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

Providencia: Sentencia del 19 de julio de 2022

Radicación No: 66001-31-05-001-2018-00544-01

Demandante: Elsa Victoria Riaño Castro

Demandado: Colpensiones y otro

Magistrado Ponente: Julio César Salazar Muñoz

**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, diecinueve de julio de dos mil veintidós

Acta de Sala de Discusión No 108 de 18 de julio de 2022

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por las demandadas **Protección S.A., Porvenir S.A**. y la **Administradora Colombiana de Pensiones** en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito el 11 de marzo de 2022, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de **Colpensiones**, dentro del proceso **ordinario laboral** promovido por la señora **Elsa Victoria Riaño Castro**, cuya radicación corresponde al N° 6001310500120180054401.

**AUTO**

(…)

**ANTECEDENTES**

Pretende la señora Elsa Victoria Riaño Castro que la justicia laboral declare la nulidad o ineficacia del traslado efectuado el 8 de noviembre de 2001 al régimen de ahorro individual, y consecuencialmente se declare válida y vigente la afiliación primigenia efectuada al régimen de prima media con prestación definida. Con base en ello, aspira que se condene a los fondos privados de pensiones demandados a girar la totalidad de los emolumentos a que haya lugar a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, lo que resulte probado extra y ultra petita, además de las costas procesales a su favor.

Refiere que: nació el 20 de noviembre de 1956; prestó sus servicios como empleada desde el 14 de noviembre de 1979, efectuando cotizaciones al antiguo Instituto de Seguros Sociales; se trasladó el 8 de noviembre de 2001 al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Santander hoy Protección S.A., pues un dependiente de esa entidad la persuadió señalándole que obtendría no solo una pensión más alta sino anticipada y con derecho a excedentes de libre disposición; que no se le explicó que el traslado al RAIS podía significarle la pérdida del régimen de transición, ni que la pensión de vejez podía ser inferior a la que le correspondería en el RPMPD.

Indica que el 26 de octubre de 2017 presentó ante la Administradora Colombiana de Pensiones solicitud de nulidad y/o traslado de régimen pensional, pero le fue rechazada por encontrarse a menos de 10 años de la edad de pensión y que pese a que interpuso los recursos de ley, la decisión fue confirmada; que mediante oficio del 27 de abril de 2018 Protección negó la solicitud de anulación del traslado, informándole que a los 61 años de edad posiblemente obtendría la garantía de pensión mínima.

Al contestar la demanda, la Administradora Colombiana de Pensiones se opuso a la totalidad de las pretensiones manifestando que, en el expediente no reposa documental alguna que permita entrever un posible vicio o error que conllevara a la indebida afiliación y que la AFP le brindó la oportunidad de elegir, lo cual garantiza que no fue vulnerado su consentimiento. En su defensa propuso como excepciones de fondo las que denominó: “*Inexistencia de la obligación demandada”, “Prescripción*” y “*Declaratoria de otras excepciones*”, (archivo 10 del expediente digital).

La AFP Protección S.A. contestó la demanda sosteniendo que en el formulario de afiliación por medio del cual se materializó el traslado al régimen de ahorro individual se dejó constancia expresa de que la selección se hacía de manera libre, espontánea y sin presiones, dando con ello cumplimiento a lo establecido en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, agregando además que se cumplieron los presupuestos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pues no se aportó prueba alguna que demostrara que se atentó contra la libertad de escogencia entre regímenes pensionales y mucho menos que la demandante hubiera sido engañada con relación al régimen de transición que pregona, por lo que la ignorancia de las leyes no puede servir de excusa, correspondiéndole a la parte actora estructurar el tipo de error que la afecta, sino también demostrar que no proviene de su propia culpa o imprudencia. Se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso las excepciones de mérito de *“Prescripción”, “Validez y eficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad”, “Buena fe y confianza legítima”, “Compensación”* e *“Innominada o Genérica*”, (ver archivo 15).

