

Código Único de Identificación: 11 001 31 050362018000121-01
Demandante: FRANCISCO DE PAULA NICHOLLS CORREA
Demandado: COLPENSIONES, PROTECCIÓN, Y COLFONDOS S.A

335

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de julio de dos mil veinte (2020).

Discutido y Aprobado según Acta No 002

I. ASUNTO

Se decide los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos y estudiar en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de septiembre de 2019 dentro del proceso ordinario laboral que FRANCISCO DE PAULA NICHOLLS CORREA promoviese contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A, y PROTECCIÓN.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la ineficacia o en subsidio la nulidad del traslado del actor del régimen de prima media con prestación definida al RAIS, y sus posteriores cambios entre fondos privados, esto es, de Citi Colfondos hoy Colfondos S.A a Protección, y su retorno a Colfondos S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se ordene a Colfondos S.A trasladar al demandante junto con su saldo de la cuenta de ahorro individual de ahorro pensional y rendimientos; y a Colpensiones a recibirlo y tenerlo como afiliado desde el 20 de noviembre de 1984.

Subsidiariamente, solicita que se declare la nulidad del traslado.

Se edifica el documento introductor y de forma principal, en la presunta falta de información que no suministró el fondo privado y en los engaños en que se valió para inducir en error al actor, al momento de efectuarse su traslado.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

Código Único de Identificación: 11 001 31 050362018000121-01
Demandante: FRANCISCO DE PAULA NICHOLLS CORREA
Demandado: COLPENSIONES, PROTECCIÓN, Y COLFONDOS S.A

Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción), expone, en síntesis, que en el expediente no obra prueba alguna de la que se pueda establecer que se está en presencia de un error, de inconformidad por parte del demandante, y de constreñimientos o presiones indebidas.

Indica que, el demandante no cumple los requisitos de la SU-062 de 2010 para retornar al régimen de prima media con prestación definida; y que la decisión del actor de trasladarse fue libre, espontánea y voluntaria.

Expresa que, al momento de solicitarse el retorno a Colpensiones, el accionante le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad pensional.

Apunta que, no el actor no hizo uso del derecho de retracto, se encontraba al momento de traslado frente a una mera expectativa por cuanto apenas tenía 37 años, y que no es beneficiario del régimen de transición.

Señala que, el error presentado no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto, por no tratarse de un error dirimente, por demás que el plazo para solicitar la rescisión es de 4 años y hubo ratificación en caso de existir nulidad, en la medida que, al ejecutarse de manera voluntaria el contrato y ha consentido los descuentos a pensión por parte del fondo privado.

Aduce que, la Corte Suprema de Justicia ha cobijado a personas beneficiarios del régimen de transición, que estaban cercanos a cumplir la edad para pensionarse, y a quienes tenían una expectativa legítima de pensión, aspectos de los que no goza el actor.

Finalmente manifiesta que, la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado afecta gravemente el principio de sostenibilidad financiera.

Colfondos S.A se opuso a las pretensiones incoadas en la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción), adujo, en síntesis, que su fuerza comercial pone de presente las características del RAIS, señalando la posibilidad que se tiene de optar por una pensión en una edad anticipada cuando se acumula un capital del 110% de un salario mínimo, el beneficio de la pensión de garantía mínima, de obtener los excedentes de libre disponibilidad, el factor de herencia del capital acumulado en la cuenta, devolución de saldos, modalidades, e implicaciones de la elección de fondo.

Refiere que, para 1998, época de la afiliación era imposible prever el valor de la mesada pensional, pues esta depende de varios factores tales como, la edad temprana, beneficiarios, expectativa de vida, saldo en la cuenta, aportes voluntarios, y las directrices de la Superintendencia Financiera y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para liquidarla.

337

Código Único de Identificación: 11 001 31 050362018000121-01
Demandante: FRANCISCO DE PAULA NICHOLLS CORREA
Demandado: COLPENSIONES, PROTECCIÓN, Y COLFONDOS S.A

Indica, que la obligación de realizar un comparativo financiero o de monto de la mesada entre ambos regímenes no existía al momento de la afiliación surge en 2014 con la Ley 1748 de 2014; que las Resoluciones 1555 de 2010 y 3099 de 2015 cambiaron las formas de calcular la pensión en una cuenta de ahorro individual, lo que no constituye una omisión al deber de información.

