus conocimientos, abuse de su posición dominante frente al afiliado. Es más, la gran cantidad de ineficacias que se vienen decretando por la justicia en el país, ponen en evidencia que los fondos privados, en su afán de enganchar clientes, guardaron información importante a la hora de la afiliación, como por ejemplo, la que tiene que ver con los beneficios del régimen de transición. Basta mirar las cifras del 2019 para dimensionar lo que representa para las administradoras de fondos de pensiones el número de afiliados: recaudaron 33 billones de pesos. Precisamente por eso, para precaver eventuales abusos de los fondos de pensiones, el legislador viene expidiendo una serie de normas tendientes a regular de manera estricta su conducta.

1. Ahora, si la columna vertebral de la sentencia para descartar la acción de ineficacia, es que el literal b) del artículo 13 y el artículo 271 de la ley 100/93 no incluyó en su redacción a la AFP, y tal argumento no es cierto, toda la fundamentación de la sentencia se viene abajo. Y como consecuencia de ello, no solo cobra vigencia el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sino que además resulta obligatorio por constituir doctrina probable.
2. **CASO CONCRETO:**
3. Se pretende por esta vía ordinaria que se declare la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, dada la omisión de información clara y precisa, que ha debido brindarle la A.F.P. a la actora, en orden a conocer las condiciones y consecuencias de migración de régimen.

De conformidad a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en las citadas sentencias, según las voces del artículo 1604 del C.C., la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo y, en este tipo de asuntos, corresponde a la administradora de pensiones, a cuyo cargo estaba el deber de suministrar la información suficiente y completa al afiliado, acerca del impacto del cambio de régimen pensional.

Así pues, el vicio en que eventualmente incurren tales administradoras de pensiones, al no suministrar la información adecuada y precisa al afiliado, recaerá en la eficacia del acto, dado que con la omisión o la defectuosa información se ha inducido en error al afectado. Contrario a lo manifestado por la Jueza de instancia, en curso del proceso la AFP demandada no cumplió con la carga que se le impone, esto es, **acreditar haber transmitido a la actora la información concreta y cierta, acerca de la implicación del traslado de régimen pensional.**

En mi opinión, no era suficiente con que la AFP le hubiera informado a la parte demandante que tenía la posibilidad de pensionarse anticipadamente, porque aunque eso es cierto, no le advirtieron que para ello debía incrementar el monto de su cotización de manera significativa.

En realidad, mínimo la AFP tendría que haber dado la siguiente información: i) Que dependiendo del capital, puede pensionarse anticipadamente, esto es, antes de la edad mínima para la pensión de vejez. ii) La posibilidad para sus herederos de hacerse a la devolución de saldos, en caso de que no existieran beneficiaros para la pensión de sobrevivientes. iii) La devolución total del saldo en caso de no alcanzar a reunir el total de los requisitos legales para optar al beneficio pensional. iv) Tener la posibilidad de la pensión de vejez habiendo cotizado el mínimo de semanas requeridas a pesar de no reunir el capital suficiente para el financiamiento de la prestación económica. v) La posibilidad de que el reconocimiento de la pensión de vejez, una vez reunido los requisitos, se haga pronto. vi) La posibilidad de que sus aportes se conviertan en patrimonio sucesoral en un caso dado. vii) El hecho de que el afiliado es el único titular de la cuenta de ahorro individual en contraste con el fondo público cuyos ahorros hacen parte de un fondo común. viii) Los rendimientos financieros que le generen sus aportes abonados sobre el saldo de su cuenta de ahorro individual; y, ix) La posibilidad de seleccionar entre variadas modalidades de pensión.

La AFP afirma en su contestación que toda la información antes relacionada se le brindó a la demandante, pero en realidad sólo quedó probado en el proceso el numeral primero. Ello sería suficiente para concluir, tal como lo concluyera el juzgado de instancia, que efectivamente la información que recibió la parte actora fue insuficiente y sesgada al momento de hacer el traslado, pues con relación a la posibilidad de pensionarse anticipadamente (lo único probado en el proceso) no se demostró que se le hubiera advertido, se itera, que debía asumir unas cotizaciones muchísimo mayores a las que estaba efectuando.

Pero más allá de lo anterior, quizá la información más importante que debió brindarse a la parte demandante eran las modalidades de pensión, una de las cuales (la de renta vitalicia inmediata) le quita la posibilidad de que los saldos de su cuenta de ahorro individual se conviertan en masa sucesoral, uno de los ganchos comerciales a los que más recurren las AFPs para ganar adeptos. Tampoco existe evidencia de que se le haya advertido a la actora que la modalidad de retiro programado tiene la desventaja de que una vez se termine el saldo en la cuenta de ahorro individual, si supera la expectativa de vida tenida en cuenta por la AFP, se queda sin pensión de vejez durante los años posteriores (cuando más los necesita). O que en la modalidad de retiro programado con renta vitalicia, la posibilidad de que los saldos se conviertan en masa sucesoral es muy poco probable.

1. En virtud de lo anterior, considero que debió confirmarse la sentencia de primera instancia y adecuar lo que fuere necesario respecto a las condenas que se profirieron en contra de la AFP

En estos términos sustento mi salvamento de voto.

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Magistrada

Radicación Nro. 66001-31-05-002-2017-00292-01

Proceso Ordinario Laboral

Demandante: Luis Eduardo Escobar Botero

Demandados: Porvenir S.A. y otros.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

**Diciembre 13 de 2019**

**MAGISTRADO: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Tal como lo he venido sosteniendo desde hace ya algún tiempo en mis salvamentos y aclaraciones de voto, 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 correspondía 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 nueva posición se separa expresamente de la línea actual de la Corte Suprema de Justicia, considero prudente acompañar la decisión con las claridades que a continuación se señalan:

**LA POSICIÓN ACTUAL DE LA SALA DE CASACIÓN LABORAL**

Desde ya se deja en evidencia que es conocida la jurisprudencia vigente emanada de la Sala de Casación Laboral que permite las declaraciones de ineficacia de traslados 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 ella, 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[7], para garantizar el pago de la garantía de la pensión mínima de vejez cuando no alcanzan el monto de capitalización requerida[[8]](http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2004/C-1024-04.htm" \l "_ftn8" \o "), 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, por la vía de imponerle el pago de una 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.

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 el señor Jair Carvajal 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 Protección 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 el actor carezca de acción en orden a defender sus derechos dentro del sistema general de pensiones por las conductas de los promotores de las AFP privadas, 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, lo que de paso conllevaría una afectación directa del legítimo derecho de defensa.

Así las cosas, correspondía -como en efecto se hizo- revocar la sentencia recurrida.

Dejo así aclarado mi voto.

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Ponente

1. SL4964 del 14/11/2018, radicado 54814, SL1452 del 03/04/2019, radicado 68852 y SL1688 del 08/05/2019, sentencias que en el mismo sentido constituyen doctrina probable en este aspecto. [↑](#footnote-ref-1)
2. CSJ, SL Sent. de 08/05/2019, rad. 68838. [↑](#footnote-ref-2)