Mediante auto dictado el 2 de agosto de 2021, la juez de primer grado ordenó la vinculación de la AFP Porvenir S.A., quien dio respuesta a la demanda, oponiéndose igualmente a la totalidad de las pretensiones, sosteniendo que el acto jurídico que significó el traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad es completamente válido desde el punto de vista legal, pues cumplió con los requisitos mínimos contemplados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, indicando además que la entidad administradora de pensiones le informó a la demandante sobre la imposibilidad de determinar a priori el monto de la mesada pensional, por depender de variables y que en todo caso, para el momento del traslado de régimen y entre AFP´S, las proyecciones de la mesada pensional en el RAIS sí eran superiores a las proyectadas en el RPMPD, debido a las tasas de interés de aquel entonces, que eran mucho más elevadas a las actuales. En su defensa propuso como excepciones las de: “*Validez y eficacia de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento”, “Saneamiento de la eventual nulidad relativa”, “Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración en caso de que se declarare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS”, “Inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro previsional cuando se declara la nulidad o la ineficacia de la afiliación al RAIS”, “Pago”, “Compensación”, “Prescripción”, “Buena fe*” e “*Innominada o genérica*”, (archivo 53).

En sentencia de 11 de marzo de 2022, 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 que el fondo privado de pensiones Porvenir S.A. no cumplió con la carga probatoria que le incumbía en este proceso, al constatar que no le brindó la totalidad de la información que debía ponerle de presente a la afiliada Elsa Victoria Riaño Castro, esto es, las características de ambos regímenes pensionales con sus ventajas y desventajas, razón por la que decidió acceder a la ineficacia del traslado al RAIS surtido el 8 de noviembre de 2001s; motivo por el que declaró válida y vigente la afiliación primigenia efectuada al régimen de prima media con prestación definida por medio del Instituto de Seguros Sociales.

Como consecuencia de esas decisiones, condenó a la AFP Protección S.A. entidad a la que se encuentra afiliada actualmente la actora, a trasladar a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, la totalidad de las sumas de dinero provenientes de los aportes o cotizaciones efectuados al sistema general de pensiones, junto con sus intereses y rendimientos financieros.

Seguidamente condenó a los fondos privados de pensiones Porvenir S.A. y Protección S.A. a reintegrar a favor de Colpensiones, la totalidad de los dineros que descontaron a la afiliada por concepto de gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como los dineros destinados a financiar la garantía de pensión mínima, todo ello con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados.

Ordenó comunicar a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que, en caso de haber emitido el bono pensional, proceda a su anulación mediante un trámite interno. Condenó a la AFP Porvenir S.A. en costas procesales en un 100% a favor de la demandante, determinando a renglón seguido que, para la correspondiente liquidación que realice la secretaría del juzgado en el momento procesal oportuno, se deberá incluir la suma de $5´000.000 por concepto de agencias en derecho.

Inconformes con la decisión, los fondos privados de pensiones Protección S.A., Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones interpusieron recursos de apelación en los siguientes términos:

La apoderada judicial del fondo privado de pensiones Protección S.A. sostiene que no es jurídicamente procedente que se le ordene a esa entidad restituir las sumas descontadas a la afiliada durante su permanencia en ese fondo pensional por concepto de gastos o cuotas de administración, por cuanto esas sumas fueron cobradas por ministerio de la ley, lo que permitió que se administrara y gestionara adecuadamente la cuenta de ahorro individual de la señora Ledy del Carmen Parada Reyes, generando unos excelentes rendimientos financieros a su favor. Así mismo, estima que no es correcto que se condene a esa entidad en costas procesales, debido a que su actuar se ha ceñido al estricto cumplimiento de la ley, en aplicación del principio de buena fe.