Expone que, al actor se le realizaron proyecciones verbales de mesada pensional en ambos regímenes, de acuerdo con la normatividad vigente para la época, haciéndose unos estimativos del valor de las mesadas pensionales.

Manifiesta que, la accionante plasmó en el formulario de afiliación su voluntad libre, voluntaria y sin presiones, firmando la solicitud de traslado al RAIS, sin que fuera su obligación dejar constancias adicionales, ya que, no existía ese deber. Por tanto, cumple con todos los requisitos de validez y eficacia, sin que existiera presión o engaño para su suscripción.

Explica que, la idea que el ISS "se iba a acabar" era una idea generalizada que existía en la sociedad que se difundió a través de rumores y de noticias como la que fue publicada en el periódico El Tiempo "El Seguro Social, en Quiebra".

Menciona que, el error de derecho no vicia el consentimiento; el error de hecho no existe, dado que se brindó la correspondiente información; no es posible retrotraer las normas para que se aplique a situaciones pasadas, como la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2555 de 2010, la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015, y la Circular 016 de 2016, de la que surge el deber de la doble asesoría.

Finalmente expresa que, no es posible aplicar el precedente de la Corte Suprema de Justicia e invertir la carga de la prueba, ya que, el actor no se encuentra pensionada ni cobijado por el régimen de transición; y que el hubo una convalidación, como quiera que no se demandó el acto dentro de los 3 o 4 años siguientes de su celebración.

Colfondos S.A., se opuso a las pretensiones incoadas en la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción), señala, en síntesis, que el traslado de la actora obedeció a una manifestación de voluntad libre e informada.

Señala que el actor, se encontraba afiliado al ISS, por lo que no se encontraba obligado a permanecer 3 años en dicha entidad, luego de la entrada en rigor de la Ley 100 de 1993.

Indica que, capacitan debidamente a sus asesores para que estos entreguen la información requerida a los potenciales clientes, exponiendo las implicaciones, características (garantía de pensión mínima, monto de la pensión y tasa de reemplazo

Código Único de Identificación: 11 001 31 050362018000121-01
Demandante: FRANCISCO DE PAULA NICHOLLS CORREA
Demandado: COLPENSIONES, PROTECCIÓN, Y COLFONDOS S.A

en el régimen de prima media, y modalidades de pensión), ventajas y desventajas, para que estos tomen su decisión de cambio, lo que se llevó a cabo de manera verbal.

Señala que, informó la fecha de redención del bono pensional.

Dice que, el formulario de afiliación fue suscrito por el actor conforme al Decreto 692 de 1994, y que cualquier falencia de este, quedó subsanada, por demás que no hizo uso del derecho de retracto.

Finalmente, manifiesta que, hizo avisos en prensa con destino a todos sus afiliados con el fin de informar sobre la entrada en rigor de la Ley 797 de 2003 y el Decreto 3800 de 2003, y del año de gracia para efectuar el traslado; que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento; que la rescisión del contrato se debe pedir en un término de 4 años conforme a normatividad civil, y de 3, según la laboral.

3. Providencia recurrida

La A quo dictó sentencia condenatoria:

PRIMERO. - DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por el actor el 01 de noviembre de 1994 del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.

SEGUNDO. - CONDENAR a Colfondos S.A a trasladar a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, que incluyan cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos, sin que sea posible descontar suma alguna por mesadas, gastos de administración o cualquier otra

TERCERO. - DECLARAR no probada la excepción de prescripción

En síntesis, refirió que está acreditada la afiliación del accionante a Colfondos desde octubre de 1994, existiendo desde tal época el deber de información cierta, veraz, y oportuna, de conformidad con el Estatuto Orgánico Financiero, lo que fue desarrollado más a fondo en el Ley 795 de 2003, en la Ley 1328 de 2009, la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015, y la Circular 016 de 2016.

Expone que, existe una postura consolidada por parte de la Corte Suprema de Justicia que tiene como derroteros una inversión de la carga de la prueba correspondiéndole al fondo privado demostrar que cumplió con el deber de información; que no es relevante si el afiliado es o no del régimen de transición o si contaba con una expectativa legítima; que el momento a estudiar es la del traslado inicial sin importar reasesorías; que no se sana la falta en el deber de información por el paso del tiempo; que no es necesario demostrar un perjuicio; y que la consecuencia es la ineficacia o exclusión de todo efecto jurídico del traslado.

Código Único de Identificación: 11 001 31 050362018000121-01
Demandante: FRANCISCO DE PAULA NICHOLLS CORREA
Demandado: COLPENSIONES, PROTECCIÓN, Y COLFONDOS S.A

Señala que, la ineficacia genera la devolución del bono pensional y aportes con sus rendimientos, empero que, sobre los gastos de administración no hay lugar a ellos.

Finiquita expresando que, al estar frente a un derecho conexo a la pensión es imprescriptible, siendo afectadas únicamente las prestaciones periódicas, como mesadas.

4. Argumentos de los Recurrentes

Colfondos S.A. Adujo que, del artículo 104 de la Ley 100 de 1993 se puede colegir que por permanecer el accionante en el RAIS, se han generado rendimientos de sus aportes, por lo que, de prosperar la ineficacia, lo procedente sería la devolución de estos, pues de tener dichas cotizaciones en el régimen de prima media no se hubiese visto beneficiado por ellos.

Por su parte **Colpensiones**. Expone que, de las pruebas aportadas al proceso se puede evidenciar que el actor suscribió formulario de afiliación de forma libre y voluntaria, tal y como se lo dijo en interrogatorio de parte, donde también expuso que había asistido a conferencias donde recibió información del RAIS, que su profesión era la de Contador por lo que tenía conocimiento del funcionamiento de las pensiones, por demás que informó en la demanda haber sido analista financiero.

Concluye indicado que, el actor se trasladó entre APF en 4 oportunidades, ratificando su permanencia en el RAIS; que no es beneficiario del régimen de transición, lo que no permite que se active la carga dinámica de la prueba; que el deber de buen consejo tan solo nació en 2009, y el de doble asesoría en 2014; y que el demandante pretende retornar cuando está inmerso en la prohibición de hacerlo, esto es, cuando faltan menos de 10 años para cumplir la edad pensional.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 26 de noviembre de 2019, se admite el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por apoderados de ambas partes, quienes reiteraron lo precisado en demanda y contestación así como en los recursos presentados.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Código Único de Identificación: 11 001 31 050362018000121-01
Demandante: FRANCISCO DE PAULA NICHOLLS CORREA
Demandado: COLPENSIONES, PROTECCIÓN, Y COLFONDOS S.A

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como problema jurídico por resolver el siguiente:

¿Deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

Tesis

Revocar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala mayoritaria a consentir en ello.

INEFICACIA DEL TRASLADO

Dentro del presente diligenciamiento, claro es que el 05 de octubre de 1994 el demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de Colfondos (fl. 68) a efectos de trasladarse de régimen pensional, pues anteriormente se encontraba cotizando al ISS.

Ahora bien, previo a resolver es menester precisar, en relación con la posibilidad de traslado de régimen, que el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, vigente para la época del traslado realizado por el actor, 05 de octubre de 1994 (fl. 68), prescribía que los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, este último aparte citado textualmente, fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1024 de 2004, “exclusivamente por el cargo analizado en esta oportunidad y bajo el entendido que las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden regresar a éste -en cualquier tiempo-, conforme a los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

De cara a lo anterior, a folio 65 fue allegada copia del documento de identidad del actor en donde se aprecia que nació el 01 de agosto de 1955, por lo que al momento de entrada en vigencia del régimen de la Ley 100 de 1993– para su caso 1° de abril de 1994 – contaba con 38 años, 8 meses y 1 día, así como reportaba un aproximado de 182 semanas cotizadas al ISS (fl. 67).

Así, es fácil constatar que el actor no contaba con los 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, según las probanzas incorporadas al plenario se itera, contaba con un aproximado de 182 semanas de cotización, equivalente a 3.49 años y teniéndose en cuenta los periodos que aparecen acreditados a folio 73, de febrero de 1986 a diciembre de 1991, equivalente a 310,71 semanas (5.95 años), un máximo de 9,44 años (492,71), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Frente al particular, debe recordarse que la mentada sentencia dispuso: “(...) En tal medida, la Corte establecerá que los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 resultan exequibles en cuanto se entienda que los incisos no se aplican a las personas que tenían 15 años o más de trabajo cotizados para el momento de entrada en vigor del sistema de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, conforme a lo dispuesto en el artículo 151 del mismo estatuto. (...)”, con lo que para poder afirmar que una persona se encuentra cobijada por el régimen de transición, en casos como el que nos ocupa, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tendría que tener 15 o más años de servicios cotizados, lo que se itera, no acontece con el señor Nicholls Correa.

No obstante estar el actor inmerso en tal escenario, pretende la declaratoria de ineficacia del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de Colfondos el 05 de octubre de 1994 (fl. 68), a efecto de permanecer afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con fundamento en que al momento de realizar dicho traslado, la entidad Colfondos, no realizó proyección pensional, ni brindó información suficiente, amplia ni oportuna que le permitiera conocer al accionante las consecuencias, implicaciones y desventajas que le traía el traslado de régimen.

Sobre el tópico, no desconoce esta Sala de Decisión la fecunda jurisprudencia de nuestro máximo órgano de cierre, quien ha sostenido lo anteriormente reseñado. V.gr. en la Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011, en la cual se ratificó lo señalado en Sentencia con Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y donde se reitera la necesidad de que se brinde información suficiente y veraz sobre las consecuencias de un traslado.

Sin embargo, se debe advertir que, los asuntos allí tratados difieren sustancialmente de este, encontrándose los afiliados en cada caso, en circunstancias muy distintas respecto del sistema pensional, en la última citada, cuando el afiliado se

trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual, contaba 58 años y 1286 semanas cotizadas, por lo que consideró la Alta Corporación que era *“claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos”* y que era *“evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición”*; y además en todos estos asuntos, se acreditó que la información dada por los fondos no fue veraz, pues se allegaron proyecciones que no se encontraban acordes con la realidad, acreditándose la inducción al error por parte del asesor del fondo, que determinó el traslado.

Ante ello, es un deber inexorable de esta Corporación, el analizar caso a caso los asuntos de ineficacia de traslado, como quiera no todos resulta ser idénticos en supuestos fácticos de cara a dar a aplicación a la Doctrina Probable.

Puestas de este modo las cosas, en primer término, debemos recordar que el artículo 112 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 5 del Decreto 692 de 1994, establecen en cabeza del afiliado la posibilidad de elección, y es tan así que expresamente señala *“Las personas que cumplan los requisitos para seleccionar el régimen de ahorro individual con solidaridad no podrán ser rechazadas por las administradoras del mismo”*. Lo que se acompasa con el inc. 1º del art. 114 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 11 del Decreto 692 de 1992. El primero, impone como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladen al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que deben entregar una comunicación escrita, donde conste que la selección ha sido libre, espontánea y sin presiones; y el segundo, indica que:

“La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;

- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado."

Adicionalmente, no puede perderse de vista que el inciso séptimo del prementado artículo 11 del Decreto 692 de 1994 permite que el formulario de afiliación contenga la leyenda preimpresa de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones. Al respecto, la norma en cita a la letra indica: "(...) Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse de régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en ese sentido. (...)"

Por su parte, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 dispone que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Finalmente habrá de recordarse esa norma consignada en el literal b del artículo 11 de la Ley 1328/2009 y que realmente, resulta ser aquella que desarrolló en un primer momento, lo que como hoy conocemos ese deber de asesoría, en el caso que estudia esta Sala no se encontraba vigente al momento de efectuarse el traslado. Recordemos, ella sólo inició su vigencia el 01 de julio de 2010, según lo dispuso el artículo 101 del mismo texto legal.

Teniendo claro lo anterior, se tiene que en el caso objeto de estudio, esas obligaciones generales y especiales que aparecen narradas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y a cargo de los Fondos de Pensiones – normas vigentes al momento del traslado-, relativas al deber de información para con sus afiliados, se suple con aquellas previsiones que por demás aparecen aceptadas por el propio demandante al momento de suscribir el formulario de afiliación al fondo privado da cuenta el folio 68 del plenario, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad "libre, espontánea y sin presiones".

El anterior escenario, también quedó ratificado al efectuarse traslados y suscribirse los correspondientes formularios de afiliación a Colmena AIG hoy Protección el 09 de junio de 1998 (fl.209), e ING Pensiones y Cesantías el 01 de abril de 2000, y a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A el 16 de abril de 2004, entidades a las que se vinculó, tal y como se constata de la documental de folio 210.

Código Único de Identificación: 11 001 31 050362018000121-01
Demandante: FRANCISCO DE PAULA NICHOLLS CORREA
Demandado: COLPENSIONES, PROTECCIÓN, Y COLFONDOS S.A

Se itera, desde el punto de vista de esta Sala de Decisión no todos los asuntos referidos a ineficacias de traslado deben decidirse de forma positiva a quien se limita a referir que “no fue informado suficientemente”. Consentir en ello, es prácticamente otorgar una patente de corso a quien ha convenido en un acto jurídico – legal le sea suficiente alegar un vicio del consentimiento, para que de forma inmediata pierda efecto lo que en su momento fue acordado y conocido.

Y es de cara a lo narrado, que surgen una serie de interrogantes tales como: (i) En el presente asunto al momento del traslado ¿qué tipo de efecto nocivo puede causarse al accionante quien contaba con 39 años, había cotizado un poco más de 492,71 semanas en el ISS y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?, por demás, (ii) durante más de 23 años se benefició de aquellas prerrogativas que otorgaba el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pero es hoy cuando desde su punto de vista no le resulta beneficioso y (iii) **en interrogatorio de parte da muestras de conocer el funcionamiento del RAIS, aunado que tiene una profesión que le permite tener conocimiento financiero.**

En efecto, en este asunto, adquiere una mayor connotación lo plasmado en el formulario de afiliación suscrito por el demandante y que obra a folio 68 sin que sea argumento para esta Sala de Decisión la desidia que se alega por este extremo procesal, máxime cuando en interrogatorio de parte el accionante **confesó** que era Contador Público, que trabajaba en el área de presupuesto, y que toda su vida había laborado en compañías petroleras. Además, expone que asistía a reuniones de fondos privados, que no leyó a profundidad el formulario de afiliación, que la razón más importante por la que se cambiaba de fondos privados era la posibilidad que se emitiera su bono pensional, que sabía que el ISS se iba a acabar, y que firmó de libre y voluntariamente el citado formulario de afiliación.

Finalmente, es un argumento adicional a lo anterior, el precisar que podría pensarse que es plausible acudir a la ignorancia de la ley como excusa, en efecto es el artículo 60 de la Ley 100 de 1993 el que expone cuáles son las características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de manera que, pregonar que ellas no fueron informadas claramente es acudir al desconocimiento a lo que ha sido adoptado por el legislador. Y en el caso en estudio, fueron doblemente puestas en conocimiento de la parte actora, quien motu proprio, decide mantenerse en un fondo privado.

Ahora bien, menester resulta indicar que además estas consideraciones no resultan caprichosas, y por el contrario encuentran asidero en las Aclaraciones de Voto de las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, y SL4426-2019, dictadas por los H. Magistrados Jorge Luis Quiroz Alemán y Rigoberto Echeverri Bueno.

El H. Magistrado, Rigoberto Echeverri Bueno expuso que, la ineficacia del traslado no puede predicarse respecto de todos los casos, de manera automática e inconsulta, sino que es necesario la ocurrencia de un perjuicio claro, cierto, y específicamente

Código Único de Identificación: 11 001 31 050362018000121-01
Demandante: FRANCISCO DE PAULA NICHOLLS CORREA
Demandado: COLPENSIONES, PROTECCIÓN, Y COLFONDOS S.A

determinable para el afiliado en el momento que se produjo el traslado, como cuando se pierde el régimen de transición sin ser advertido ello, o cuando se compromete ostensible o inconscientemente el nacimiento de un derecho pensional.

Así mismo, explicó que las barreras informativas respecto de la naturaleza y variables de cada régimen, e ignorar las consecuencias jurídicas de la decisión de trasladarse, así como el correlativo deber de cada administradora de pensiones de subsanarlo a partir de suministrar información clara y suficiente no puede ser medido con el mismo rasero en todos los casos, pues si bien existen casos en que se toma la decisión por parte del afiliado de forma inconsciente y maquinal, hay otros, en los que no se evidencian perjuicios que se deriven del momento en que se adoptó la decisión de traslado, pues no se produce un efecto cierto o por lo menos determinable en ese momento; perjuicios que sea dicho no se observan cuando el accionante decidió su traslado el 05 de octubre de 1994.

Por su parte, y de una forma más amplia el H. Magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán, luego de hacer un estudio de las características propias del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y Régimen de Prima Media con Prestación Definida, así como de las razones o móviles de su creación, expone que sólo los afiliados que perdieron el régimen de transición son aquellos que pueden sufrir un daño en su expectativa pensional, lo que se puede deducir del Decreto 1642 de 1995, que permitió el retorno de afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida hasta el 01 de julio de 1996, con el ánimo de conservar su expectativa; criterio que sea dicho de paso, resulta consecuente con el literal e) del artículo 2º de la Ley 797 de 2003 que concedió un año de gracia para trasladarse entre regímenes sin importar los términos de permanencia, así con la referida sentencia C-789 de 2002 y la expedición del Decreto 3800 de 2003, norma que consintió el retorno de beneficiarios del régimen de transición que tenían al 01 de abril de 1994, 15 años de servicios, lo que también fue objeto de desarrolló por la H. Corte Constitucional, a través de las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013, salvaguardando únicamente intereses de los beneficiarios del régimen de transición.

Del mismo modo, sustenta que fue el cambio de legislación que se produjo con la Ley 797 de 2003, al imponer la limitación de trasladarse respecto de aquellos que les faltare menos de 10 años para cumplir la edad para acceder a la pensión rompió el equilibrio previsto en la ley 100 original, y en tal sentido, fue tal situación la que conllevó graves consecuencias para los afiliados, y no el deber de información.

De igual manera, advierte que se debe determinar la causa que genera la ineficacia del traslado para establecer sus efectos, ya sea inexistencia del acto, nulidad absoluta debidamente declarada por el juez, nulidad relativa que no se saneó, e inoponibilidad, las que respectivamente y en su orden tendrían como consecuencia: que el acto no produzca efectos jurídicos, volver las cosas al estado en el que se encontraban antes de la celebración del acto jurídico, saneamiento por el paso del tiempo o la ratificación del interesado, y dejar sin acción a los interesados.

Código Único de Identificación: 11 001 31 050362018000121-01
Demandante: FRANCISCO DE PAULA NICHOLLS CORREA
Demandado: COLPENSIONES, PROTECCIÓN, Y COLFONDOS S.A

En ese sentido, considera que la alta Corporación mal podría afirmar, de forma categórica que, la consecuencia de la ineficacia del traslado en todos los casos, “implica privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al RPMPD”, cuando se observa particularidades que podrían conllevar a consecuencias jurídicas distintas, tales como: la suscripción de un formulario de afiliación de forma libre, voluntaria y espontánea, que conforme a lo expuesto, a lo largo de esta providencia, obligaba al fondo privado a su recepción; es la ley la que establece cuales son las características del RAIS; y se desconocía para el momento del traslado, 23 años atrás, la mesada que le correspondería al accionante por concepto de pensión de vejez.

Aunado a ello, establece que es necesario observar desde el punto de vista de la acción identificar la causa de la ineficacia del acto, como lo sería el contexto en el que el mismo se celebró, esto es, si hubo o no desidia del afiliado, o si obró ilicitud en el objeto, aspectos que son abordados a través de diferentes hipotéticos.

Del mismo modo, rememora el H. Magistrado que las razones que llevaron a condicionar la escogencia del régimen y establecer una limitación de trasladarse entre regímenes dentro de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad son de orden financiero, que las consecuencias del traslado ya han sido abordadas en sentencias de constitucionalidad, y que se debe evaluar principios constitucionales como la seguridad jurídica y la sostenibilidad financiera; este último que conforme a los lineamientos de la sentencia SU-140 de 2019, impone el deber de inaplicar las decisiones que le sean contrarias por ser adversas a los principios de universalidad y de solidaridad que desarrolla la Ley 100 de 1993.

Siguiendo entonces este orden de ideas, no se verifica ningún vicio del consentimiento, toda vez que, conforme a lo dispuesto en el art. 1509 del CC, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, y no se acreditó que el demandante en el momento de celebrar el acto jurídico de vinculación al régimen de ahorro individual, hubiese podido incurrir en error de hecho, al considerar que se encontraba celebrando un acto jurídico distinto, según lo previsto en el art. 1510 *ídem*.

Tampoco se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en el demandante para su afiliación, por parte de la AFP, en consonancia con el art. 1515 del CC, pues de las afirmaciones efectuadas en los hechos de la demanda, y al absolver interrogatorio de parte, el accionante era Contador Público, trabajaba en el área de presupuesto, y toda su vida había laborado en compañías petroleras. Además, expuso que asistía a reuniones de fondos privados, que no leyó a profundidad el formulario de afiliación, que la razón más importante por la que se cambiaba de fondos privados era la posibilidad que se emitiera su bono pensional, que sabía que el ISS se iba a acabar, y que firmó de libre y voluntariamente el citado formulario de afiliación.

Código Único de Identificación: 11 001 31 050362018000121-01
Demandante: FRANCISCO DE PAULA NICHOLLS CORREA
Demandado: COLPENSIONES, PROTECCIÓN, Y COLFONDOS S.A

las pensiones respecto de las cuales no se ha producido el hecho que las causa; que las condiciones de afiliación a un de régimen son un asunto de orden legal y no constitucional.

...
CONCLUSIONES II.

Bajo las anteriores premisas es posible concluir: Que la competencia para imponer las sanciones previstas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 está asignada a las instancias administrativas allí señaladas; que la sanción prevista es la multa y dejar sin efecto la afiliación para que el interesado realice una nueva; que las sanciones aquí previstas solo la pudo establecer el legislador en ejercicio de sus competencias; que en aplicación del debido proceso la sanción debe existir de manera previa al hecho que la origina; que en virtud del principio de legalidad no pueden aplicarse sanciones recurriendo a la analogía, ni remitirse a normas sancionatorias que regulen otros casos; que no pueden aplicarse las normas fraccionadamente y construirse una tercera que favorezca el derecho del accionante, que hay norma expresa sobre la responsabilidad que compete a las AFP por los perjuicios cometidos por la acción u omisión de sus agentes, y, que las sanciones deben ser aplicadas en la forma prevista en la Ley.

...
CONCLUSIONES III.

De lo expuesto resulta fundado concluir que:

La estructura de la norma contendida en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, al proteger el derecho a la libre elección de régimen pensional, señalar las autoridades competentes para hacerlo efectivo y disponer sus consecuencias jurídicas, impone su aplicación sin fraccionamiento alguno y hace improcedente acudir a estatutos distintos, como el civil y el comercial para determinar sus efectos.

Los principios constitucionales plasmados en el artículo 29 de nuestra Carta Política y los legales consagrados en el estatuto de seguridad social, refrendados en un millar de sentencias de nuestra Sala de Casación Laboral, sustentan la conclusión anterior, porque han pregonado el principio de inescindibilidad en la aplicación de las normas; la imposibilidad de tomar de una y otra norma lo que convenga a la pretensión del accionante, para dar paso a una tercera construida por el juez con tal propósito; todo lo cual debe cumplirse con mayor rigor cuando se trata de normas de carácter sancionatorio.

...
CONCLUSIONES IV.

Por lo expuesto resulta sustentado afirmar: Que Las normas de seguridad social son suficientes para juzgar las pretensiones de ineficacia de la afiliación, deben ser aplicadas conforme a los mandatos del debido proceso en especial en aplicación de los principios de inescindibilidad, irretroactividad de la ley, integración y remisión, contenidos en las normas y jurisprudencias citadas; que la ineficacia de la afiliación produce efectos a cargo de quien incurrió con su acción u omisión en la causación de un perjuicio, en este caso a cargo de la respectiva AFP; que no puede atribuirse efecto ni resarcimiento alguno a cargo de un sujeto que no intervino ni en la decisión del afiliado de trasladarse de régimen ni en el acto de afiliación, ni mucho menos en la deficiente información invocada; que resulta trascendente juzgar el acto de afiliación de manera oportuna, ya que el aporte de la cotización en un sistema de reparto simple, cumple su objetivo de contribuir al pago de las pensiones ya causadas, si se hace oportunamente y dentro de los plazos previstos, ya que hacerlo por fuera

Código Único de Identificación: 11 001 31 050362018000121-01
Demandante: FRANCISCO DE PAULA NICHOLLS CORREA
Demandado: COLPENSIONES, PROTECCIÓN, Y COLFONDOS S.A

desfigura el sentido de la contribución, de la solidaridad y de la sostenibilidad financiera del sistema.”

Ante ello, se abren paso a las razones expuestas en la apelación y alegatos del extremo pasivo, a los que se da repuesta con esta providencia junto con los de la parte actora, así como las pretensiones subsidiarias. Por contera, se dispone, REVOCAR la sentencia la providencia apelada y consultada, y en su lugar DECLARAR DE OFICIO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE EFICACIA DEL ACTO DE AFILIACIÓN DEL DEMANDANTE y, en consecuencia, ABSOLVER a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del CGP se condenará en costas en ambas instancias a la parte demandante.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia. En su lugar, se DECLARA PROBADA DE OFICIO LA EXCEPCIÓN DE EFICACIA DEL ACTO DE AFILIACIÓN DEL DEMANDANTE y, en consecuencia, se ABSUELVE a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra

SEGUNDO.- COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte actora.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados

Rhina Patricia Escobar Barboza
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

Marceliano Chávez Ávila
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
(Salvamento de Voto)

Lorenzo Torres Russy
LORENZO TORRES RUSSY

SALVAMENTO VOTO

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de salario mínimo legal mensual vigente a cargo de la parte actora.

Rhina Patricia Escobar Barboza
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

SALVAMENTO DE VOTO

MARCELIANO CHAVEZ AVILA

Magistrado

Sala Segunda de Decisión Laboral

Ref.: Expediente Rad-03620180012101 Proceso: Ordinario Laboral
DTE: FRANCISCO DE PAULA NICHOLLS C/DDO: COLPENSIONES Y OTRO
MP: RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA /Fallo de JULIO 17 de 2020.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, me permito manifestar, que me aparto del respetable criterio jurídico que sustenta la decisión mayoritaria, en este caso en mi criterio, el fallo de primera instancia debió CONFIRMARSE, accediendo a las suplicas de la demanda, por los siguientes motivos:

1- Sobre el disentimiento que tengo con mis compañeros de Sala, basta con traer a colación una de las más de 19 sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía se lesionaban derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en casos que guardan identidad fáctica con este proceso, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente. Postulados que en mi sentir esta decisión mayoritaria no cumple.

2-Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 de septiembre 9 de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma fecha. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014. Y más recientemente en sentencias SL 17595-2017 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018, SL1452-2019 de abril 3/19, SL1421-2019 de abril 10/19, SL1688-219 de mayo 8/19, SL1689-2019 de mayo 8/19.

Se dejó claro a manera de conclusión: -Que el deber de información está establecido en la ley a cargo de los fondos privados; -que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación; -que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas, que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado al momento del traslado; -que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo susceptibles de prescripción las mesadas; - y que

no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia.

3-En el caso presente los fondos demandados al contestar la demanda, no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día del traslado de régimen: Tales como, el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener la pensión, al menos igual a la que recibiría en el ISS hoy Colpensiones; la proyección de la mesada a percibir por el demandante tanto en el RAIS, como en el régimen de prima media; proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93, art.117 que exige el cálculo de la pensión de vejez de referencia, para fijar el valor del bono pensional a trasladar al RAIS, y sus decretos reglamentarios 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5, , encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Con el debido respeto, por la decisión mayoritaria, en los anteriores términos dejo salvado mi voto en este caso.

Fecha ut supra,

MARCELIANO CHAVEZ AVILA

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda Laboral

ACLARACION DE VOTO

Proceso 2018-00121-01

FRANCISCO DE PAULA NICHOLLS VS COLPENSIONES Y OTRA.

Respetuosamente aclaro la decisión, respecto de las razones que me llevan a acompañarla:

Para juzgar la ineficacia del traslado de regimen pensional, en virtud de la autonomia de la seguridad social y del principio de integración, hay que recurrir a las normas contenidas en la Ley 100 y sus decretos reglamentarios, que regulan tanto la figura de la ineficacia del traslado en el artículo 271, como en en Decreto n° 720 de 1994.

Para la aplicación del precepto contenido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no hay presupuesto procesal, porque la competencia para vigilar el derecho a la libre elección de regimen e imponer las sanciones correspondientes, está asignado a la autoridad administrativa allí señalada.

Sobre el resarcimiento de los perjuicios causados al afiliado por el incumplimiento en el deber de información o la deficiencia del mismo, el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, establece que la responsabilidad corresponde a la AFP.

Las normas del Código Civil y las del Código de Comercio que regulan la nulidad y la ineficacia de pleno derecho, respectivamente, no son aplicables en materia de seguridad social, por encontrar regulada íntegramente la ineficacia de la afiliación en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

En lo que a Colpensiones corresponde: es un sujeto de derecho, ajeno a la decisión del afiliado, la ley no le asigna ninguna responsabilidad frente a tal decisión ni a los actos de un tercero y, en consecuencia, ninguna responsabilidad ni condena pueden imponerse a su cargo.

En lo que a la AFP recurrente corresponde, no debe imponerse condena en la medida en que no se probaron los perjuicios causados, cuyo resarcimiento les correspondería a la luz del artículo 10 del Decreto 720 de 1994.

Las afirmaciones anteriores están ampliadas y concordadas con citas jurisprudenciales, en la sentencia dictada en el proceso ordinario de HERNAN QUINTERO CARDONA RAD.2017-0259-01, con ponencia del suscrito magistrado.


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO