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: Consulta y apelación sentencia

Proceso: Ordinario Laboral

Radicación No: 66001-31-05-005-2017-00086-01

Demandante: Francisco Eduardo Zuluaga Vélez

Demandado: Colpensiones y Porvenir S.A.

Juzgado de origen: Quinto Laboral del Circuito de Pereira.

**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, entonces 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 la Sala No. 2 de Decisión de la que originariamente es ponente quien ahora lo es para la Sala No. 1 compartía dicha interpretación, aunque no las subreglas, incluso hasta el 13/08/2019, Exp. No. 2017-00405-01…, lo cierto es que a partir de un análisis detallado de la normativa invocada, así como de la lectura de la Ley 100/93 y su decreto reglamentario, anunciado en las aclaraciones de voto realizadas por el Mag. Julio César Salazar Muñoz – Decreto 720/94 -, aunado a la garantía de los bienes jurídicos involucrados en este tipo de procesos…, permiten 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…



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL**

**Magistrada Sustanciadora**

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

En Pereira, a los trece (13) días del mes de marzo de dos mil veinte (2020), siendo las once de la mañana (11:00 a.m.), la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de surtir el grado jurisdiccional de consulta y desatar los recursos de apelación elevados contra la sentencia proferida el 11 de septiembre de 2018 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Francisco Eduardo Zuluaga Vélez** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y Porvenir S.A.,** radicado al N° 66001-31-05-005-2017-00086-01**.**

**Registro de asistencia:**

Demandante y su apoderado: Demandadas y sus apoderados:

**Traslado a las partes**

En este estado se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos, de conformidad con lo establecido por el artículo 13 de la Ley 1149/07.

**ANTECEDENTES:**

1. **Síntesis de la demanda y su contestación**

Francisco Eduardo Zuluaga Vélez pretende de manera principal la ineficacia y subsidiariamente la nulidad del traslado realizado del RPM al RAIS; en consecuencia se ordene a Colpensiones a recibirla como afiliada del RPM y se haga respectivo traslado de sus cotizaciones.

Fundamenta sus aspiraciones en que *i)* el 07/07/1994 suscribió el formulario de traslado a Invertir Organismo Cooperativo, hoy Porvenir S.A., con ocasión a una indebida información otorgada por el asesor de la AFP; *ii)* información que resultó lesiva de sus intereses en tanto que el monto de su pensión en el RAIS apenas sería de $1’450.000, mientras que en el RPM sería de $4’821.843.

Tanto **Colpensiones** como **Porvenir S.A.** se opusieron a las pretensiones elevadas, porque la selección del régimen de pensiones es libre y voluntaria y por ello, máxime que el traslado de la demandante se había realizado bajo los requisitos legales existentes para ese momento. Por otro lado, la AFP Porvenir S.A. resaltó que la primera afiliación del demandante fue a favor de Invertir, para luego pasar por Colpatria, Horizonte y finalizar en Porvenir. También propusieron similares excepciones de méritos que denominaron “*inexistencia de la obligación”,* “*prescripción”,* entre otras.

1. **Síntesis de la sentencia**

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira declaró la ineficacia del traslado realizado al RAIS realizada el 07/07/1994, y en consecuencia ordenó que se remitieran a Colpensiones todos los saldos que existen en la cuenta de ahorro individual de la demandante, además de ordenar a esta última que acepte la afiliación de la demandante.

Como fundamento de tal determinación, la *a quo* argumentó que la AFP no logró acreditar la información otorgada al demandante, sin que para el caso de ahora resultara importante si la demandante era o no beneficiaria del régimen de transición pensional.

**3. Del recurso de apelación**

Inconforme con la decisión Colpensiones y Porvenir S.A. presentaron recurso de apelación para lo cual argumentaron que correspondía al afiliado la carga de acreditar la información suministrada, pues esta solo se invierte cuando los afiliados son beneficiarios del régimen de transición.

**4. Grado jurisdiccional de consulta**

Como la anterior decisión, resultó adversa a los intereses de Colpensiones, de la que es garante la Nación, entonces esta Colegiatura ordenó surtir el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo dispone en artículo 69 del C.P.L.

**CONSIDERACIONES**

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 Mayoritaria se plantea la siguiente:

¿Se probaron los supuestos fácticos para declarar la ineficacia o nulidad de la afiliación contemplada en el literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100/1993, pretendida por la parte activa de la litis?

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 razones suficientemente fundadas que lo llevan a tomar esa determinación.

Así, bajo las disposiciones explicitadas por las sentencias C-836/2001 y C-621/2015, ya sea al amparo de la doctrina probable o del precedente judicial, cada juez ordinario conserva tal facultad de apartamiento, para la primera de la regla de interpretación de las normas insertas en la jurisprudencia, o de la segunda sobre la regla de aplicación de las normas en casos precisos, ambos bajo el explícito contra-argumento que evidencie la imposibilidad de la jurisprudencia para atender un fenómeno social, político o económico, o de otro lado la discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial.

Tal obligación argumentativa impide la alternancia de decisiones caprichosas, obligación que a su vez salvaguarda los principios de congruencia, igualdad de trato por parte de las autoridades y frente a la ley, además de la buena fe de los ciudadanos respecto de la administración de justicia.

Por último, se aclara que la sentencia C-539 de 2011 que al analizar la constitucionalidad del artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, resaltó la obligatoriedad del precedente pero únicamente para las entidades públicas de cualquier orden, que deban resolver peticiones o expedir actos administrativos, es decir, para autoridades que realizan una actividad diferente a la función judicial que esta Colegiatura ejercita, y por ello, excluye cualquier efecto vinculante.

En ese sentido, 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, entonces procede la acción de ineficacia de la afiliación, con el propósito de que el trabajador recobre la afiliación al régimen anterior.

Al punto, la misma corte[[2]](#footnote-2) ha enseñado que los efectos perseguidos con los aludidos artículos se alcanzan a través de la acción de “*ineficacia”* y no la nulidad; por lo que, cualquier pretensión de anulación, en realidad debe entenderse como ineficacia de traslado.

A su vez, ha presentado diferentes sub-reglas en relación con la carga probatoria, la aplicación de ineficacia a las personas amparadas o no con régimen de transición, entre otras.

No obstante lo anterior, y pese a que la Sala No. 2 de Decisión de la que originariamente es ponente quien ahora lo es para la Sala No. 1 compartía dicha interpretación, aunque no las subreglas, incluso hasta el 13/08/2019, Exp. No. 2017-00405-01, así como cuando la ponente de ahora ha acompañado las decisiones de la Sala No. 1 de la Magistrada Ana Lucía Caicedo Calderón, lo cierto es que a partir de un análisis detallado de la normativa invocada, así como de la lectura de la Ley 100/93 y su decreto reglamentario, anunciado en las aclaraciones de voto realizadas por el Mag. Julio César Salazar Muñoz – Decreto 720/94 -, aunado a la garantía de los bienes jurídicos involucrados en este tipo de procesos, y el resultado de las sesiones extraordinarias que convocó la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira para dilucidar tanto el marco normativo como su interpretación por el tribunal de cierre en esta materia, permiten 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 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 demandada, 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 enunciado 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 Mayoritaria ninguna 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.

Así, en tanto la Administradora del Fondo de Pensiones, en este caso particular, es el nuevo actor de la Ley 100/93, entonces el legislador lo hubiere referido expresamente como generador de la ineficacia del traslado entre regímenes pensiones como lo hizo con el empleador, sin que pueda derivarse una omisión legislativa 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, está obligado a exponer 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, 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”.*

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, que puede consistir 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.

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 la cláusula constitucional de responsabilidad patrimonial, 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, tal como de antaño lo ha resaltado la Corte Constitucional en sentencia C-1024 de 2004; tan evidente aparece esta conclusión que el propósito del proceso que nos concita precisamente da cuenta de una pensión de mínimo o inferior valor en el RAIS, cuando en el RPM podría ser el doble de aquella, de manera tal que el capital trasladado a Colpensiones siempre será insuficiente para paliar el monto de la pensión que deberá reconocer.

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 otro – art. 1494 del Código Civil -, todo ello con claros efectos patrimoniales en la Nación, garante de los recursos dispuestos para Colpensiones.

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 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 los pluricitados art. 13 y 271 de la Ley 100/93.

**Fundamento fáctico**

Rememórese que Francisco Eduardo Zuluaga Vélez pretende la ineficacia de la afiliación realizada al RAIS con la AFP Invertir, hoy Porvenir S.A. (fl. 5 c. 1); en ese sentido, obra un formulario de afiliación a dicha AFP el 07/07/1994 (fl. 24 c. 1). Ahora bien, en los hechos de la demanda 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 (fls. 2 a 4 c. 1) y del que adujo derivar un perjuicio, en tanto que en el RAIS obtendría una pensión de $1’450.000, cuando en el RPM sería de $4’821.843.

Al punto es preciso resaltar que aun cuando el demandante pretendió la “*nulidad”* de la afiliación (fl. 5 c. 1), lo cierto es que de los hechos invocados en la demanda (fls. 2 a 4 c. 1), 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 tal como se explicó[[3]](#footnote-3) se alcanza a través de la acción de “*ineficacia”*; por lo que, su pretensión de anulación, en realidad debe entenderse como ineficacia de traslado.

Entonces, basta la anterior descripción para echar al traste las pretensiones de la demandante, pues estos supuestos fácticos corresponden a una acción diferente a la invocada, sin que ahora pueda esta Colegiatura encausar sus 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 congruencia – art. 281 del C.G.P.-, además que los jueces colegiados carecen de facultades *ultra* y *extra petita* en sus decisiones – art. 50 C.P.T. y de la S.S.-.

No sobra decir que en este caso no se trasgrede el principio de la **congruencia** en la medida en que ninguna condena se realiza por objeto distinto, ni se dejó de resolver la pretensión incoada, pues es precisamente en atención a los intereses de la parte demandante para que se declare la ineficacia de la afiliación, que es el verdadero propósito al invocar la ineficacia o la nulidad, que esta Sala Mayoritaria analizó detenidamente si había o no lugar a ella, dada la oposición de la parte recurrente y/o a favor de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta, para lo cual resultaba necesario fijar los presupuestos sustanciales de la acción de ineficacia, antes de verificar si se acreditaron, encontrando para el caso de ahora que la acción invocada no podía efectivizarse a partir de los hechos esbozados, por lo mismo se dejaron de probar los supuestos de hecho de la acción de ineficacia en la forma ya descrita.

Tampoco puede esta Colegiatura estudiar la ineficacia solicitada con fundamento en un posible conflicto de multi-afiliación pues no fue planteada en la demanda como pretensión subsidiaria ni tiene soporte en los hechos propuestos en el libelo introductorio.

**CONCLUSIÓN**

Conforme lo expuesto, como los supuestos fácticos alegados en la demanda no son los que deben acreditarse para salir avante la ineficacia pretendida, se revocará la decisión de primera instancia como solicitaron los apelantes, aunque por diferentes razones, y en consecuencia se denegarán los pedimentos del libelo introductor.

Costas de primera instancia a cargo de la demandante y a favor de la parte demandada. Costas en segundo grado a favor de las demandadas, de conformidad con el numeral 4º y 8º del artículo 365 del C.G.P.

**DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 11 de septiembre de 2018 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Francisco Eduardo Zuluaga Vélez** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y Porvenir S.A.,** para en su lugar denegar las pretensiones elevadas en su contra.

**SEGUNDO:** Costas de primera instancia a cargo de la demandante y a favor de la parte demandada. Costas en segundo grado 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,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Ponente

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

 Magistrado Magistrada

 Salvamento de voto

Providencia: Sentencia del 13 de marzo de 2020

Radicación No.: 66001-31-05-005-2017-00086-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Francisco Eduardo Zuluaga Vélez

Demandado: Porvenir S.A. y Colpensiones

Juzgado: Quinto Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada Ponente: 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 (más de 30), 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, CSJ SL4989-2018, SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, Sentencia SL 373 -2020, Sentencia SL 5462-2019, Sentencia SL149-2020, Sentencia SL5533-2019, Sentencia SL5144-2019, Sentencia SL4937-2019, Sentencia SL4426-2019, Sentencia SL4343-2019, Sentencia SL4856-2019, Sentencia STP 2082-2019, Sentencia SL4360-2019, Sentencia SL3852-2019, Sentencia SL3749-2019, Sentencia SL3179-2019, Sentencia SL1838-2019, Sentencia SL2817-2019, Sentencia SL771-2019, Sentencia SL4296-2018, Sentencia SL2865-2019, Sentencia SL2955-2019, Sentencia SL2324-2019.

En términos generales, en todas estas sentencias se determinó *i)* el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, *ii)* la procedencia de la ineficacia del traslado, *iii)* la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

1. **LA ACCIÓN DE INEFICACIA DEL TRASLADO CONLLEVA LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS A CARGO DE LAS AFPs:**
2. 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.
3. 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, pero cuya condena devino a título de indemnización de perjuicios

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), ordenando 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. En este orden de ideas, si la suma que reciba COLPENSIONES con ocasión de la declaratoria de ineficacia, debe corresponder a la que esta entidad dejó de percibir durante el tiempo que el afiliado estuvo en el RAIS (para eso son los cálculos actuariales), no puede decirse que se defrauda al sistema por el hecho de que el fondo común asuma la pensión de quien no contribuyó en el pasado a financiar las pensiones de otros –como se insinúa en la sentencia de la cual me aparto- porque las pensiones en el régimen de prima media no se pagan con los aportes del afiliado –como ocurre con el RAIS- sino con los dineros del fondo común que agrupa todas las cotizaciones. De esta manera, si bien el afiliado trasladado con ocasión de la declaratoria de ineficacia no ayudó a financiar las pensiones causadas durante el tiempo que permaneció en el RAIS, sí financiará las pensiones futuras, con lo cual se cumple el objetivo del régimen de prima media.
3. **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 al argumento bastante forzado de que cuando el literal b) del artículo 13 y el artículo 271 de la ley 100/93 se refiere a los *“empleadores”* o de ***“cualquier persona”***, esta última expresión se refiere a una persona afín al calificativo de *empleador.* Francamente no me viene a la cabeza ninguna otra expresión afín a la de empleador porque el empleador es el empleador y punto; no hay un *medio empleador*  o un *símil de empleador*.

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. al actor, 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. 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 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 parte demandante, pero en realidad sólo quedó probado en el proceso el numeral primero. Ello sería suficiente para concluir, 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 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 al actor 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

1. SL4964 del 14/11/2018, radicado 54814, SL1452 del 03/04/2019, radicado 68852 y SL1688 del 08/05/2019. [↑](#footnote-ref-1)
2. CSJ, SL Sent. de 08/05/2019, rad. 68838. [↑](#footnote-ref-2)
3. CSJ, SL Sent. de 08/05/2019, rad. 68838. [↑](#footnote-ref-3)