Por su parte, la apoderada judicial de las AFP´S Porvenir S.A. y Protección S.A., manifestó que contrario a lo dicho en la sentencia recurrida, la demandante emitió su consentimiento libre, espontáneo y sin presiones cuando se afilió a Porvenir S.A., tal como da cuenta el formulario de afiliación, recibiendo toda la información que por ley correspondía, quedando además evidenciada la existencia de actos de relacionamiento a los que hace alusión la Corte Suprema de Justicia, al movilizarse la actora dentro de ese régimen pensional y permanecer afiliada en él por más de veinte años, ratificó su voluntad de pertenecer a él, pues no hizo uso del derecho de retracto ni del periodo de gracia, entre otros, y además tampoco cumplió con las obligaciones como consumidora financiera, razón por la que no se puede acceder a las pretensiones de la demanda.

A continuación, sostuvo que la razón por la que se promueve el presente ordinario laboral de primera instancia es netamente económica, ya que lo que pretende la demandante es regresar al RPM para posteriormente devengar una mesada pensional superior a la que puede financiarse con sus cotizaciones. Finalmente, considera que tampoco hay lugar a que se ordene la devolución de los gastos de administración, ni las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes a cargo de sus representadas, ya que esas sumas fueron descontadas por ministerio de la ley, situación que permitió la adecuada gestión de la cuenta de ahorro individual de la demandante, además de haberla protegida frente a los riesgos de invalidez y muerte; agregando que ordenar la devolución de esos rubros constituyen un enriquecimiento sin causa de la demandante y un detrimento patrimonial para los fondos privados de pensiones. Por lo anterior, solicita se revoque íntegramente la sentencia y se absuelva a los fondos de pensiones de la totalidad de las condenas, imponiendo costas a cargo de la demandante.

Por su parte, la apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones manifestó que de acuerdo con lo establecido en el artículo 10 del decreto 720 de 1994, la acción que debió elevarse en este caso era la resarcitoria de perjuicios y no la de nulidad o ineficacia del traslado elevada por la parte actora.

Así mismo, sostiene que en el curso del proceso quedó demostrado con la prueba documental aportada al proceso y con el interrogatorio de parte que absolvió la actora, que se le brindó la información que la ley exigía para el momento de su traslado de régimen. Trajo a colación el Decreto 720 de 1994 para hacer alusión al deber de información a cargo de las AFP, las infracciones y errores y omisiones de los promotores de éstas, así como las circulares de la Superintendencia Bancaria, para concluir que no es procedente acceder a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la demandante, agregando que la motivación de la actora para retornar al RPMPD obedece a un tema netamente económico. Sostuvo que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal establecida en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, concluyendo que se vulnera el principio de la sostenibilidad financiera de la Administradora Colombiana de Pensiones. Finalmente, solicita que en caso de que se confirme la decisión apelada, se adicione la sentencia imponiéndole a las AFP accionadas un término perentorio para que cumpla con las condenas emitidas en el proceso.

Al haber resultado afectados los intereses de la Administradora Colombiana de Pensiones, se dispuso también el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

**ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Conforme se dejó plasmado en la constancia emitida por la Secretaría de la Corporación, tanto la Administradora Colombiana de Pensiones como la demandante hicieron uso del derecho a presentar alegatos de conclusión en término.

En cuanto al contenido de los alegatos de conclusión remitidos, 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 la entidad recurrente coinciden con los expuestos en la sustentación del recurso de apelación.

Por su parte, el apoderado judicial de la parte actora solicitó la confirmación integral de la sentencia de primer grado.

**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 ostenta 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 de la señora Elsa Victoria Riaño Castro al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada el 8 de noviembre de 2001?***

***¿Con el movimiento ejecutado por la afiliada al interior del RAIS y su permanencia en ese régimen pensional durante más de veinte años, desapareció la asimetría en la información que se echa de menos en la presente acción?***

***¿Cuáles son las consecuencias prácticas de declarar las ineficacias de los traslados surtidos entre regímenes pensionales?***

***¿Les asiste razón a los fondos privados de pensiones cuando afirman que no es dable ordenar la restitución de los dineros que fueron cobrados por concepto de gastos de administración y primas de los seguros previsionales?***

***¿Qué decisión debe adoptarse ante la posibilidad de que se haya redimido un bono pensional a favor de la afiliada?***

***¿Existe algún inconveniente en torno a que el afiliado se encuentre a menos de diez años de arribar a la edad mínima de pensión prevista en el RPM?***

***¿Les corresponde a los jueces emitir un término perentorio para el cumplimiento de las sentencias?***

***¿Hay lugar a exonerar a la AFP Protección S.A. de la condena emitida en su contra por concepto de costas procesales?***

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 la actora 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; por lo que bajo esa única y exclusiva postura, no le asiste razón a la apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones cuando afirma que la acción que debió incoar la señora Elsa Victoria Riaño Castro era la resarcitoria de perjuicios prevista en el artículo 10 del Decreto 720 de 1994.

Resuelto lo anterior, lo primero que debe decirse es que si bien obran en el plenario dos formularios de afiliación suscritos el 8 de noviembre de 2001, uno, con la AFP Santander hoy Protección S.A. y otro con la AFP Porvenir S.A., lo cierto es que fue la solicitud de vinculación con esta última entidad, efectiva a partir del 1 de enero de 2002, la que materializó el traslado de la demandante al régimen de ahorro individual, tal como da cuenta el historial de vinculaciones del SIAFP (ver pág.8 y 9 del archivo 39), y el reporte de historia laboral emitido por Protección, del que se extrae que los aportes correspondientes a los ciclos de enero a mayo de 2002, aparecen en ceros con dicha entidad, y que fueron válidamente acreditados con Porvenir S.A., (ver pág.23 del archivo 15).

Precisado lo anterior, se observa que con la solicitud de vinculación No.01640777, (pág.64 archivo 53), la señora Elsa Victoria Riaño Castro se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad el 8 de noviembre de 2001 cuando se vinculó a la AFP Porvenir S.A., sin embargo, la 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 totalidad de la información sobre las consecuencias que conllevaba tomar esa decisión; viciándose de esa manera su consentimiento.

Conforme con lo señalado por la 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 8 de noviembre de 2001 (primera etapa).

En lo que concierne al formulario de afiliación, más allá de que en dicho documento se evidencia la rúbrica de la señora Elsa Victoria Riaño Castro en la casilla denominada “*voluntad afiliado*” 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 fue asesorado sobre todos los aspectos de este, especialmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de su decisión; lo cierto es que, según ha establecido 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, más aún que se trata de una rúbrica genérica impresa en los formatos de afiliación.

De otro lado, se tiene que obra en el proceso un escrito suscrito por la demandante, denominado “Anexo 1”, del cual se desconoce la fecha de elaboración, en el que aduce que recibió asesoría amplia y suficiente y que conoce las implicaciones del trasladarse al RAIS, y que es consciente de que por ser beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, goza de un tratamiento especial en el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez. Sin embargo, del contenido de dicho documento no es posible tampoco extraer cuál fue la información que le brindó la AFP Porvenir S.A., a la demandante al momento de efectuar el traslado de régimen pensional, a fin de establecer si la misma fue cierta, suficiente, comprensible y completa y concluir que existió verdaderamente un consentimiento informado, máxime que por ser la demandante beneficiaria del régimen de transición en razón de la edad, su traslado pensional tenía importantes repercusiones en el derecho a la pensión de vejez.

Ahora, en el interrogatorio de parte, la señora Elsa Victoria Riaño Castro sostuvo que no recuerda su vinculación con la AFP Porvenir S.A. y que solo con la demanda se enteró que estuvo afiliada. Sostuvo que en su vinculación laboral con la Contraloría Municipal de Ibagué recuerda que para posesionarse los funcionarios o secretarios le entregaron un cúmulo de documentos para firmar con las “equis” marcadas en los espacios donde debía hacerlo y que ella por la necesidad en el empleo ella se limitó a firmar sin leer, agregando que resulta llamativo que aparezcan dos formatos diligenciados en el mismo día en entidades distintas; que nunca recibió de manera individual ni colectiva algún tipo de asesoría por parte de agentes externos de la AFP Santander; que no hizo uso del periodo de gracia porque era ignorante en el tema y no se enteró ni preguntó; que si recibió algunos extractos en ING, que se acercó a las instalaciones de ésta a preguntar si se había acabado y a las de Protección a solicitar documentos. Finalmente aceptó que su motivación de retornar al RPMPD es la diferencia en la mesada pensional, pues considera que la remuneración baja que le ofrece el RAIS no compensa lo trabajado durante tantos años.

De otra parte, se escucharon las declaraciones de Lucía García García y de Luis Enrique Hoyos. La primera sostuvo que acompañó a la demandante a posesionarse a la Alcaldía Municipal y que, pese a que no la dejaron entrar con ella, sí se percató que le pasaban documentos para firmar, sin que observara la presencia de personal de los fondos privados en la oficina, agregando que sí iban algunas veces a hacer brigadas y entregar regalos. El segundo declarante por su parte, refirió que fue compañero de la demandante en la Alcaldía Municipal de Ibagué, pertenecientes a la Caja de Previsión Municipal, y que a partir del año 1995 recuerda que los afiliaron al Seguro Social. Relató que después de las visitas que les realizaron varios fondos privados, muchos de sus compañeros se trasladaron y que tal vez por mandato del alcalde se invitaba a estas entidades para que los empleados se pasaran. Adujo que los engañaron pues muchos les decían que se pensionaban antes del tiempo y que solo debían acumular plata, que no tenían que cumplir la edad. Agregó que era regular que cada dos años hicieran esas visitas y que desconoce en el caso de la demandante cómo fue su vinculación al fondo privado, pues por lo regular en la oficina de Talento Humano al momento de hacer posesión del cargo, entregaban la documentación sin preguntar a qué fondo o EPS quería pertenecer, pero que no sabe si en el caso de ella, le preguntaron donde quería estar.

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, ni del formulario de afiliación, ni del interrogatorio de parte absuelto por la demandante ni de las pruebas testimoniales recepcionadas en el curso del proceso, ni de ninguna de las pruebas documentales 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 expediente digitalizado que acredite que la asimetría en la información que se produjo el 8 de noviembre de 2001 dejó de prolongarse con el paso de los años, pues a pesar de que la accionante se movilizó dentro del RAIS cuando se afilió el 5 de junio de 2002 a la AFP Santander hoy Protección S.A., (pág.30 archivo 15), entidad en la que se encuentra actualmente vinculada y ha permanecido afiliada al RAIS por más de veinte años, efectuando cotizaciones al sistema general de pensiones a través de ese régimen pensional, la verdad es que ese fondo privado de pensiones tampoco acreditó haberle suministrado a la afiliada la información que la ley exigía para el momento en que decidió movilizarse hacía Santander hoy Protección S.A., pues aportó copia del formulario de afiliación, de la historia laboral de la actora y de los trámites constitucionales que esta debió adelantar para que la entidad le brindara respuesta a los derechos de petición que radicó, sin que ninguno de esos documentos dé cuenta de la información que le brindó a la afiliada al momento de su vinculación.

De otro lado, el hecho de pertenecer por tantos años a ese régimen pensional no es una situación que demuestre 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, ya que no existen pruebas en el proceso que demuestren que la demandante fue conociendo paulatinamente la totalidad de las características de cada uno de los regímenes pensionales que componen el sistema general de pensiones, sin que sus afirmaciones en torno a que no hizo uso del derecho de retracto o del periodo de gracia para retornar al RPMPD, o que recibió algunos extractos, contribuyan a dar por demostradas las aspiraciones de los fondos privados de pensiones, pues claramente tampoco demostraron que pusieron en conocimiento del afiliado esa información para que tomara una decisión consiente e informada.

Por lo expuesto, al no haberse demostrado que a la actora se le brindó la información que por ley correspondía y que su permanencia en el RAIS durante más de veinte años no hizo desaparecer la asimetría en la información producida el 8 de noviembre de 2001, indefectiblemente, conforme con lo sentado por la Corte Suprema de Justicia, no queda otro camino que confirmar la decisión emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito, consistente en declarar la ineficacia del acto jurídico por medio del cual la accionante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, y de manera consecuencial los movimientos ejecutados al interior de este régimen pensional, más concretamente hacia Santander hoy Protección S.A., por lo que todos los actos ejecutados dentro del RAIS carecen de validez; quedando válida y vigente la afiliación primigenia efectuada al régimen de prima media con prestación definida, así como los beneficios y prerrogativas de que era beneficiaria, como correctamente lo definió la *a quo.*

Así las cosas, al no tener ningún efecto jurídico el traslado efectuado por la señora Elsa Victoria Riaño Castro al régimen de ahorro individual con solidaridad, se confirmará la condena emitida por la *a quo* en contra de la AFP Protección -en la que se encuentra vinculada actualmente- consistente en girar a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones el capital existente en la cuenta de ahorro individual, proveniente de los aportes o cotizaciones al sistema general de pensiones, junto con sus intereses y rendimientos financieros, tal y como lo ha sentado la Sala de Casación Laboral 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 los gastos o cuotas de administración descontados por los fondos privados de pensiones durante la permanencia de los afiliados en esas entidades, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, como correctamente lo ordenó la falladora de primera instancia a los fondos privados de pensiones Porvenir S.A. y Protección S.A.; por lo que no le asiste razón a sus apoderadas judiciales cuando afirman en las sustentaciones de los recursos de apelación que no era procedente la restitución de estos emolumentos.

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 correcta resultó la decisión de la *a quo* consistente en condenar a las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A. a reintegrar a la Administradora Colombiana de Pensiones, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores que fueron cobrados al actor durante su permanencia en cada una de esas entidades y que estuvieron destinados a cancelar las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como los valores dirigidos 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 vinculación de afiliados al RAIS.

Al haber operado un traslado desde el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 8 de noviembre de 2001, se generó en favor de la señora Elsa Victoria Riaño Castro un bono pensional tipo A, ya que de acuerdo con la información vertida en la historia laboral allegada por Protección S.A, expedida el 30 de marzo de 2019, (pág.20 del archivo 15), la actora cotizó 718 semanas antes de trasladarse al RAIS, cumpliéndose de esa manera con lo previsto en el artículo 115 de ley 100 de 1993.

Como la señora Elsa Victoria Riaño Castaño nació el 20 de noviembre de 1956, como se aprecia de la copia de su registro civil de nacimiento visible en la página 22 del archivo 04, ese instrumento de deuda pública se redimiría normalmente el 20 de noviembre de 2016, fecha en que la accionante cumplió 60 años de edad; por lo que a pesar de que no existe prueba que demuestre el estado de ese bono pensional, lo cierto es que el artículo 17 del Decreto 1748 de 1995 dispone que esta clase de bonos se pagan dentro del mes siguiente a la fecha de redención (sin necesidad de solicitud previa), lo que conlleva a concluir que el mismo debió entrar a la cuenta de ahorro individual del demandante antes del 20 de diciembre de 2016; razón por la que, al tener que restituirse las cosas al estado en el que se encontraban antes del 8 de noviembre de 2001, al carecer de efectos jurídicos el traslado al RAIS ejecutado en esa calenda, se considera necesario adicionar la providencia de primer grado, en el sentido de condenar al fondo privado de pensiones Protección S.A. a que, en caso de haber recibido el pago del bono pensional en favor de la cuenta de ahorro individual de la actora, proceda a restituir la suma pagada por ese concepto a favor de la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público o a la entidad que corresponda, suma que deberá estar debidamente indexada, precisando que esa actualización del valor del bono pensional debe ser cancelada con los recursos propios de dicho fondo privado de pensiones, Protección S.A.

En ese sentido, se observa acertada resulta la decisión de la *a-quo*, en cuanto ordenó comunicar a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público la decisión adoptada en el presente caso, con el objeto de que tenga conocimiento de la orden impartida frente al bono pensional tipo A redimido y eventualmente pagado por parte de esa entidad a favor de la cuenta de ahorro individual de la accionante, y para que posteriormente, haciendo uso de trámites internos y a través de canales institucionales, ejecute todas las acciones pertinentes para retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban para el 8 de noviembre de 2001.

En torno al hecho consistente en que la accionante arribó 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 la demandante siempre ha estado afiliada 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 lo atinente al reclamo efectuado por la apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones relativo a que se adicione la sentencia de primer grado en el sentido de imponer un término perentorio para el cumplimiento de las órdenes emitidas en la sentencia, pertinente es recordar que de acuerdo con lo previsto en el artículo 302 del CGP, la decisión adoptada en las sentencias judiciales deben cumplirse a partir del momento en el que quedan debidamente ejecutoriadas, sin que le sea dable al juez conceder términos adicionales que no están contemplados en la ley; motivo por el que no resulta procedente adicionar la providencia objeto de estudio en los términos solicitados por la entidad recurrente.

Respecto a la condena en costas emitida en el curso de la primera instancia en contra de Porvenir S.A., el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece que *“se condenará en costas a la parte vencida en el proceso”*, lo que permite concluir que, de acuerdo con el resultado arrojado en el proceso, el cual fue desfavorable a sus intereses, le correspondía a la *a quo* emitir condena en su contra por dicho concepto, la cual encuentra debidamente ajustada a derecho esta Corporación.

Ahora, más allá de que no hubo ninguna queja en contra de la fijación de las agencias en derecho efectuada por la falladora de primer grado en la sentencia objeto de estudio, lo cierto es que el Tribunal no puede pasar por alto esa situación, en consideración a que con dicho proceder se contraría el diseño procesal vigente, por cuanto esa no era la oportunidad para adelantar dicha actuación, por cuanto el artículo 366 del CGP establece que **ese es un trámite que se realiza de manera concentrada en el juzgado que conoce el proceso en primera instancia, y solamente procede su liquidación una vez quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso**, por lo que de conformidad con lo dispuesto en la norma en cita, improcedente resultó la decisión de la *a quo* consistente en fijar el valor de las agencias en derecho en la sentencia de primera instancia, ya que ese trámite solo es válido adelantarlo cuando quede en firme la providencia que ponga fin al proceso, lo cual aún no ocurre; razón por la que se excluirá del ordinal octavo de la resolutiva de la sentencia, la fijación de agencias en derecho, por no ser la sentencia el acto procesal que la ley tiene dispuesto para que el juez haga tal determinación.

Como quiera que en la sentencia STL10364-2020 la Sala de Casación Laboral instó a esta Sala a tener en cuenta que la condena en costas se debe fulminar con independencia de los factores subjetivos que pudieren existir en favor de la persona que resulte vencida o de aquella a quien se resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, las costas en esta instancia corren a cargo de las entidades recurrentes en un 100% y por partes iguales, a favor de la demandante.

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. ADICIONAR** un ordinal a la sentenciaproferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito, en el sentido de **CONDENAR** a la AFP Protección S.A.  a que, de haber recibido el pago del bono pensional en favor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, proceda a restituir la suma pagada por ese concepto a la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO o la entidad que corresponda; suma que deberá ser indexada, precisándose que esa actualización del valor del bono pensional debe ser cancelado con su propio patrimonio.

**SEGUNDO. EXCLUIR** del ordinal OCTAVO de la referida sentencia apelada, la fijación de agencias en derecho, por no ser la sentencia el acto procesal que la ley tiene dispuesto para que el juez haga tal determinación.

**TERCERO. CONFIRMAR**la sentencia en todo lo demás.

**CUARTO. CONDENAR**en costas en esta instancia a las entidades recurrentes 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 CALDERON**

Magistrada

**GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**

Magistrado

Radicación No: 66001-31-05-001-2018-00544-01

Demandante: Elsa Victoria Riaño Castro

Demandado: Colpensiones y otro

Tema: Cumplimiento a exhorto de la Sala de Casación.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

Julio 21 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