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

**TEMAS: INEFICACIA TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL / DEBER DE INFORMACIÓN DE LAS AFP / ES CARGA DE LA ENTIDAD DEMOSTRAR QUE LA SUMINISTRÓ / VALOR PROBATORIO DEL FORMULARIO DE AFILIACIÓN / NO VALIDA POR SÍ SOLO EL TRASLADO.**

Pese a que este Ponente no comparte la justificación ni la interpretación que realiza la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia frente al literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100/1993…, lo cierto es que ocasión a la sentencia de tutela de primer grado emitida por ese alto tribunal con número de expediente STL4759-2020, a través de la cual se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado por esa corporación en los asuntos de ineficacia de afiliación, bajo el debido respeto por el superior, se obedecerá en este caso…

Frente a este ítem, la Corte Suprema de Justicia en providencia SL1452 de 3 de abril de 2019, señaló que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones ha sido exigible desde el momento de su creación, identificando tres etapas en el que el nivel de exigencia en la información se ha incrementado de acuerdo con la evolución histórica de las normas que regulan la materia…

Respecto al valor probatorio del formulario de afiliación suscrito entre la AFP y el potencial afiliado, la alta magistratura en la providencia que se viene referenciando sostiene que ese documento por sí solo no le otorga plena validez al traslado entre regímenes pensionales…

Continuando con su exposición argumentativa, el máximo órgano de la jurisdicción laboral sentó frente al punto:

“… si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.”

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

Tal como lo he venido sosteniendo desde hace ya algún tiempo, a mi juicio se viene cometiendo un grave error jurídico en esta clase de procesos, pues se accede a declarar la ineficacia de los traslados sin considerar y valorar que con ello se impone a Colpensiones la carga económica que representa aceptar, ad portas de adquirir el derecho pensional, como sus afiliados a aquellos que a última hora se dan cuenta que su pensión en el RPM sería superior a la que obtendrían en el RAIS, sin percatarse que, si en efecto hubo un engaño u omisión en la información para lograr el traslado por parte de la AFP privada, es ésta quien debe proceder al resarcimiento del eventual daño o perjuicio que con ello haya generado.

Lo anterior es así porque de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico la acción que en realidad responde a la situación fáctica planteada por los demandantes no es otra que la de responsabilidad prevista en el artículo 10 del decreto 720 de 1994, en la que a quien corresponde comprobar que actuó conforme a derecho -dando toda la información que requerida en su momento para conseguir el traslado de los afiliados- es a la vez quien, de no conseguir dar claridad al respecto, puede llegar a ser condenada al pago del perjuicio que se demuestre que con ello causó.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Pereira, nueve de febrero de dos mil veintidós

Acta de Sala de Discusión No 16 de 7 de febrero de 2022

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el demandante **Jesús Germán Rusinque Forero** en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito el 28 de julio de 2021, dentro del proceso **ordinario laboral** que le promueve a los fondos privados de pensiones **Colfondos S.A., Porvenir S.A.**, así como a la **Administradora Colombiana de Pensiones**, cuya radicación corresponde al N° 66001 31 05 003 2019 00105 01.

**AUTO**

(…)

**ANTECEDENTES**

Pretende el señor Jesús Germán Rusinque Forero que la justicia laboral acceda a la nulidad de la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como los movimientos ejecutados al interior de ese régimen pensional y consecuencialmente que se declare válida y vigente la afiliación primigenia efectuada al régimen de prima media con prestación definida.

Con base en esas declaraciones aspira que se condene a los fondos privados de pensiones demandados a girar a favor de Colpensiones la totalidad de los emolumentos a que haya lugar, lo que resulte probado extra y ultra petita, además de las costas procesales a su favor.

Refiere que: nació el 18 de febrero de 1962; después de haberse afiliado al régimen de prima media con prestación definida a través del Instituto de Seguros Sociales, se trasladó el 3 de mayo de 2001 al régimen de ahorro individual con solidaridad por medio del fondo privado de pensiones Porvenir S.A., sin haber recibido la asesoría que por ley correspondía; el 26 de junio de 2003 se movilizó dentro del RAIS hacía la AFP Colfondos S.A., quienes tampoco cumplieron con el deber de asesoría que les incumbía; retornó al fondo privado de pensiones Porvenir S.A. el 8 de noviembre de 2004, sin recibir la información que debía de brindársele.

Según reporte entregado por la AFP Porvenir S.A. el 18 de febrero de 2019, acumula en su cuenta de ahorro individual un total de $199.411.901.

El 22 de febrero de 2019, ante solicitud elevada por él, la Administradora Colombiana de Pensiones negó su retorno al RPM bajo el argumento de estar a menos de diez años de arribar a la edad mínima de pensión exigida en ese régimen pensional.

La Administradora Colombiana de Pensiones dio respuesta a la acción -págs.131 a 136 expediente digitalizado- manifestando que, al revisar la historia laboral del señor Jesús Germán Rusinque Forero inmersa en sus bases de datos, se evidencia la aprobación por parte del Instituto de Seguros Sociales del traslado de régimen pensional efectuado por él el 3 de mayo de 2001 a través de la AFP Porvenir S.A., el cual tiene plena validez, añadiendo que la negativa de Colpensiones de recibir nuevamente al accionante se encuentra acorde con lo establecido en la ley, al encontrarse a menos de diez años de arribar a la edad mínima de pensión en el RPM. Se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló las excepciones de mérito que denominó “Inexistencia de la obligación demandada” y “Prescripción”.

Al contestar la demanda -págs.155 a 174 expediente digitalizado- el fondo privado de pensiones Porvenir S.A. sostuvo que el traslado ejecutado por el señor Jesús Germán Rusinque Forero se realizó cumpliendo la totalidad de las exigencias legales, ya que contrario a lo que él afirma, esa entidad le suministró la totalidad de la información que debía ponerle de presente, motivo por el que no se configuró la nulidad relativa que se aduce en la demanda, pero que, de haber sido así, la misma se saneó por el paso del tiempo como lo determina el artículo 1750 del código civil. Planteó las excepciones de “Validez de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento”, “Saneamiento de la supuesta nulidad relativa”, “Prescripción”, “Buena fe” e “Innominada o genérica”.

A su turno, la AFP Colfondos respondió el libelo introductorio -archivo 04 carpeta primera instancia- se opuso únicamente frente a las pretensiones dirigidas en su contra, sosteniendo que, en caso de que se llegare a acceder a la declaración de nulidad o ineficacia del traslado surtido por el actor al RAIS a través de Porvenir S.A., entidad con la que se encuentra vinculado actualmente el afiliado, no habría lugar a emitir ninguna condena en contra de Colfondos S.A., por cuanto esa entidad ya giró a Porvenir S.A. la totalidad de los dineros que fueron recaudados por concepto de aportes o cotizaciones al sistema general de pensiones, junto con los intereses y rendimientos financieros; además de que en ese corto periodo cumplió con el deber legal de descontar los gastos de administración y las primas de los seguros previsionales, los cuales no puede ser devueltos por esa entidad, ya que ello constituiría un detrimento patrimonial para ese fondo privado de pensiones, así como un enriquecimiento sin justa causa por parte de Colpensiones. Propuso las excepciones de fondo de “Inexistencia de la obligación de trasladar la comisión de administración y el pago al seguro previsional, en caso de que se declarare la ineficacia de la afiliación al RAIS”, “Pago”, “Compensación”, “Prescripción” e “Innominada o genérica”.

En sentencia de 28 de julio de 2021, la funcionaria de primera instancia, aplicando en su integridad la jurisprudencia vigente que sobre el tema ha emitido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluyó, después de analizar las pruebas allegadas al proceso, que la AFP Porvenir S.A. no cumplió con la carga probatoria que le incumbía en este proceso, al verificar que no le brindó la totalidad de la información que debía ponerle de presente al señor Jesús Germán Rusinque Forero, esto es, las características de ambos regímenes pensionales con sus ventajas y desventajas; sin embargo, a continuación, sostuvo que en este caso se presentaron los actos de relacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia, ya que en el plenario quedó demostrada la movilidad que tuvo el afiliado dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad, además de haber aceptado en el interrogatorio de parte que al momento de producirse el cambio de régimen pensional el 3 de mayo de 2001 y posteriormente con el los movimientos efectuados por él, los fondos privados de pensiones le informaron que el Instituto de Seguros Sociales iba a desaparecer, así como la posibilidad de pensionarse de manera anticipada y de obtener unos buenos réditos por su vinculación a ese régimen pensional, además de haber recibido publicidad por parte de esas entidades; hechos que catalogó como configurativos de esos actos de relacionamiento que la llevaron a determinar que el actor ha tenido la voluntad de permanecer y pertenecer a ese régimen pensional; razones por las que negó la totalidad de las pretensiones elevadas por el señor Rusinque Forero, además de condenarlo en costas procesales en un 100% a favor de las demandadas.

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación, manifestando que en el presente asunto no se dan los presupuestos establecidos por la jurisprudencia para negar las pretensiones de la demanda, ya que los fondos privados de pensiones demandados no cumplieron con la carga probatoria que les correspondía, ya que ninguno de ellos acreditó haberle suministrado al señor Jesús Germán Rusinque Forero la información que la ley exigía, no solamente para la fecha en que se produjo el cambio de régimen pensional, sino también para las calendas en las que se ejecutaron los movimientos al interior del régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que con el paso del tiempo se hayan concretado los actos de relacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia; motivos por los que solicita que se revoque en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito, para que en su lugar se acceda a la totalidad de las pretensiones de la demanda.

**ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Conforme se dejó plasmado en la constancia emitida por la Secretaría de la Corporación, la totalidad de los intervinientes remitieron en término los alegatos de conclusión al correo institucional.

En cuanto al contenido de los alegatos de conclusión remitidos por la parte recurrente, teniendo en cuenta que el artículo 279 del CGP dispone que *“no se podrá hacer transcripciones o reproducciones de actas, decisiones o conceptos que obren en el expediente”,*baste decir que los argumentos emitidos por ella coinciden con los expuestos en la sustentación del recurso de apelación.

A su turno, las entidades accionadas reiteraron los argumentos defensivos expuestos en las contestaciones de la demanda, además de coincidir con la falladora de primer grado en torno a la configuración de los actos de relacionamiento de los que habla la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al haber quedado demostrado en el proceso que el afiliado se ha movilizado dentro del RAIS, cotizando durante veinte años al sistema general de pensiones a través de ese régimen pensional; razones por las que solicitan la confirmación de la sentencia recurrida.

**Cuestión previa**

Pese a que este Ponente no comparte la justificación ni la interpretación que realiza la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia frente al literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100/1993 y por ello en providencias anteriores como la proferida el 22/07/2020, Rad. No. 2018-00269-01, entre otras, bajo la autorización emitida por las sentencias C-836 de 2001 y C-621 de 2015 se había apartado del criterio expuesto por el alto tribunal al amparo de la autonomía judicial, para anunciar que cuando un trabajador alega engaño por una AFP para obtener un traslado de régimen pensional, debe presentar una acción de resarcimiento de perjuicios tal como obliga el artículo 10º del Decreto 720 de 1994, lo cierto es que ocasión a la sentencia de tutela de primer grado emitida por ese alto tribunal con número de expediente STL4759-2020, a través de la cual se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado por esa corporación en los asuntos de ineficacia de afiliación, bajo el debido respeto por el superior, se obedecerá en este caso y en los sucesivos la posición mayoritaria que prevalece en la mencionada Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Así las cosas, atendidas las argumentaciones a esta Sala de Decisión le corresponde resolver los siguientes:

**PROBLEMAS JURÍDICOS**

**¿Es la acción de ineficacia la llamada a resolver los casos en los que se alega ausencia total o parcial de la información por parte de los fondos privados de pensión?**

**¿En cabeza de quien se encuentra en este tipo de procesos la carga probatoria de acreditar el deber legal de información?**

**¿Hay lugar a declarar ineficaz la afiliación del señor Jesús Germán Rusinque Forero al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada el 3 de mayo de 2001?**

**¿Con los movimientos efectuados por el demandante dentro del RAIS y su permanencia en ese régimen pensional durante veinte años, desapareció la asimetría en la información que se echa de menos en la presente acción?**

**De acuerdo con la respuesta al interrogante anterior ¿Se configuraron los actos de relacionamiento de los que habla la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia?**

**¿Hay lugar a revocar la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito el 28 de julio de 2021?**

**De ser afirmativa la respuesta al interrogante anterior ¿Cuáles son las consecuencias prácticas de declarar la ineficacia del cambio de régimen pensional de los afiliados?**

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

**FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL**

**1. Análisis jurídico que debe abordar el juez cuando se alega ausencia de información parcial o total por parte de las administradoras en los traslados entre regímenes pensionales.**

En sentencia STL4759 de 22 de julio de 2020, la Sala de Casación Laboral indicó:

*“En el caso bajo estudio, se hace necesario precisar, que en reiterada jurisprudencia esta Sala de Casación Laboral ha dejado clara su postura al indicar que la elección a cualquiera de los dos regímenes pensionales existentes,* ***debe estar precedida de una decisión libre y voluntaria, de suerte que las administradoras de pensiones tienen el deber de brindar a sus afiliados una asesoría que les permita tener los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión tomada al momento del traslado****, sin importar si la persona es o no beneficiaria del régimen de transición, o si está próximo a pensionarse.”. (Negrillas fuera de texto).*

Y más adelante reiteró:

*“Así, en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL452-2019, CSJ SL1688-2019 y SL1689- 2019, esta Sala ha determinado de manera pacífica que la reacción del ordenamiento jurídico -artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993- a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.* ***Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, tiene que abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto*** *y no desde el régimen de las nulidades sustanciales.” (Negrillas fuera de texto).*

**2. Sobre el deber de información.**

Frente a este ítem, la Corte Suprema de Justicia en providencia SL1452 de 3 de abril de 2019, señaló que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones ha sido exigible desde el momento de su creación, identificando tres etapas en el que el nivel de exigencia en la información se ha incrementado de acuerdo con la evolución histórica de las normas que regulan la materia; lo que expuso en resumen así:

*“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:*

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ***Etapa acumulativa*** | ***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información*** | ***Contenido mínimo y alcance del deber de información*** |
| *Deber de información* | *Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993*  *Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003*  *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal* | *Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales* |
| *Deber de información, asesoría y buen consejo* | *Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009*  *Decreto 2241 de 2010* | *Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle* |
| *Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.* | *Ley 1748 de 2014*  *Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015*  *Circular Externa n. 016 de 2016* | *Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.* |

**3. La suscripción del formulario de afiliación.**

Respecto al valor probatorio del formulario de afiliación suscrito entre la AFP y el potencial afiliado, la alta magistratura en la providencia que se viene referenciando sostiene que ese documento por sí solo no le otorga plena validez al traslado entre regímenes pensionales, argumentando que:

*“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*

*Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*

*Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir,* ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*

*De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.”.*

**4. Carga de la prueba.**

Continuando con su exposición argumentativa, el máximo órgano de la jurisdicción laboral sentó frente al punto:

*“Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.*

*Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.*

*En consecuencia, si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.”.*

**5. Actos de relacionamiento dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad.**

En sentencia SL3752 de 15 de septiembre de 2020, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, advirtiendo la importancia constitucional y legal que caracteriza el derecho a la seguridad social, recordó la necesidad de resolver los asuntos que son puestos en conocimiento de la jurisdicción teniendo en cuenta la verdadera intención que tienen los afiliados a través de sus actuaciones y no con base en las formalidades y protocolos; trayendo a colación como ejemplos los temas que han sido resueltos desde esa arista, como el relacionado con la desafiliación al sistema general de pensiones cuando no existe el reporte de la novedad de retiro del sistema, o como en los casos en que, sin existir afiliación a una administradora pensional, el afiliado realiza aportes durante un periodo importante, que conllevan a concluir que se ha presentado una afiliación tácita a pesar de no haberse diligenciado el correspondiente formulario; mostrando que, como en esos eventos, existen muchos otros en los que las manifestaciones efectuadas por los afiliados al sistema general de pensiones denotan su verdadera intención de permanecer vinculados en determinado régimen pensional.

Es así, como al abordar el tema en controversia, el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral expresó:

*“Conviene recordar que, más allá de los posibles debates dirigidos a evidenciar un engaño de las administradoras de pensiones respecto de los afiliados con el fin de conseguir un traslado de régimen, lo que aquí realmente tiene importancia y se convierte en el eje central de la controversia es la asimetría de la información.”.*

Y más adelante continuó expresando:

*“En ese orden de ideas, es dable concluir que, aun cuando no haya certeza de si el afiliado recibió al momento de su traslado toda la información requerida, existen otros mecanismos que permiten colegir que la persona tenía vocación de permanecer en el régimen y que contaba con todos los elementos para forjar con plena convicción su elección.*

*Dichos comportamientos o****actos de relacionamiento****, en los casos de afiliación, pueden verse traducidos en acciones concretas de los afiliados tales como presentar solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros. Así lo ha establecido esta Corporación en el fallo CSJ SL413-2018, en donde dijo que,*

*Por esta misma razón, en casos como el presente, donde se discute la materialización del acto jurídico de la afiliación o traslado, es relevante tener en cuenta los aportes al sistema, no como un requisito ad substantiam actus de la afiliación, como lo sostuvo el Tribunal, sino como una señal nítida de la voluntad del trabajador cuando existen dudas razonables sobre su genuino deseo de cambiarse de régimen.*

***Desde luego que, para la tesis que ahora sostiene la Sala, la presencia o no de cotizaciones consistente con el formato de vinculación no es la única expresión de esa voluntad, pueden existir otras, tales como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, por mencionar algunos actos de relacionamiento con la entidad que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer a ella. Lo importante es que exista correspondencia entre voluntad y acción, es decir, que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado, de modo tal que no quede duda del deseo del trabajador de pertenecer a un régimen pensional determinado.***

*A partir de lo expuesto en precedente, se tiene que los traslados horizontales dentro del Régimen de Ahorro Individual, es decir los cambios entre administradoras de fondos privados de pensiones, reúnen los elementos propios de unos actos de relacionamiento, lo cual permite suponer que el afiliado desea continuar en dicho régimen, aunque bajo la asesoría y beneficios que le pueda proveer otra administradora de pensiones, las cuales compiten entre sí.*

*Incluso, tales actuaciones presuponen cierto conocimiento de la persona respecto al funcionamiento del régimen, sus beneficios y desventajas y su modo de operar, de ahí que su intención sea firme en continuar aun teniendo la posibilidad eventual de retornar a Colpensiones.”.*

Después de exponer dicha postura, la Alta Magistratura al descender al caso concreto, concluyó:

*“En ese orden de ideas, se advierte que, si bien las conclusiones del Tribunal fueron inicialmente desacertadas, en el sentido de asignarle la carga de probar al afiliado los presuntos vicios del consentimiento en los que incurrió y no a las administradoras de pensiones, lo cierto es que tal desatino no sería relevante teniendo en cuenta la situación jurídica concreta de la señora Lara Rodríguez.*

*Lo anterior, puesto que a través de los actos de relacionamiento que quedaron plenamente acreditados dentro del proceso, esto es, el traslado horizontal constante entre administradoras de pensiones dentro del Régimen de Ahorro Individual, la información, aunque parcial, dio cada uno de los fondos y el regreso permanente a la primera entidad elegida, se puede razonablemente entender la vocación que tenía la accionante de permanecer vinculada en el Régimen de Ahorro y, sobre todo, de no retornar a Colpensiones pese a las prerrogativas con las que allí inicialmente contaba.*

*Se insiste, tales comportamientos tácitos de la accionante no conducen a entender que hubiera existido una perpetuidad en la asimetría de la información, sino que, por el contrario, un objetivo claro de continuar en este Régimen, asumiendo los beneficios y consecuencias que su decisión traía consigo”.*

**CASO CONCRETO**

Conforme se expuso en el primer punto del fundamento jurisprudencial, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene definido que la acción que se debe estudiar cuando se reclama la ausencia total o parcial del deber de información por parte de los fondos privados de pensiones, no es otra que la ineficacia del acto jurídico que permitió el traslado entre regímenes pensionales, por lo que al haber orientado el actor la demanda en ese sentido, por imperativo jurisprudencial, lo que corresponde es analizar el caso en la forma determinada por la Corte Suprema de Justicia, esto es, si el traslado del demandante al RAIS se dio en términos de eficacia, como acertadamente lo abordó la falladora de primera instancia.

Resuelto lo anterior, se tiene entonces que con la solicitud de vinculación N° 01555528 -pág.42 expediente digitalizado-, el señor Jesús Germán Rusinque se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad el 3 de mayo de 2001 cuando se vinculó a la AFP Porvenir S.A., sin embargo, el demandante inicia la presente acción al considerar que el cambio del RPM al RAIS no se cumplió con el lleno de los requisitos legales, al no habérsele suministrado la información sobre las consecuencias que conllevaba tomar esa decisión; viciándose de esa manera su consentimiento.

Conforme con lo señalado por el demandante, se procederá a verificar, siguiendo, única y exclusivamente las reglas jurisprudenciales expuestas anteriormente, si la AFP Porvenir S.A. -**quien tiene la carga probatoria en este tipo de procesos** (como se explicó en el punto cuatro del fundamento jurisprudencial)-, cumplió con el deber legal de información que le correspondía para el 3 de mayo de 2001 (primera etapa).

En lo que concierne al formulario de afiliación, más allá de que en dicho documento se evidencia la rúbrica del señor Jesús Germán Rusinque Forero en la casilla denominada “*voluntad de afiliación*” en la que se hace constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la efectúa de manera libre, espontánea y sin presiones, y que los datos proporcionados son verdaderos; lo cierto es que, según lo dice la Sala de Casación Laboral, esa prueba no resulta suficiente para tener por demostrado el deber de información, pues, como mucho, demuestra un consentimiento, pero no informado.

Ahora, en el interrogatorio de parte, el señor Jesús Germán Rusinque Forero manifestó que en el año 2001 fue abordado en los pasillos de la entidad para la que prestaba sus servicios por una de las asesoras del fondo privado de pensiones Porvenir S.A., quien en una charla muy breve le indicó que debía trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, debido a que el Instituto de Seguros Sociales al que él estaba vinculado iba a desaparecer, expresándole además que en ese régimen pensional se podía pensionar anticipadamente y con una mesada pensional mucho más alta que la ofrecida en el RPM; después de que se le dijera eso, le preguntó a la agente comercial de esa sociedad que como era la forma como podía pensionarse en esos términos y como se hacía en el ISS, pero lo único que se le dijo la asesora es que tenía más posibilidades de acceder a la pensión de vejez en el RAIS que en el RPM; eso mismo aconteció con los dos movimientos que hizo al interior del RAIS, ya que solo se mencionaban esos tres aspectos y se le brindaba un souvenir para cambiar de fondo.

Seguidamente, la apoderada judicial de los fondos privados de pensiones accionado lo ilustró sobre el derecho de retracto y del periodo de gracia que se presentó entre los años 2003 y 2004, para preguntarle porque no había hecho uso de esas herramientas legales para regresar en término al RPM, respondiendo el afiliado que no había hecho uso de ellos debido a que durante todo el tiempo que ha estado afiliado al RAIS no se le puso de presente esa información; posteriormente, la profesional del derecho le preguntó si había hecho uso de los canales dispuestos por los fondos privados de pensiones para recibir información, respondiendo el demandante que no, que lo único que recibía por parte de esas entidades eran los extractos en los que se mostraban las cotizaciones efectuadas por sus empleadoras y el saldo acumulado en la cuenta de ahorro individual.

A continuación, la directora del proceso le preguntó si durante el proceso en el que se presentó el cambio de régimen pensional y posteriormente había recibido información adicional a la expuesta, contestando el actor que no, que lo único que se le dijo fue lo que ya indicó, agregando que se le entregaban unos folletos que contenía la publicidad de cada una de esas entidades en las que figuraba el nombre del correspondiente fondo privado de pensiones y los canales de atención, pero no contenía ninguna otra información; finalmente le dijo a la *a quo*, que cuando intentó regresar al régimen de prima media con prestación definida a través de Colpensiones, esa entidad le dijo que no era posible debido a que estaba a menos de diez años de cumplir los 62 años de edad.

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, cabe concluir que ni del formulario de afiliación, ni del interrogatorio de parte absuelto por el señor Jesús Germán Rusinque Forero, ni de ninguna de las pruebas allegadas al plenario se desprende el cumplimiento del deber legal de información por parte de la AFP Porvenir S.A., sin que tampoco exista prueba en el plenario que acredite que **la asimetría en la información que se produjo el 3 de mayo de 2001 dejó de prolongarse con el paso de los años**, pues a pesar de que el accionante se movilizó dentro del RAIS y se mantuvo activo como cotizante dentro de ese régimen pensional durante veinte años, **lo cierto es que en el plenario no quedó acreditado el cumplimiento del deber legal de información por parte de cada uno de los fondos privados de pensiones accionados, siendo del caso señalar que estos hechos, esto es, la movilidad dentro del RAIS y su permanencia en él durante todo ese tiempo, no demuestran per se los actos de correlacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia, pues como ya se ha dicho, lo importante es que durante ese periodo en el que los afiliados permanecen en el RAIS desaparezca por completo esa asimetría en la información que nace con el acto jurídico que materializa el cambio de régimen pensional, lo cual no aconteció en el presente asunto.**

Es que, contrario a lo concluido por la *a quo*, no es cierto que en este caso se hayan configurado los actos de relacionamiento de los que habla la Sala de Casación Laboral, ya que no existen pruebas en el proceso que demuestren que el señor Rusinque Forero fue conociendo paulatinamente la totalidad de las características de cada uno de los regímenes pensionales que componen el sistema general de pensiones, pues por ejemplo no quedó probado en el plenario que el actor tuviera el conocimiento de cuáles son los requisitos necesarios para pensionarse en el RAIS o en el RPM, ni mucho menos tiene conocimiento sobre las diferentes modalidades de pensión existentes en el régimen de ahorro individual con solidaridad, además de no existir prueba que demuestre que a él se le dio la reasesoría antes de cumplir los 52 años, con el fin de que se le pusiera de presente su situación pensional y se le aconsejara a cuál de los dos regímenes pensionales le convenía estar afiliado; siendo del caso especificar que al rendir el interrogatorio de parte el actor hizo alusión a unos folletos que le entregaron las asesoras comerciales de los fondos privados de pensiones accionados, los cuales contenían la publicidad de cada uno de ellas, en la que se encontraba inmerso el nombre de la entidad con los canales de atención, sin que reconociera que en ellos se brindaba información sobre las características de los regímenes pensionales, pues por el contrario lo que dijo es que allí no había información frente a esos aspectos; omisiones éstas que demuestran que en este caso, no se produjeron esos actos de relacionamiento, por cuanto la asimetría de la información que se produjo el 3 de mayo de 2001 no desapareció mientras el accionante estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Por lo expuesto, conforme con lo sentado por la Corte Suprema de Justicia, no queda otro camino que revocar en su integridad la decisión emitida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito, para en su lugar declarar la ineficacia del acto jurídico por medio del cual el accionante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad en la fecha referida anteriormente, por lo que todos los actos posteriores ejecutados dentro del RAIS carecen de validez; quedando valida y vigente la afiliación primigenia efectuada por el accionante al RPM, actualmente administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones.

Así las cosas, al no tener ningún efecto jurídico el traslado efectuado por el señor Jesús Germán Rusinque Forero al régimen de ahorro individual con solidaridad, se condenará a la AFP Porvenir S.A., a la que se encuentra vinculado actualmente el afiliado, a que restituya a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones la totalidad del capital existente en la cuenta de ahorro individual correspondiente a las sumas provenientes de las cotizaciones o aportes efectuados al sistema general de pensiones, junto con sus intereses y rendimientos financieros, tal y como lo ha sentado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las providencias relacionadas a lo largo de la presente providencia.

Además de restituir los emolumentos relacionados líneas atrás, necesario resulta traer a colación la sentencia SL3034 de 7 de julio de 2021 en la que la Corte Suprema de Justicia reiteró que otra de las consecuencias prácticas que trae la declaración de ineficacia, es la de restituir, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los gastos o cuotas de administración descontados por los fondos privados de pensiones durante la permanencia de los afiliados en esas entidades, motivo por el que se fulminará sentencia en contra de los fondos privados de pensiones accionados en ese sentido, quienes deberán reintegrar esos dineros a Colpensiones por los periodos en los que estuvo afiliado el señor Rusinque Forero en cada una de ellas.

Bajo esa misma óptica, es del caso recordar que el traslado declarado ineficaz implica que ningún acto posterior al mismo produzca efectos, por lo que se condenará a las AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A. a cancelar a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores descontados durante la permanencia del afiliado en cada una de ellas y que estuvieron dirigidos a pagar las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como aquellos que fueron destinados a financiar la garantía de pensión mínima; sin que con esa decisión se esté afectando los intereses de terceros que no asistieron al proceso (aseguradoras y reaseguradoras), pues precisamente la orden dirigida en ese sentido lo que lleva es a que los fondos privados de pensiones respondan con su patrimonio por las deficiencias en que incurrieron al momento de efectuar la afiliación al RAIS.

Al haber operado un traslado desde el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 3 de mayo de 2001, se generó en ese momento un bono pensional tipo A en favor del señor Jesús Germán Rusinque Forero, nacido el 18 de febrero de 1962 como se aprecia en su cédula de ciudadanía -pag.22 expediente digitalizado-, por lo que, a pesar de que no existe prueba que demuestre el estado actual de ese bono de deuda pública, lo cierto es que el mismo se redimiría normalmente el 18 de febrero de 2024, fecha en que el accionante cumple los 62 años de edad.

Así las cosas, como la declaratoria de ineficacia trae como consecuencia que las cosas se reestablezcan al estado en el que se encontraban el 3 de mayo de 2001, necesario resulta comunicar la decisión adoptada en este asunto a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que, en un trámite interno y a través de canales institucionales, ejecute todas las acciones a que haya lugar para dejar las cosas en el estado en el que se encontraban para el 3 de mayo de 2001, procediendo, entre otras cosas y de ser el caso, a anular o dejar sin vigencia el bono pensional que se generó en favor del señor Jesús Germán Rusinque Forero y que tenía como fecha de redención normal el 14 de diciembre de 2026, aplicando con ello lo previsto en el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995 modificado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 hoy recopilado en el Decreto 1833 de 2016.

En torno al hecho de que el accionante se encuentra a menos de diez años de arribar a la edad mínima de pensión en el RPM, la verdad es que ese suceso no afecta en nada la decisión tomada en este proceso, por cuanto, como se ha explicado recurrentemente a lo largo de la presente providencia, la declaratoria de ineficacia trae como consecuencia jurídica que los actos emitidos a partir de ese momento no tienen ninguna validez, lo que lleva a que las cosas se reestablezcan al estado en el que se encontraban, es decir, que al no haberse consumado legalmente el cambio de régimen pensional, el mismo no tiene validez y por tanto el demandante siempre ha estado afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por Colpensiones, lo que muestra que de ninguna manera se está ordenando un nuevo traslado entre regímenes pensionales y por tanto no se transgrede la prohibición legal prevista en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

En cuanto a las costas procesales en ambas instancias, teniendo en cuenta que las entidades accionadas se opusieron a la prosperidad de las pretensiones que surgieran en su contra por cuenta de la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS por parte del accionante y al haber sido vencidas en el proceso, conforme con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 365 del CGP se fulminará condena por este concepto en contra de ellas en un 100% y por partes iguales, a favor de la parte actora.

De esta manera queda resuelto el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial del señor Jesús Germán Rusinque Forero.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO. REVOCAR** en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito el 28 de julio de 2021.

**SEGUNDO. DECLARAR** la ineficacia de la afiliación efectuada por el señor JESÚS GERMÁN RUSINQUE FORERO al régimen de ahorro individual con solidaridad el 3 de mayo de 2001 a través del fondo privado de pensiones PORVENIR S.A., y consecuencialmente los movimientos efectuados por el accionante al interior del régimen de ahorro individual con solidaridad; quedando válida y vigente la afiliación primigenia efectuada por el accionante al régimen de prima media con prestación definida, ejecutada en ese entonces ante el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES.

**TERCERO. CONDENAR**al fondo privado de pensiones PORVENIR S.A. a girar a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del señor JESÚS GERMÁN RUSINQUE FORERO, proveniente de las cotizaciones efectuadas al sistema general de pensiones, junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado.

**CUARTO. CONDENAR** al fondo privado de pensiones PORVENIR S.A a restituir, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexadas, las sumas de dinero que fueron descontadas al señor JESÚS GERMÁN RUSINQUE FORERO durante su permanencia en esa entidad y que fueron destinadas a pagar los gastos o cuotas de administración, así como aquellas que fueron dirigidas a financiar la garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes; a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES.

**QUINTO. CONDENAR**al fondo privado de pensiones COLFONDOS S.A. a reintegrar con cargo a sus propios recursos y debidamente indexadas, las sumas de dinero que fueron descontadas al demandante durante su permanencia en esa entidad y que fueron destinadas a pagar los gastos o cuotas de administración, así como aquellas que fueron dirigidas a financiar la garantía de pensión mínima y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes; a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES.

**SEXTO. COMUNICAR**a la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO la decisión adoptada en este proceso, con el objeto de que, en un trámite interno y a través de canales institucionales, ejecute todas las acciones a que haya lugar para dejar las cosas en el estado en el que se encontraban para el 3 de mayo de 2001, procediendo, entre otras cosas y de ser el caso, a anular o dejar sin vigencia, el bono pensional que se generó a favor del señor JESÚS GERMÁN RUSINQUE FORERO y que tenía como fecha de redención normal el 18 de febrero de 2024.

**SÉPTIMO. CONDENAR**en costas en ambas instancias a las entidades accionadas en un 100% y por partes iguales, a favor de la parte actora.

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

Quienes integran la Sala,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado Ponente

Aclara voto

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Magistrada

**GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**

Magistrado

Radicación No: 66001-31-05-003-2019-00105-01

Demandante: Jesús Germán Rusinque Forero

Demandado: Colpensiones y otro

Tema: Cumplimiento a exhorto de la Sala de Casación.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

Febrero 11 de 2022

**MAGISTRADO: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

A pesar de que, según mi leal saber y entender, en la sentencia proferida por esta Sala del Tribunal el 5 de marzo de 2020, en el proceso que contra Colpensiones y Porvenir S.A. adelantó la señora María Inés Espitia Lozano en un proceso de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en el que se trataban iguales temas jurídicos y probatorios a los que en este asunto se resolvieron, se cumplieron por la Sala mayoritaria a cabalidad con las exigencias que según las Cortes Constitucional y Suprema tienen que llenar los jueces de inferior jerarquía para apartarse de la línea jurisprudencial del órgano de cierre, cuatro de los siete magistrados de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, esto es, la mayoría de esa célula judicial, decidieron textualmente: “**EXORTAR** (sic) a la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA** para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado de esta Corporación”.

Como iguales circunstancias a las narradas previamente ocurrieron en este asunto, bajo tal apremio, no obstante lo dispuesto en los artículos 228 y 230 de la Constitución Nacional, **no queda otra posibilidad al suscrito que**, en este y en todos los numerosos y sucesivos asuntos de similares características que se presenten a la Sala para decisión de eventos de ineficacia de traslados entre regímenes pensionales, **acatar lo resuelto por el superior**, en el sentido de proferir la providencia siguiendo la línea jurisprudencial señalada por la mayoría de los integrantes de la Sala de Casación Laboral, a pesar de no representar ésta el criterio jurídico de quien suscribe esta aclaración, mismo que se enmarca en el siguiente:

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS HECHOS DEBATIDOS EN LOS CASOS DE TRASLADOS ENTRE REGÍMENES**

Tal como lo he venido sosteniendo desde hace ya algún tiempo, a mi juicio se viene cometiendo un grave error jurídico en esta clase de procesos, pues se accede a declarar la ineficacia de los traslados sin considerar y valorar que con ello se impone a Colpensiones la carga económica que representa aceptar, ad portas de adquirir el derecho pensional, como sus afiliados a aquellos que a última hora se dan cuenta que su pensión en el RPM sería superior a la que obtendrían en el RAIS, sin percatarse que, si en efecto hubo un engaño u omisión en la información para lograr el traslado por parte de la AFP privada, es ésta quien debe proceder al resarcimiento del eventual daño o perjuicio que con ello haya generado.

Lo anterior es así porque de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico la acción que en realidad responde a la situación fáctica planteada por los demandantes no es otra que la de responsabilidad prevista en el artículo 10 del decreto 720 de 1994, en la que a quien corresponde comprobar que actuó conforme a derecho -dando toda la información que requerida en su momento para conseguir el traslado de los afiliados- es a la vez quien, de no conseguir dar claridad al respecto, puede llegar a ser condenada al pago del perjuicio que se demuestre que con ello causó.

Como quiera que esta posición se separa expresamente de la línea actual de la Corte Suprema de Justicia, considero necesario discurrir sobre los 8 temas jurídicos que a continuación se desarrollan:

1. **LA JURISPRUDENCIA, LA OBLIGACIÓN DE LOS JUECES DE SEGUIRLA Y LA AUTORIZACIÓN Y FORMA DE APARTARSE DE LA DOCTRINA PROBABLE.**

Como es bien sabido, desde la sentencia 836 de 2001 la Corte Constitucional explicó que tres decisiones emanadas de la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de casación constituyen doctrina probable que debe ser seguida por los jueces de inferior jerarquía. No obstante, tanto en esa providencia como en la C-621 de 2015, dejó sentado que en virtud de la autonomía judicial, es posible que, cumpliendo ciertas reglas, los funcionarios judiciales se separen de la línea trazada por la alta corporación. Sobre el tema en la sentencia T-459 de 2017, se concreta con meridiana claridad tal posibilidad, así:

“No obstante, el precedente no constituye una obligatoriedad absoluta, pues en razón del principio de la autonomía judicial, el juez puede apartarse de aquellos, siempre y cuando presente **(i)** de forma explícita las razones por las cuales se separa de aquellos, y **(ii)** demuestre con suficiencia que su interpretación aporta un mejor desarrollo a los derechos y principios constitucionales.”

En síntesis, el desconocimiento del precedente se configura cuando el funcionario judicial se aparta de las sentencias emitidos por los tribunales de cierre (precedente vertical) o los dictados por ellos mismos (precedente horizontal) al momento de resolver asuntos que presentan una situación fáctica similar a los decididos en aquellas providencias, **sin exponer las razones jurídicas que justifique el cambio de jurisprudencia**.” (Negrillas fuera del original)

Por lo tanto, como respecto al tema de la ineficacia del traslado entre regímenes la Sala mayoritaria se separa expresamente de la línea actual de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se pasa a exponer las razones jurídicas que demuestran con suficiencia la necesidad constitucional y legal de revaluar la procedencia de las declaraciones de ineficacia.

1. **LA POSICIÓN ACTUAL DE LA SALA DE CASACIÓN LABORAL RESPECTO AL TEMA DE LA NULIDAD O INEFICACIA DE LOS TRASLADOS ENTRE REGÍMENES PENSIONALES.**

En acatamiento de lo señalado en las sentencias C-836 de 2001 y C-621 de 2015 desde ya se deja en evidencia que es conocida la jurisprudencia vigente emanada de la Sala de Casación Laboral contenida en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019 que se concreta en los siguientes razonamientos:

1. En esta clase de acciones no se trata de la nulidad del acto jurídico del traslado sino de la ineficacia del mismo con base en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la ley 100 de 1993, por cuanto se violó por parte de la AFP el deber de información para obtener el traslado de quien estaba afiliado al RPM. De allí que, tratándose de un tema de ineficacia y no de nulidad, no puede aplicarse la “prescripción” prevista en los términos que se señalan en el artículo 1750 del C.C.
2. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber que le es exigible desde la creación de estas entidades, básicamente porque *“las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios”.* Deber cuyo nivel de exigencia se elevó con la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, en la medida que *“ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo”,* llegando incluso a la exigencia de la doble asesoría prevista en la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.° 016 de 2016.
3. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para darle eficacia al acto del traslado, pues ello solo no da cuenta de que haya sido, como se requiere en estos eventos, un “consentimiento informado”.
4. Cuando el afiliado alega que no recibió la información debida al momento de afiliarse, como ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, la carga de la prueba de que si se brindó la información que correspondía está a cargo de la AFP.
5. Acreditada la falta de consentimiento informado corresponde declarar la ineficacia del traslado y como consecuencia de ello entonces, para efectos de la concreción de los derechos pensionales reclamados, se debe imponer la obligación de la AFP de trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, pertenecientes a la cuenta de quien demanda para que sea esta entidad la que proceda a reconocer la pensión con base en las disposiciones que guían el RPM.
6. **CONTENIDO DE LOS ARTÍCULOS 13 LITERAL b) y 271 DE LA LEY 100 DE 1993**

De conformidad con el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 199**3,** la selección de cualquiera de los regímenes que conforma el sistema general de pensiones es libre y voluntaria, por lo que, si un empleador o alguna persona natural o jurídica desconoce ese derecho operan las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 ibídem, del que se extrae lo siguiente:

1. La conducta sancionable consiste en impedir o atentar “en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos del e instituciones del sistema de seguridad social integral”
2. El sujeto activo de la conducta es el empleador o cualquier persona natural o jurídica que impida o atente contra la libre afiliación o selección de organismos del sistema de seguridad social.
3. **La sanción es una multa por un valor entre uno y 50 SMLMV.**
4. **El funcionario competente para imponerla es el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social o el Ministerio de Salud.**
5. **Una vez impuesta la sanción por el funcionario competente la afiliación respectiva podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea.**
6. **OBSERVACIONES SOBRE EL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 271 DE LA LEY 100 DE 1993 Y LA APLICACIÓN QUE VIENE DÁNDOLE LA CORTE SUPREMA.**

Obviando la regla de interpretación prevista en el artículo 31 del Código Civil que determina que “Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación” y de la cual, en casación, desde 14 de diciembre de 1898 se viene repitiendo que **“En la interpretación de leyes prohibitivas no deben buscarse analogías o razones para hacerlas extensivas a casos no comprendidos claramente en la prohibición”, t**oda la línea argumentativa de la actual posición de la Corte Suprema de Justicia, para sostener la ineficacia de los traslados entre regímenes, parte del hecho de considerar que las AFP privadas incurrieron en las conductas generantes de la sanción prevista en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, sin percatarse que desde el título, la norma precisa que se trata de **“Sanciones al empleador”**, esto es, que está dirigida a regular las conductas de los empleadores o de “cualquier persona” afín con esa denominación, que pretendan impedir o atentar contra la libre escogencia de régimen y administradora de pensiones por parte de los trabajadores, pero manifiestamente no contempla la regulación de las actividades que puedan adelantar las AFP en desarrollo del objeto para el que fueron creadas, ni mucho menos las sanciones a que se pueden ver avocadas por el indebido ejercicio de esas actividades de promoción y afiliación al RAIS que les conciernen en desarrollo de su objeto social, pues para tales efectos hay legislación específica que adelante se resaltará.

Tal conclusión encuentra apoyo adicional en el hecho de que el sistema implementado por la ley 100 de 1993 implica la libre competencia entre los dos regímenes, de allí que no guarde coherencia ubicar a las Administradoras como destinatarias de lo previsto en artículos 13 literal b y 271 de la ley 100 de 1993 pues es inherente a su creación el otorgarles la posibilidad de promocionar el nuevo sistema cuya gestión les fue encargada.

Es que nótese que, conteniendo la norma citada 2 verbos rectores -“impedir o atentar”-, referidos al derecho de los trabajadores de afiliarse y seleccionar libremente los organismos e instituciones del sistema de seguridad social a los que quiere entregar la administración de sus aportes, resulta evidente que cuando las AFP promocionan y se ofrecen para administrar los recursos que permitirán acceder a una pensión, bajo ningún entendimiento se puede considerar que están incursas en esas conductas, pues ni han impedido la afiliación de los usuarios al sistema o su libre selección de organismo ni tampoco han desconocido o boicoteado el derecho del afiliado a la selección del organismo que se encargaría de administrar sus aportes. **Lo que hicieron fue buscar que, dentro de las opciones que creó la ley 100 de 1993, los participantes del sistema las eligieran para administrar sus recursos. Ahora, si para lograr tal cometido dieron información equivocada u omitieron dar la que correspondía, no son los artículos 13 y 271 de la ley 100 de 1993 los que determinan las consecuencias de tal proceder sino el decreto 720 de 1994, como adelante se explicitará.**

**Adicionalmente vale la pena resaltar que según se desprende de la construcción normativa del artículo 271 de la ley 100 de 1993, la sanción es la multa; misma que una vez se impone por quien tiene la competencia para ello, que son los ministerios de Trabajo y Salud, trae como consecuencia que “la afiliación” realizada irregularmente quede sin efecto y deje al interesado en la posibilidad de realizarla nuevamente de manera libre y espontánea.**

**Las condiciones para que opere la ineficacia que se acaban de evidenciar, además del análisis que adelante se hará, ponen de relieve tres situaciones que denotan que la solución que se está dando a la situación fáctica analizada no es la que corresponde legalmente:**

**La primera que la competencia para determinar si se incurrió en la conducta que amerita multa es de los Ministerios de Trabajo y de Salud y ella se constituye en el fundamento de la declaratoria de ineficacia.**

**La segunda que la ineficacia solo está prevista como consecuencia de la “afiliación” irregular, pues expresamente la norma determina que la “afiliación respectiva quedará sin efecto” sin que pueda extenderse la sanción a los casos de traslado entre regímenes, por cuanto es bien sabido que ellos no implican una nueva afiliación. Al respecto baste traer a colación lo dicho por la propia Corte en sentencia 39772 de 5 de octubre de 2010, en la que se explicó**:

“De acuerdo a lo anterior, confunde el Tribunal lo que es la afiliación al sistema de seguridad social, que ha sostenido la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como la de esta Sala, tiene un carácter vitalicio, se efectúa a través de una primera y única inscripción y no se pierde o suspende porque se dejen de causar cotizaciones en un determinado interregno de tiempo, con la vinculación a uno de los dos regímenes de pensiones que contempla dicho sistema, y que delimita muy claramente el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, en los siguientes términos:

*“****Permanencia de la afiliación****. La afiliación al Sistema General de Pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado. Dicha afiliación no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tengan más de seis meses de no pago de cotizaciones.”*

Y la tercera y más importante, **que como se analiza a continuación existe una acción diferente y precisa para los casos como el presente en que se aduce la deficiente o nula información brindada por las AFP para obtener la vinculación de una persona al RAIS a pesar del perjuicio que ello le pudiere significar**.

1. **CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE LA TESIS DE LA INEFICACIA DE LOS TRASLADOS CON FUNDAMENTO EN LOS ARTÍCULOS 13 Y 271 DE LA LEY 100 DE 1993.**

**Las declaraciones de ineficacias de traslados envuelven los siguientes resultados:**

**PRIMERO: Desdibuja nuestro sistema jurídico de responsabilidad** al imponer la carga de resarcir un daño, a quien no lo produjo, en este caso Colpensiones y de contera la Nación como su garante.

Se afirma lo anterior por cuanto las órdenes judiciales de ineficacia comportan que a la AFP privada, que supuestamente no dio la información suficiente o hizo incurrir en error a los afiliados, causándoles con ello perjuicios que se ven reflejados en el monto de la pensión a percibir, luego de haber tenido a su disposición por varios años los dineros de la cuenta de ahorro individual, que ahora se sabe que solo permiten una pensión de “x pesos”, se le ordena sencillamente devolver lo recibido por administración y entregar, si aún lo tiene en su poder, el saldo que exista en cuenta de ahorro individual a Colpensiones, entidad esta última que, **con esa misma suma -que ahora se sabe que solo alcanza para otorgar una pensión de “x pesos”- debe reconocer y pagar una prestación dos o tres veces superior a la que financieramente es posible conceder**.

Como fácilmente se observa, el resultado de declarar la ineficacia del traslado lleva a lo siguiente: AFP PRIVADA por supuestos errores u omisiones en información CAUSA PERJUICIO al afiliado, entonces, a un tercero -COLPENSIONES- la rama judicial le impone que, con los demás dineros del fondo público, cubra el daño generado por la AFP privada.

**Obviamente esa no es una solución legal y constitucionalmente sostenible, pero sobre todo NO ES LA SOLUCIÓN JURÍDICA QUE NUESTRA LEGISLACIÓN PREVÉ PARA ESTOS EVENTOS y que se encuentra consagrada en el artículo 10 del decreto 720 de 1994.**

**SEGUNDO: De manera consciente, sin justificación alguna, inaplica la solución jurídica que el sistema tiene prevista de manera específica para los actos de las AFP que por omisión o falsa información causen perjuicio a los afiliados.**

A continuación, se analizan aspectos de estas dos afirmaciones.

1. **APOYO CONSTITUCIONAL EMANADO DE LA SENTENCIA C-1024 DE 2004 SOBRE LA RAZON DE SER DE LA LIMITACIÓN DE TRASLADO CUANDO FALTEN MENOS DE 10 AÑOS.**

Para garantizar la abierta competencia entre regímenes, la ley estableció la posibilidad de trasladarse libremente entre ellos, limitándola en la etapa final de la adquisición del derecho -inicialmente 5 años y posteriormente 10-.

Al analizar esa limitación la Corte Constitucional fue clara en explicar que **para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema de prima media** es necesario que los aportes de los afiliados estén a su disposición, de manera tal que se permita que la administradora haga las inversiones necesarias para obtener altas tasas de rentabilidad. En efecto se extraen los siguientes apartes de la sentencia C-1024 de 2004:

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

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

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

Permitir entonces, la declaración de ineficacia de traslados de personas que han estado largos años en el RAIS y a última hora perciben que, gracias a los subsidios del Régimen de Prima Media, su pensión podría ser superior en este a la que obtendrían en aquel, no solo es desconocer que la coexistencia de regímenes implica que ninguno de los dos es mejor o peor que el otro, sino también cohonestar con que algunas personas obtengan beneficios que no les corresponden y que se derivan de esfuerzos en los que no participaron, y cuyo otorgamiento -dada esa circunstancia- **puede llegar a poner en riesgo la garantía del derecho pensional para los actuales y futuros pensionados que si lo hicieron.**

**No resulta aceptable, bajo ninguna circunstancia que a pesar de existir esta limitación temporal expresa en la ley, que encuentra la explicación que atrás se acaba de dar, la jurisdicción, por el dudoso camino de insistir en una supuesta ineficacia del acto jurídico de la afiliación, vuelva ilimitado en el tiempo la posibilidad de retorno al régimen que a última hora mejor resulte a los intereses actuales del solicitante**. Y se afirma lo anterior porque la ineficacia a diferencia de la nulidad no tiene un tiempo que otorgue firmeza jurídica al acto, entonces bajo su amparo, el interesado, cuando ya potencialmente ha estado cobijado durante largos años por los beneficios del RAIS, a última hora, con pleno conocimiento de que su pensión en el RPM resulta de mayor cuantía, busca su retorno a este sistema en el que poco colaboró con sus aportes oportunos. Y se afirma que ese afiliado estuvo potencialmente cobijado por los beneficios del RAIS por cuanto no puede olvidarse que estuvo amparado por la garantía de pensión mínima 150 semanas antes que en el RPM, pues mientras en este ocurre a las 1300 semanas en aquel sucede a las 1150 semanas; no tuvo el límite del 80% del IBL como tope de su pensión; sus beneficiarios pudieron acceder a la devolución de saldos si él hubiera fallecido sin cumplir los requisitos para causar una pensión de sobrevivientes; Tuvo acceso a excedentes de libre disponibilidad; Pudo hacer aportes voluntarios para aumentar los saldos de la cuenta de ahorro individual; Gozó del privilegio de que, en caso de morir sin dejar beneficiarios de pensión de sobrevivientes, las sumas acumuladas en cuenta de ahorro individual hicieran parte de la masa sucesoral, etc.

1. **EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO ¿QUIEN ES LA PERSONA LLAMADA A RESPONDER POR LOS DAÑOS ANTIJURÍDICOS QUE CAUSE CON SU PROCEDER?**

El hecho que con anterioridad se haya afirmado que no procede la declaración de ineficacia no quiere decir que quien sienta que no se le ha dado la información necesaria, o que la que se le ha dado ha sido errónea, no tenga a su disposición los medios jurídicos para que se le resarza el perjuicio que con ello se le hubiere causado. En realidad, lo que no se puede permitir es que quien no causó el daño sea quien deba resarcirlo, como viene ocurriendo al declarar las ineficacias, pues a quien viene imponiéndose el resarcimiento de los perjuicios, por la vía de obligarlo al pago de unas mesadas en cuantía superior a la que el capital existente permite otorgar, es a COLPENSIONES, con grave detrimento de los legítimos intereses de todas las personas que fielmente han permanecido en el RPM, dada la descapitalización del fondo por el otorgamiento de pensiones sin el soporte financiero necesario. Situación que en últimas afecta gravemente el presupuesto nacional, pues como lo dispone el artículo 48 constitucional con las modificaciones que le introdujo el acto legislativo 01 de 2005, la nación es garante del pago de las obligaciones pensionales a cargo de Colpensiones.

Esas consecuencias patrimoniales a cargo de Colpensiones dejan en evidencia que la solución jurídica de declaración de ineficacia en estos eventos transgrede, no solo los artículos 2341 y 2343 del Código Civil que determinan que quien debe indemnizar el daño es quien lo cause, sino también el artículo 90 de la Constitución Nacional que dispone que “*el Estado únicamente responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.*

1. **LAS NORMAS VIGENTES QUE REGULAN LAS CONDUCTAS IRREGULARES DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES POR LOS ERRORES U OMISIONES EN LA INFORMACIÓN QUE CAUSEN PERJUICIO A QUIENES AFILIEN.**

**Tras las declaraciones de ineficacia se ha omitido estudiar, reconocer y aplicar las normas jurídicas que en realidad nuestro ordenamiento tiene expresamente establecida para esta clase de asuntos en el decreto 720 de 1994, que enseñan que, si en efecto las AFP incurrieron en engaños o malas asesorías para lograr la afiliación de personas que estaban en el RPM, son ellas las que deben asumir las consecuencias económicas indemnizatorias por el perjuicio que eventualmente hayan causado con ese proceder.**

Basta una lectura del decreto 720 de 1994 para concluir que es él el que regula la manera y las condiciones como las AFP pueden promocionar sus productos dentro del sistema general de pensiones, el personal que pueden utilizar para el efecto, pero sobre todo, explicita el decreto la responsabilidad que les asiste a esas entidades por los errores o las omisiones -que causen perjuicios- en que incurran las personas que se encarguen de la afiliación de los usuarios. Vale la pena mencionar el texto del artículo 10 del decreto en cita.

**“Artículo 10. RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES. Cualquier infracción, error u omisión -en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados- en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelante de sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones.”** (Negrillas y subrayas fuera del texto)

La norma no me deja duda alguna de que los errores u omisiones en la información que dieron las AFP pudieron causar daños a los afiliados que decidieron trasladarse, pero que la consecuencia jurídica de esas equivocaciones no corresponde trasladarla a Colpensiones, pues es claro el texto en determinar que la responsabilidad que se compromete es la de la AFP privada.

Es bueno hacer notar que se argumenta en ocasiones que Colpensiones no sufre daño con la declaración de ineficacia porque se le devuelve todo el dinero en cuenta de ahorro individual, sin percatarse quienes así discurren que los mismos hechos de múltiples demandas dan cuenta que con ese capital no es posible sino pagar pensiones de determinada suma de dinero, misma que precisamente se espera que por el traslado y sin soporte financiero alguno Colpensiones duplique o triplique. Siendo a veces tan aberrante la situación que, trasladado el capital a Colpensiones, este, prácticamente sirve solo para pagar el retroactivo pensional que la concesión de la pensión genera.

Para concluir debo decir que este desarrollo argumentativo no implica que las personas que sientan que fueron afectadas por falta de la debida información carezcan de acción en orden a defender sus derechos dentro del sistema general de pensiones por las conductas de los promotores de las AFP privadas, sino que se trata de otra acción con unas consecuencias jurídicas diferentes a las que se llega por el camino de la ineficacia utilizada por la mayoría de los integrantes de la Sala de Casación Laboral.

El anterior es mi sentir jurídico en estos casos, pero itero, me corresponde acatar el exhorto hecho por la Sala de Casación y por eso suscribí la sentencia.

Dejo así aclarado mi voto.

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado