

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., seis (06) de julio de dos mil veinte (2020).

Discutido y Aprobado según Acta No. 001

I. ASUNTO A TRATAR

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la apoderada de **COLPENSIONES**, en contra de la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2019 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, así como el grado jurisdiccional de **CONSULTA** a favor de Colpensiones, dentro del proceso ordinario laboral que **CLAUDIA JEANNETTE BURBANO MORA** promoviese contra la precitada demandada y contra Porvenir S.A.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare “la nulidad” de la afiliación realizada al RAIS a través de Porvenir S.A. el 16 de febrero de 1999 y como consecuencia de ello se ordene el traslado automático al RPM, así como la devolución de todos los dineros, aportes e intereses y bono pensional recibidos como fruto del traslado, y el reconocimiento de la indexación de las sumas reconocidas.

Se edifica la demanda y de forma principal, en la “errada” información recibida por parte de los funcionarios de Porvenir S.A., así como en el presunto engaño que sufrió la actora, situaciones determinantes para que decidiera modificar su régimen pensional.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones. Expresó, en síntesis, que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a Porvenir S.A.; que para el momento en que solicitó el traslado de régimen ante Colpensiones, la demandante contaba con 57 años de edad, habiendo cumplido la edad requerida para acceder al estatus de pensionada; que para el 1º de abril de 1994 no contaba con

24

15 años de cotizaciones, no siendo así beneficiaria del régimen de transición, lo que hace improcedente su traslado; que el traslado de la demandante se efectuó en el año 1999, época en la cual, la condición previa de brindar asesoría no estaba dentro del ordenamiento jurídico vigente y por lo tanto esta procedería solo para traslados que se efectuaran a partir del 2014; que Colpensiones nada tuvo que ver en el negocio jurídico celebrado entre la demandante y la AFP Porvenir S.A., sin que existiera injerencia de esta entidad para que la accionante tomara la decisión de trasladarse; que Colpensiones no es quien debe asumir las consecuencias de la supuesta falta de información por parte de Porvenir S.A. al momento del traslado, máxime cuando para el año 1999 la demandante no se encontraba en ninguna prohibición legal para efectuar el cambio de régimen; que la accionante ha estado afiliada al RAIS por más de 20 años, sin manifestar en algún momento su inconformidad de pertenecer al mismo.

Propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la genérica.

Por su parte, **PORVENIR S.A** también se opuso a las pretensiones de la demanda. En resumen, adujo, que la solicitud de nulidad es improcedente por cuanto no existe vicio alguno en el consentimiento al momento del surgimiento del acto jurídico de afiliación a esta AFP y que por el contrario están dados los requisitos de ley para la validez de la selección del régimen realizado por la demandante; que la selección de cualquiera de los regímenes previstos por la Ley es libre y voluntaria por parte del (a) afiliado (a), quien manifiesta por escrito su elección al momento de su vinculación o traslado, lo cual se realiza con la suscripción de afiliación al respectivo fondo, después de su correspondiente asesoría.

Indicó que la información suministrada a los afiliados del RAIS se encuentra acorde con las disposiciones legales, de manera que la demandante no puede aducir que fue engañada, ya que recibió toda la información y asesoría, además de tener la oportunidad de leer, preguntar e inclusive sustraerse de firmar el documento entregado por el asesor y/o de ejercer su derecho de retracto, luego no puede endilgar responsabilidad a Porvenir dado que su traslado obedeció a una decisión libre, espontánea y consciente, además de informada, y en señal de ello suscribió el formulario de vinculación o traslado a Porvenir, dejando con ello constancia de su libre escogencia.

Menciona que el error de hecho sólo vicia el consentimiento cuando se yerra en cuanto a la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa específica, errores que no aparecen como cometidos en el contrato celebrado entre la demandante y la AFP, pues ella sí pretendió afiliarse al RAIS; y que en el presente asunto no es posible aplicar las sentencias que en materia de nulidades ha proferido la Corte Suprema de Justicia, en la medida en que no es un caso análogo a las situaciones jurídicas que fueron el fundamento para dichas decisiones pues los supuestos son diferentes, ya que en este caso la demandante no es una persona excluida del régimen ni tampoco beneficiaria del régimen de transición, no contaba ni con un derecho adquirido, una mera expectativa

215

o una expectativa legítima que la lleve a ser cobijada bajo las mismas premisas de las dichas sentencias.

3. Providencia recurrida

La A quo dictó sentencia, en la cual declaró la nulidad de la afiliación y traslado de la demandante realizada el 16 de febrero de 1999 a Porvenir S.A. y como consecuencia de ello condenó a esta entidad a trasladar a Colpensiones los valores que reposen en la cuenta individual de la actora y a esta última a recibir los aportes de la accionante.

En síntesis, se consideró que el deber de información a cargo de las AFPs, frente al tema de la ineficacia del traslado, se sustenta en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, así como en la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, más recientemente en la sentencia SL 4964 del 14 de noviembre de 2018, en la cual se indicó que el mismo procede para todos los afiliados al sistema de seguridad social en pensiones, sin importar si son o no beneficiarios del régimen de transición, así mismo que la carga probatoria recae en la administradora de fondo de pensiones, la cual deberá acreditar que informó al potencial afiliado de las consecuencias del traslado.

Después de efectuar un recuento de las normas que consagran la obligación de las Administradoras de Fondos de Pensiones del deber de información, concluye que el mismo es ineludible y que los fondos, desde su creación, tienen el deber de información para con los afiliados o usuarios del sistema pensional, con el fin de que estos puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

Menciona que, el artículo 1604 del Código Civil establece que la prueba de la diligencia y cuidado corresponde al que ha debido emplearlo, de lo que se tiene que es al fondo de pensiones al que le corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias, a fin de que la afiliada conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional, sin que en el caso bajo examen, el fondo hubiera allegado elemento alguno de prueba que acreditara el cumplimiento de su deber de información para con la demandante, tampoco como el haberle dado una información sobre las características, condiciones, acceso, efectos, riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, dando a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales, sin que resulte suficiente la manifestación de voluntad y selección de régimen consagrado en el formulario pre-impreso de afiliación, pues dicho documento no constituye prueba certera que permita deducir que a la actora se le hubiese proporcionado la información adecuada y veraz en los términos reseñados por la ley y la jurisprudencia.

Concluye mencionando que, en el caso bajo estudio, resulta indiscutible que la AFP demandada omitió, en el momento del traslado de régimen, el deber de información para con la demandante, lo que conlleva a la nulidad del traslado realizado.

4. Argumentos del recurrente

Colpensiones: Manifiesta que, conforme pronunciamiento realizado por la Sala Cuarta de decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, las providencias de la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, resaltan condiciones y expectativas legítimas pensionales de los demandantes al momento del traslado de régimen, pues los afiliados o habían consolidado un derecho a pensionarse según las normas del régimen de transición o bien cumplían uno de los requisitos en ellos señalados, situaciones en las que el fondo debe anteponer sus intereses antes de lograr un afiliado más. Refiere que el artículo 1743 del Código Civil señala que la nulidad relativa no puede ser declarada por el Juez sino a pedimento de parte y puede sanearse por el lapso de tiempo o ratificación de las partes y que el artículo 1741 ibídem hace referencia a la nulidad absoluta y a la relativa, la nulidad producida por un objeto o causa ilícita y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan, son nulidades absolutas y cualquier otra especie produce nulidad relativa y da derecho a la rescisión del acto o contrato, por lo que si la demandante suscribió el formulario de afiliación para el año 1999, atendiendo las leyes laborales aplicables en materia de prescripción, la afiliada debió haber solicitado o haber subsanado dicha nulidad relativa para el año 2002, situación que no acontece en el presente caso.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de 10 de diciembre de 2019, se admite el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar mediante auto de fecha 8 de junio de 2020. Todos los extremos procesales, presentaron sus alegaciones reiterando aquello expresado en la demanda y contestaciones.

Finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, 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.

Sin embargo, como fuese adversa a los intereses de COLPENSIONES, se surte a su favor el grado jurisdiccional de Consulta.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como problema jurídico por resolver el siguiente

NA

¿Deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A.)?

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 16 de febrero de 1999 la demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de Porvenir S.A. (fl. 20) 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 la actora, esto es 16 de febrero de 1999 (fl. 20 y 107), 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 37 fue allegada copia del documento de identidad de la actora en donde se aprecia que nació el 29 de julio de 1960, por lo que al momento de entrada en vigencia del régimen de la Ley 100 de 1993– para su caso 1º de abril de 1994 – contaba con 33 años y 8 meses, así como reportaba un aproximado de 256,57 semanas cotizadas (fl. 117 vto).

Así, es fácil constatar que la actora 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 256,57 semanas de cotización, equivalente a 4.9 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la

MS

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 la señora Burbano Mora.

No obstante estar la actora inmersa 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 PORVENIR el 16 de febrero de 1999 (fl. 20 y 107), a efecto de permanecer afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con fundamento en que al momento de realizar dicho traslado, la entidad PORVENIR, no realizó proyección pensional, ni brindó información suficiente, amplia ni oportuna que le permitiera conocer a la 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.

214

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. 1° 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

220

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 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 hoy 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, relativas al deber de información para con sus afiliados, se suple con aquellas previsiones que por demás aparecen aceptadas por la propia demandante al momento de suscribir el formulario que da cuenta el folio 20, del plenario, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad “libre, espontánea y sin presiones”. Lo que por demás, se acompasa con la narración que hace las normas anteriormente relacionadas.

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 convenido 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 a la accionante quien contaba con 38 años, había cotizado 305.71 semanas y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?, por demás, (ii) durante más de 20 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) acepta en su interrogatorio de parte el hecho de haber firmado el formulario de afiliación libremente a sus voces que: “Yo me encontraba vacante y se me ofreció un trabajo en un colegio y allí en los documentos para ingresar el trabajo aparecía la afiliación al fondo porvenir, esto me pareció lógico

puesto que la información de aquella época, estamos hablando de los años 90 era que todas las personas nos teníamos que pasar a un régimen privado, razón por la cual firme, simplemente firme el traspaso al nuevo sistema...El formulario lo firmó, no recuerdo si yo llene los datos, pero en ese momento me pareció lo más lógico, nadie me coaccionó, ni me dijeron que debía hacerlo, sino que dentro del ambiente estaba en la obligación de salirnos del seguro social, lo firme simplemente para pensionarme. Es decir, **confiesa claramente** que no fue objeto de coacción y que su decisión, estribó en el momento en que decide trasladarse, indicando que era lo más "lógico".

Y siendo lo anterior así adquiere una mayor connotación lo plasmado en el formulario de afiliación suscrito por la demandante y que obra a folio 20, sin que sea argumento para esta Sala de Decisión la desidia que alega la accionante, máxime cuando en el interrogatorio de parte rendido manifestó que nadie la coaccionó a firmar el formulario, ni le dijeron como hacerlo, *"sino que dentro del ambiente estaba en la obligación de salirnos del Seguro Social, lo firmé simplemente para posicionarme"*, y que firmó el formulario libremente.

En ese orden de ideas, 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.

Ahora bien, menester resulta indicar que además éstas 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 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 tomó la decisión de su traslado el 16 de febrero de 1999.

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 2° 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, y 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.

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, 20 años atrás, la mesada que le correspondería a la 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

23

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 la 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 la demandante para su afiliación, por parte de la AFP, en consonancia con el art. 1515 del CC.

Se considera entonces, que no existen elementos de juicio que permitan establecer coacción, error o inducción al mismo como vicios del consentimiento, la deficiencia de la asesoría que se aduce, menos aún el dolo consistente en artificios o engaños para obtener el consentimiento en el traslado, por lo tanto, no había lugar a declarar ni la nulidad de la afiliación a la AFP Porvenir, ni la ineficacia prevista en el art. 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se acreditó que persona alguna hubiese atentado contra el derecho de la trabajadora a seleccionar el régimen pensional.

Así las cosas, el supuesto vicio del consentimiento por omisión de información sólo surge cuando se le impide su traslado y parte de una información que desconoce PORVENIR S.A. en su momento, cual son los salarios reportados por la demandante del año 2000 hacia adelante, entre otras variables. Ante ello, imposible resulta ser el pregonar, que haya existido una omisión de la prementada proyección cuando los elementos para realizar ésta última no se conocían al momento en que se materializa la movilidad del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Se consulta entonces ésta Colegiatura, cuáles fueron esas consecuencias que se anuncian como no advertidas a la demandante ora la desventaja de trasladarse a un régimen, si se insiste se encontraba en plena formación el derecho a pensionarse.

¿Sería prudente suponer que la trabajadora que decidió su traslado siempre tendría el mismo ingreso o que ésta sería superior?, ¿que nunca tendría hijos?, o ¿si conformaría un matrimonio ora unión marital de hecho?. Pues la respuesta es negativa a estos interrogantes porque de pensar ello así, sería autorizar a los juzgadores que edifiquen sus fallos en suposiciones que contrarían nuestra seguridad jurídica y debido proceso.

Por otra parte, se indicará que la naturaleza del fondo privado de pensiones se traduce en el claro acrecimiento de un patrimonio propio, que se nutre de los aportes y para el beneficio personal de quien lo materializa hasta el momento de decidir pensionarse, no así el régimen de prima media con prestación definida donde *“Los aportes de los afiliados y sus rendimientos, constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley.”* (artículo 32 de la Ley 100 de 1993)

Inquieta entonces a esta Colegiatura, el determinar qué tan ajustado a la ley y al principio de solidaridad que gobierna nuestro sistema pensional, de cara a las previsiones del artículo 48 Superior sobre la sostenibilidad de éste último, sería el aceptar que, un particular a quien sólo habiendo cumplido la edad para pensionarse – puesto que a la fecha de presentación de la demanda (fl. 47) contaba con 57 años -, es que pretende retornar a un régimen donde nunca contribuyó al pago de las pensiones “de cada vigencia” y sólo, so pretexto de no habersele proyectado una prestación económica cuando le faltaban aproximadamente 19 años en edad y un aproximado de más de 900 semanas para causar tal derecho justifica un vicio del consentimiento, el que resultaría ser inexistente para tal momento.

Para concluir, sea del caso acotar que, las presentes consideraciones, no pueden tildarse como atentatorias al debido proceso ora algún otro derecho fundamental de la demandante, ello, como quiera que devienen del razonamiento al caso en concreto y apegado a la ley. Por demás, en sede de tutela, la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral ha consentido en lo antes expuesto. Sobre este particular, pueden ser consultados los radicados 53.092 y 54.168.

Por demás, en el Radicado No. 53.984 STL 1677 – 2019, donde se tramitó una acción de tutela contra una providencia de esta Corporación y en la cual fungía como ponente esta Magistrada, se indicó que: *“De lo anterior se infiere que en la decisión que se cuestiona, no se evidencia arbitrariedad constitutiva de vía de hecho, pues la providencia reprochada fue el resultado de una apreciación razonable de la situación fáctica acaecida y consonante con lo dispuesto en las normas que regulaban el tema objeto de estudio y los criterios jurisprudenciales de esta Corporación.”*

Ante ello, se abren paso las razones expuestas en la apelación y por contera, se dispone REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar, declarar probada la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN para con ello absolver a las demandadas.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2018-00384 -01

Demandante: CLAUDIA JEANNETTE BURBANO MORA

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

ms

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

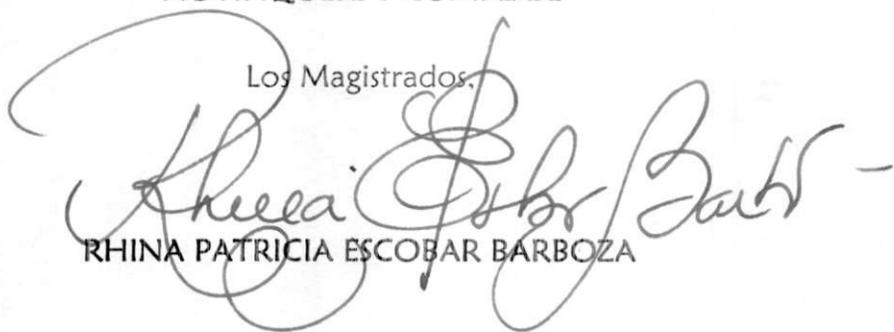
PRIMERO.- REVOCAR la sentencia apelada y consultada. En su lugar, se declara probada la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y con ello, se ABSUELVE a las demandadas de las pretensiones de la demanda.

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

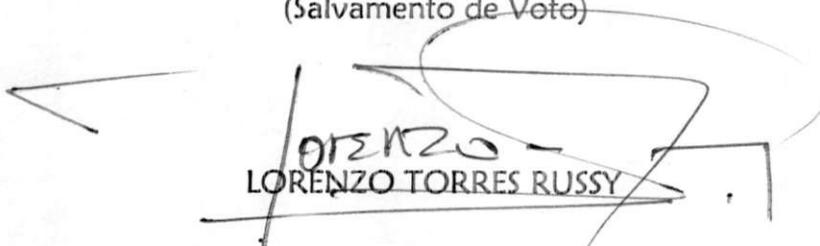
TERCERO.- Devuélvase el expediente al juzgado de origen

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA


MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA
(Salvamento de Voto)


LORENZO TORRES RUSSY

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de _____ a cargo de la parte actora.

Código Único de Identificación: TT 001 31 05-002-2018-00384 -01

Demandante: CLAUDIA JEANNETTE BURBANO MORA

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

Rhina Patricia Escobar Barboza
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
Magistrada Ponente

TSB SECRET S. LABORAL

50550 7JUL'20 PM12:51

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., seis (06) de julio de dos mil veinte (2020).

Discutido y Aprobado según Acta No 001

AUTO DE SUSTANCIACIÓN

PRIMERO: RECONOCER personería adjetiva al Dr. FREDDY QUINTERO LÓPEZ identificado con T.P. 278.643 del Consejo Superior de la Judicatura como procurador de la parte demandada PORVENIR S.A. en los términos y para los efectos del poder conferido.

SEGUNDO: TÉNGASE como Procuradora principal de Colpensiones a la sociedad NAVARRO ROSAS ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S

TERCERO: RECONOCER personería adjetiva al Dr. Gustavo Borbón Morales, como procurador sustituto de Colpensiones.

I. ASUNTO A TRATAR

Se decide el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la apoderada de la DEMANDADA PORVENIR, en contra de la sentencia proferida el 13 de julio de 2019 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, así como el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de Colpensiones, dentro del proceso ordinario laboral que JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ ALDANA promoviese contra PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare nula e ineficaz la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Porvenir S.A., así como la posterior a Protección S.A. y como consecuencia de ello, ordenar a Protección a trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero que se encuentra en la cuenta individual y a esta última activar la afiliación del actor, así como recibir la totalidad de aportes.

Se edifica la demanda y de forma principal, en el presunto engaño que sufrió la actora, el que fue determinante para que decidiera modificar su régimen pensional.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

Porvenir S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideró tener a su favor (entre ellas la de prescripción), adujo, en síntesis, que la solicitud de nulidad es improcedente por cuanto no existe vicio alguno en el consentimiento al momento del surgimiento del acto jurídico de afiliación a esta AFP, por el contrario están dados los requisitos de ley para la validez de la selección del régimen realizado por el demandante.

Señaló que la selección de cualquiera de los regímenes previstos por la Ley es libre y voluntaria por parte del (a) afiliado (a), quien manifiesta por escrito su elección al momento de su vinculación o traslado, lo cual se realiza con la suscripción de afiliación al respectivo fondo, ya que con la firma impuesta en la misma dejó constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones al régimen de ahorro individual.

Indicó que la información suministrada a los afiliados del RAIS se encuentra acorde con las disposiciones legales, de manera que el demandante no puede aducir que fue engañado, ya que recibió toda la información y asesoría, además de tener la oportunidad de leer, preguntar e inclusive sustraerse de firmar el documento entregado por el asesor y/o de ejercer su derecho de retracto, luego no puede endilgar responsabilidad a Porvenir dado que su traslado obedeció a una decisión libre, espontánea y consciente. Adujo que el error de hecho sólo vicia el consentimiento cuando se yerra en cuanto a la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa específica, errores que no aparecen como cometidos en el contrato celebrado entre el demandante y la AFP, pues ella sí pretendió afiliarse al RAIS y mantenerse en este, como por tanto tiempo lo ha hecho.

Finalmente, expresó que para el presente asunto no es posible aplicar las sentencias que en materia de nulidades ha proferido la Corte Suprema de Justicia, en la medida en que no es un caso análogo a las situaciones jurídicas que fueron el fundamento para dichas decisiones pues los supuestos son diferentes, ya que en este caso el demandante no es una persona excluida del régimen ni tampoco beneficiario del régimen de transición, no contaba ni con un derecho adquirido, una mera expectativa o una expectativa legítima que la lleve a ser cobijado bajo las mismas premisas de las dichas sentencias.

Protección S.A., se opuso a las pretensiones incoadas en la demanda en su contra, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción), adujo, en síntesis, que previa la afiliación del demandante, todas las actuaciones de ese fondo han estado precedidas de buena fe y legalidad y es por ello que todas las personas afiliadas a esta AFP lo han hecho de forma libre y voluntaria tal

y como lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, prueba de lo cual es el formulario de afiliación, que cumple con los requisitos legales y mediante el cual el demandante manifestó su voluntad de pertenecer al RAIS, suscribiendo el mismo e indicando que la afiliación se realizó completamente libre de vicios del consentimiento y después de recibir una adecuada información como se puede evidenciar en dicho documento.

Resalta que Protección S.A. brindó una asesoría completa y comprensible al demandante al momento de realizar su afiliación, la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme las exigencias existentes para ese momento y adujo que no puede hablarse de una nulidad en el acto jurídico de la afiliación del demandante pues no existe error en el consentimiento y mucho menos fuerza o dolo, pues la decisión tomada se dio de manera libre y voluntaria y en ese sentido el acto jurídico objeto del presente proceso es absolutamente válido; tampoco puede pretenderse la ineficacia del acto jurídico de afiliación, pues esta entidad jamás ha ejercido fuerza o presión sobre alguna persona para que se afilie al mismo.

Menciona que tratándose de la aplicación de las normas jurídicas en el tiempo es claro que la regla general es la irretroactividad de la ley, esto es, las normas jurídicas regulan situaciones futuras o posteriores a su promulgación, pues las situaciones consolidadas en el pasado están reguladas por la norma anterior, por lo que no resulta válido imponer obligaciones a las AFPs con base en normas inexistentes al momento del traslado del demandante.

Finalmente, indica que el demandante no hizo uso de la facultad de traslado de régimen pensional contemplado en el art. 13 de la Ley 100 de 1993, que en el presente caso no puede aplicarse el precedente jurisprudencial pues el actor no ostenta la calidad de pensionado ni es beneficiario del régimen de transición y que en caso de encontrarse una nulidad por vicio en el consentimiento la misma se encuentra prescrita de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil.

Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda contra esta interpuestas, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción), expone, en síntesis, que al demandante le faltan menos de 10 años para cumplir la edad para acceder a la pensión de vejez, por lo que se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado de régimen, además que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, por lo cual no puede trasladarse de régimen en cualquier tiempo, máxime cuando no tenía una expectativa pensional y no se afectaron derechos adquiridos.

3. Providencia recurrida.

La A quo dictó sentencia, en la cual declaró la nulidad del traslado, condenando a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor junto con sus rendimientos, y a esta última a aceptar dicho traslado.

En síntesis, adujo, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que la responsabilidad de las AFPs es de carácter profesional y que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las mismas tenían en deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, por lo que para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del RPM, se requiere que la AFP del RAIS le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional en un régimen y en otro, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo al aceptar un traslado.

Refiere que, como quiera que desde la demanda la parte actora indicó que no se le había dado información suficiente, en casos así la carga de la prueba se invierte a favor del afiliado, por lo que es claro que le corresponde a Porvenir demostrar que le otorgó la debida información al demandante al momento de trasladarse de régimen.

Adujo que, de las pruebas allegadas no es posible colegir que Porvenir hubiere desplegado alguna actuación con el fin de demostrar que en el año 1997 hubiere suministrado algún tipo de información al demandante, diferente a la que reposa en el formulario de afiliación, el cual no contiene mayores datos respecto de la situación pensional del actor.

Finalmente, en frente a la excepción de prescripción, dijo que la acción de nulidad de nulidad de traslado no está sometida a ningún término trienal de prescripción que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado.

4. Argumentos del recurrente

Porvenir S.A.

Indica que no se evidencia que se encuentre afectado el acto libre y voluntario del traslado del RPM al RAIS del demandante, ya que con el traslado no se incurrió en ninguna prohibición legal que lo impidiera, además de ello, en el momento en que se efectuó el traslado, el demandante no había adquirido derecho alguno y su consentimiento fue voluntario y libre de apremio, máxime cuando no era beneficiario del régimen de transición y el mismo reafirmó su voluntad de permanencia en el RAIS con el número de semanas cotizadas con posterioridad a su afiliación.

Adujo que en lo que respecta a los vicios del consentimiento alegados por el actor, este no aporta pruebas pertinentes que prueben su dicho, siendo a este a quien le correspondía la carga procesal de hacerlo conforme el artículo 167 del CGP.

Refiere que las consecuencias del traslado de régimen se encuentran definidas en la Ley 100 de 1993 y por ello, cualquier duda interpretativa de la norma constituye un error de derecho, que conforme el artículo 1509 del Código Civil no tiene alcance para viciar el consentimiento.

Menciona que resulta imposible establecer de manera cierta, para cualquier persona, si al momento del traslado le era conveniente la afiliación en uno u otro régimen pensional, que en este caso, para la fecha en la que el demandante efectuó su traslado le faltaban más de 20 años para cumplir la edad reglamentaria de acceso a la pensión en el RPM, lo que resulta imposible para las AFPs informar sobre la conveniencia cierta de permanecer en uno u otro régimen, máxime cuando el demandante tuvo la oportunidad de retractarse del traslado con la expedición del Decreto 3800 de 2003.

Finalmente indicó que cada régimen tiene aspectos favorables y desfavorables uno frente al otro y por ello el ordenamiento jurídico le otorgó al afiliado la opción de escoger y una vez realizado, tiene las restricciones sobre las cuales se pronunció la Corte Constitucional, sin que se pueda invalidar por vía de jurisprudencia, asumiendo de forma equivocada que los errores de derecho pueden viciar el consentimiento de quien celebra un acto jurídico o imponiendo retroactivamente a las AFPs requisitos o trámites que las normas no contemplaban para la época de la afiliación.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto del 2 de septiembre de 2019, se admiten los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar mediante auto de fecha 8 de junio de 2020. Todos los extremos procesales, presentaron sus alegaciones reiterando aquello expresado en la demanda y contestaciones.

Finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, 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.

Sin embargo, como fuese adversa a los intereses de COLPENSIONES, se surte a su favor el grado jurisdiccional de Consulta.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Conforme a los reparos expuestos en la apelación así como el grado jurisdiccional de consulta, la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del RPM al RAIS a través de Porvenir S.A.?

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 17 de marzo de 1997 el demandante suscribió formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Porvenir (fl. 37, 119 y 142) 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, 17 de marzo de 1997 (fl. 37, 119 y 142), 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 35 fue allegada copia del documento de identidad del actor en donde se aprecia que nació el 14 de mayo de 1955, por lo que al momento de entrada en vigencia del régimen de la Ley 100 de 1993– para su caso 1º de abril de 1994 – contaba con 38 años, 10 meses y 15 días, así como reportaba un aproximado de 361.57 semanas cotizadas (fl. 190)

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 361.57 semanas de cotización, equivalente a 7 años, 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 Rodríguez Aldana.

No obstante estar el actor inmerso en tal escenario, pretende la declaratoria de "nulidad" del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Porvenir el 17 de marzo de 1997 (fl. 37, 119 y 142), 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 Porvenir, 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 mayoritaria, 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 las sentencias con Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y 31.314, 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. 1° 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 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 hoy 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 a cargo de los Fondos de Pensiones, 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 que da cuenta el folio 133, del plenario, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad "*libre, espontánea y sin presiones*". Lo que por demás, se acompasa con la narración que hacen las normas anteriormente mencionadas.

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 convenido 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 a la accionante quien contaba con 41 años, había cotizado 475 semanas y se

encontraba en plena formación de su derecho de pensión?, por demás, (ii) durante más de 20 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) acepta en su interrogatorio de parte el hecho de haber firmado el formulario de afiliación y por demás, de éste último se extracta que fungía como un Fiscal Seccional, lo que claramente predica extractar su calidad de abogado y por contera, de afiliado no lego. **Por demás, es una situación que confiesa en su interrogatorio de parte, a lo que agregó que fue asesorado personalmente por su primer fondo privado.**

En ese orden de ideas, 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 puestas en conocimiento de la parte actora, quien motu proprio, decide trasladarse a un fondo privado conforme expuso en su interrogatorio de parte y de forma, múltiple.

Ahora bien, menester resulta indicar que además éstas 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 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 tomó la decisión de su traslado el 25 de agosto de 1997.

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 2° 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, y 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.

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, 20 años atrás, la mesada que le correspondería a la 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 al absolver el interrogatorio de parte, es factible inferir que conocía algunas de las posibilidades que ofrece el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, al admitir que los asesores de la entonces AFP PORVENIR, le indicaron que obtendría una mejor rentabilidad en sus ahorros, una pensión igual o mayor ora que el ISS se extinguiría. Es decir, no fue objeto de engaño como lo pregonaba en la demanda y se insiste, no resulta ser un afiliado al que pueda pregonarsele la calidad de "lego".

Se considera entonces, que no existen elementos de juicio que permitan establecer coacción, error o inducción al mismo como vicios del consentimiento, la deficiencia de la asesoría que se aduce, menos aún el dolo consistente en artificios o engaños para obtener el consentimiento en el traslado, pues lo que está claro es que el demandante fue asesorado y conocía las condiciones del régimen al cual se vinculaba, por lo tanto, no había lugar a declarar ni la nulidad de la afiliación a la AFP Colmena hoy Protección, ni la ineficacia prevista en el art. 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se acreditó que persona alguna hubiese atentado contra el derecho de la trabajadora a seleccionar el régimen pensional.

Así las cosas, el supuesto vicio del consentimiento por omisión de información sólo surge cuando se le impide su traslado y parte de una información que desconoce Porvenir S.A. en su momento, cual son los salarios reportados por el demandante del año 1997 hacia adelante, entre otras variables. Ante ello, imposible resulta ser el pregonar, que haya existido una omisión de la prementada proyección cuando los elementos para realizar ésta última no se conocían al momento en que se materializa la movilidad del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Se consulta entonces ésta Colegiatura, cuáles fueron esas consecuencias que se anuncian como no advertidas al demandante ora la desventaja de trasladarse a un régimen, si se insiste se encontraba en plena formación el derecho a pensionarse. ¿Sería prudente suponer que el trabajador que decidió su traslado siempre tendría el mismo ingreso o que ésta sería superior?, que nunca tendría hijos o a qué edad los tuviese?, o si conformaría un matrimonio ora unión marital de hecho?. Pues la respuesta es negativa a estos interrogantes porque de pensar ello así, sería autorizar a los juzgadores que edifiquen sus fallos en suposiciones que contrarían nuestra seguridad jurídica y debido proceso.

Por otra parte, se indicará que la naturaleza del fondo privado de pensiones se traduce en el claro acrecimiento de un patrimonio propio, que se nutre de los aportes y para el beneficio personal de quien lo materializa hasta el momento de decidir pensionarse, no así el régimen de prima media con prestación definida donde *“Los aportes de los afiliados y sus rendimientos, constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley.”* (artículo 32 de la Ley 100 de 1993)

Inquieta entonces a esta Colegiatura, el determinar qué tan ajustado a la ley y al principio de solidaridad que gobierna nuestro sistema pensional, de cara a las previsiones del artículo 48 Superior sobre la sostenibilidad de éste último, sería el aceptar que, un particular a quien sólo habiendo cumplido la edad para pensionarse – puesto que a la fecha de presentación de la demanda (fl. 61) contaba con 63 años - , es que pretende retornar a un régimen donde nunca contribuyó al pago de las pensiones “de cada vigencia” y sólo, so pretexto de no habersele proyectado una prestación económica cuando le faltaban aproximadamente 21 años en edad y un aproximado de más de 800 semanas para causar tal derecho justifica un vicio del consentimiento, el que resultaría ser inexistente para tal momento.

Finalmente, sea del caso acotar que, las presentes consideraciones, no pueden tildarse como atentatorias al debido proceso ora algún otro derecho fundamental de la demandante, ello, como quiera que devienen del razonamiento al caso en concreto y apegado a la ley. Por demás, en sede de tutela, la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral ha consentido en lo antes expuesto. Sobre este particular, pueden ser consultados los radicados 53.092 y 54.168.

Por demás, en el Radicado No. 53.984 STL 1677 – 2019, donde se tramitó una acción de tutela contra una providencia de esta Corporación y en la cual fungía como ponente esta magistrada, se indicó que: *“De lo anterior se infiere que en la decisión que se cuestiona, no se evidencia arbitrariedad constitutiva de vía de hecho, pues la providencia reprochada fue el resultado de una apreciación razonable de la situación*

30X

fáctica acaecida y consonante con lo dispuesto en las normas que regulaban el tema objeto de estudio y los criterios jurisprudenciales de esta Corporación."

Ante ello, se abren paso las razones expuestas en las apelaciones y por contera, se dispone REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar, declarar probada la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN para con ello absolver a las demandadas.

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.

TSB SECRET S. LABORAL

V. DECISIÓN

50548 7JUL'20 PM12:49

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

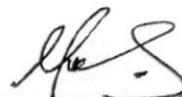
PRIMERO.- REVOCAR la sentencia apelada y consultada. En su lugar, se declara probada la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y con ello, se ABSUELVE a las demandadas de las pretensiones de la demanda.

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

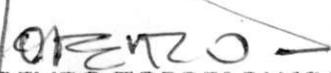
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA


MÁRCELIANO CHAVEZ ÁVILA

(Salvamento de Voto)


LORENZO TORRES RUSSY

RELARO VOTO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2018-00585-01

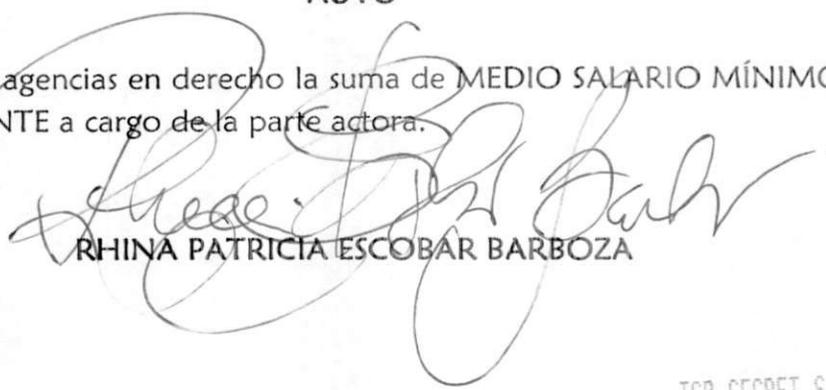
Demandante: JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ ALDANA

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

308

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de MEDIO SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE a cargo de la parte actora.



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

TSB SECRET S. LABORAL

50549 7JUL'20 PM12:49

Código Único de Identificación: 110013105007201700256 -01
Demandante: PATRICIA ALEJANDRINA LIZARAZO DÍAZ
Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

201

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., seis (06) de julio de dos mil veinte (2020).

Discutido y Aprobado según Acta No 001

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de octubre de 2019 dentro del proceso ordinario laboral que PATRICIA ALEJANDRINA LIZARAZO DÍAZ promoviese contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PROTECCIÓN.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la nulidad de su afiliación al RAIS. Como consecuencia de ello, solicita que condene a COLPENSIONES a recibir el traslado de la actora.

Se edifica la demanda y de forma principal, en el traslado de regímenes que efectuó sin que obrara su consentimiento.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

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 hasta que se prueben los vicios del consentimiento o tener 15 años de servicios al 01 de abril de 1994 no puede aceptar el traslado de la accionante.

Indica que que la actora debió retornar al régimen de prima media con prestación definida cuando le faltaban más de 10 años para cumplir la edad pensional.

Finalmente, aduce que la ratificación expresa o tácita puede sanear un vicio en el consentimiento.

Protección 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 la demandante suscribió formulario de afiliación donde dejo constancia que su selección de régimen fue libre, espontánea, y sin presiones.

Refiere que no se allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación, entendiéndose que la que se predica es relativa, pues no se cumplen los hechos para argüir una absoluta, como lo sería el objeto y causa ilícita, la omisión de algún requisito o formalidad o la incapacidad absoluta.

Expone que la incapacidad relativa y la lesión enorme no se avizoran en el caso.

Relata que el dolo por regla general no se presume, debe probarse, ser de tal entidad que sin él no se hubiere contratado, y debe estar exenta de negligencia de la persona que la alega.

Menciona que no se configura error de hecho en la medida que la actora siguió efectuando cotizaciones y realizó diversos traslados, así como tampoco, error de derecho, pues este no vicia el consentimiento, como quiera que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa.

Explica que no existe fuerza, dado que no se generó un temor o una impresión fuerte en él.

Manifiesta que que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sólo aplica a casos análogos, empero, el asunto que se analiza no guarda similitud fáctica con ellos.

Finalmente, menciona que tan sólo con la expedición del Decreto 2555 de 2010, Decreto 2071 y la Ley 1748 de 2015, se adquirió la obligación de asesoría e información.

3. Providencia recurrida

El *A quo* dictó sentencia condenatoria:

PRIMERO. - **DECLARAR LA INEFICACIA** de la afiliación y traslado realizado por la actora del RPMPD al RAIS contenida en el formulario N° 1010527036 de fecha 22 de diciembre de 1999 tramitado por COLMENA hoy PROTECCIÓN

SEGUNDO. – ORDENAR a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la demandante, dineros que debe incluir los rendimientos que se hubiesen generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al RPMPD administrado por COLPENSIONES

TERCERO. - ORDENAR a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliado del RPMPD a la actora desde su afiliación de fecha 10 de septiembre de 1979

CUARTO. – SE DECLARAN NO PROBADAS las excepciones presentadas por COLPENSIONES Y PROTECCIÓN

En síntesis, refirió que conforme al criterio de la Corte Suprema de Justicia siempre ha existido el deber de información a cargo de los fondos privados, señalándose que se debían señalar las características del régimen, sus ventajas y desventajas, debido al deber de transparencia y tenerse a cargo la disposición de un derecho social.

Menciona que, por lo anterior, la carga de la prueba de acreditar que se brindó suficiente información para efectuarse el traslado le corresponde al fondo privado.

Frente al caso particular, aduce, que del acervo probatorio no se puede determinar que se cumplió la carga probatoria aludida.

Se indica que, pese a que se solicitó nulidad, lo que se debe declarar es la ineficacia del traslado por no suministrarse la correspondiente información acerca de los riesgos de tal decisión.

Refiere que no opera el fenómeno prescriptivo dado que se afecta el derecho pensional.

4. Argumentos del Recurrente

Adujo que, si bien no existe prueba de la información suministrada a la demandante al momento de su traslado al RAIS, lo único requerido para la época del traslado era el formulario de afiliación.

Así mismo, que el deber de información nació con posterioridad, esto es, con el Decreto 2575 de 2010 y la Ley 1748 de 2015.

Igualmente, que el formulario no fue tachado de falso, pues si así lo fuere se debió vincular a la representante del colegio donde laboraba la accionante.

Del mismo modo que, se presume la buena fe frente al formulario suscrito.

De igual manera que, el deber de información se suple con la información verbal que se le suministraba a la demandante.

A la par que, le incumbía a la demandante conocer las características del régimen pensional que había elegido.

Concluye indicado que no se debe condenar en costas al no ser quien realizó el traslado, y no tener la autoridad para declarar la ineficacia de este.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, 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 Colpensiones y Protección quienes reiteraron lo expuesto en el recurso y contestaciones de demanda.

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.

Así mismo, que en virtud de 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 y el grado jurisdiccional de consulta, la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la 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 22 de diciembre de 1999 la demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de Colmena Cesantías y Pensiones (fl. 82) 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 la actora, 22 de diciembre de 1999 (fl. 82), 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 16 fue allegada copia del documento de identidad de la actora en donde se aprecia que nació el 02 de septiembre de 1959, por lo que al momento de entrada en vigencia del régimen de la Ley 100 de 1993– para su caso 1º de abril de 1994 – contaba con 32 años y 7 meses, así como reportaba un aproximado de 471,71 semanas cotizadas (fls. 59 a 62).

Así, es fácil constatar que la actora 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 471,71 semanas de cotización, equivalente a 8,79 años, 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 4º y 5º 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 la señora Lizarazo Díaz.

No obstante estar la actora inmersa en tal escenario, pretende la declaratoria de "nulidad" del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de Colmena Cesantías y Pensiones el 22 de diciembre de 1999 (fl. 82), 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 Colmena Cesantías y Pensiones, no realizó proyección pensional, ni brindó información suficiente, amplia ni oportuna que le permitiera conocer a la 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 acompaña con el inc. 1° 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. (...)”*

Código Único de Identificación: 110013105007201700256 -01

Demandante: PATRICIA ALEJANDRINA LIZARAZO DÍAZ

Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

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 hoy 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 la propia demandante al momento de suscribir el formulario que da cuenta el folio 82 del plenario, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de la voluntad *“libre, espontánea y sin presiones”*.

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 a la accionante quien contaba con 40 años, había cotizado un poco más de 971,57 semanas y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?, por demás, (ii) durante más de 17 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) acepta en su interrogatorio que fue su empleador quien supuestamente realizó la afiliación, pero luego confiesa que fue ella quien suscribió el formulario, con la no menos grave afirmación relativa a que le fue informado que podía retornar cuando quisiese y luego de un “tiempo” al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo que sólo le interesó en el año 2009. Es decir, confiesa que conocía la posibilidad de regresar al régimen por ella deseado, pero no lo hizo en tiempo.

En efecto, en este asunto, adquiere una mayor connotación lo plasmado en el formulario de afiliación suscrito por la demandante y que obra a folio 82, sin que sea argumento para esta Sala de Decisión la desidia que se alega por este extremo procesal, máxime cuando en interrogatorio de parte se pone de presente en un primer término que arbitrariamente su empleador hizo el traslado al fondo privado, y posteriormente que, si bien la actora firmó el formulario, fue la directora del colegio donde trabajaba, la que pidió su suscripción, situación fundada en la subordinación de tal relación laboral. De modo que, existe un supuesto acto que proviene de una tercera ajena al proceso, que no fue llamada a juicio, sin que existe prueba de la que se pueda extraer que dicha empleadora ejerció tal imposición.

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.

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 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 tomó la decisión de su traslado el 22 de diciembre de 1999.

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.

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, 17 años atrás, la mesada que le correspondería a la 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

21

Código Único de Identificación: 110013105007201700256 -01
Demandante: PATRICIA ALEJANDRINA LIZARAZO DÍAZ
Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

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 la 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 la demandante para su afiliación, por parte de la AFP, en consonancia con el art. 1515 del CC, pues de las afirmaciones al absolverse el interrogatorio de parte se logra extraer que un tercero ajeno al proceso fue quien propicio la afiliación.

Se considera entonces, que no existen elementos de juicio que permitan establecer coacción, error o inducción al mismo como vicios del consentimiento, la deficiencia de la asesoría que se aduce, menos aún el dolo consistente en artificios o engaños para obtener el consentimiento en el traslado, pues lo que está claro es que la demandante fue asesorada y conocía las condiciones del régimen al cual se vinculaba, por lo tanto, no había lugar a declarar ni la nulidad de la afiliación a Colmena Cesantías y Pensiones hoy Protección, ni la ineficacia prevista en el art. 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se acreditó que el fondo privado hubiese atentado contra el derecho de la trabajadora a seleccionar el régimen pensional, así como tampoco su empleadora, pues en tal aspecto resultaría insuficiente el acervo probatorio recolectado al contarse únicamente con su interrogatorio de parte.

Así las cosas, el supuesto vicio del consentimiento por omisión de información sólo surge cuando se le impide su traslado y parte de una información que desconoce Colmena Cesantías y Pensiones, en su momento, cual son los salarios reportados por la demandante del año 1999 hacia adelante, entre otras variables. Ante ello, imposible resulta ser el pregonar, que haya existido una omisión de la prementada proyección cuando los elementos para realizar ésta última no se conocían al momento en que se materializa la movilidad del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Se consulta entonces ésta Colegiatura, cuáles fueron esas consecuencias que se anuncian como no advertidas a la demandante ora la desventaja de trasladarse a un

régimen, si se insiste se encontraba en plena formación el derecho a pensionarse. ¿Sería prudente suponer que la trabajadora que decidió su traslado siempre tendría el mismo ingreso o que ésta sería superior, que nunca tendría hijos, o si conformaría un matrimonio ora unión marital de hecho? Pues la respuesta es negativa a estos interrogantes porque de pensar ello así, sería autorizar a los juzgadores que edifiquen sus fallos en suposiciones que contrarían nuestra seguridad jurídica y debido proceso.

Por otra parte, se indicará que la naturaleza del fondo privado de pensiones se traduce en el claro acrecimiento de un patrimonio propio, que se nutre de los aportes y para el beneficio personal de quien lo materializa hasta el momento de decidir pensionarse, no así el régimen de prima media con prestación definida donde *“Los aportes de los afiliados y sus rendimientos, constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley.”* (artículo 32 de la Ley 100 de 1993)

Inquieta entonces a esta Colegiatura, el determinar qué tan ajustado a la ley y al principio de solidaridad que gobierna nuestro sistema pensional, de cara a las previsiones del artículo 48 Superior sobre la sostenibilidad de éste último, sería el aceptar que, un particular a quien sólo habiendo cumplido la edad para pensionarse – puesto que a la fecha de presentación de la demanda (fl. 31) contaba con 57 años, 8 meses, y 8 días -, es que pretende retornar a un régimen donde nunca contribuyó al pago de las pensiones “de cada vigencia” y sólo, so pretexto de no habersele proyectado una pensión cuando le faltaban aproximadamente 17 años en edad y un aproximado de más de 328,43 semanas para causar tal derecho justifica un vicio del consentimiento, el que resultaría ser inexistente para tal momento.

Para concluir, sea del caso acotar que, las presentes consideraciones, no pueden tildarse como atentatorias al debido proceso ora algún otro derecho fundamental de la demandante, ello, como quiera que devienen del razonamiento al caso en concreto y apegado a la ley. Por demás, en sede de tutela, la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral ha consentido en lo antes expuesto. Sobre este particular, pueden ser consultados los radicados 53.092 y 54.168.

Por demás, en el Radicado No. 53.984 STL 1677 – 2019, donde se tramitó una acción de tutela contra una providencia de esta Corporación y en la cual fungía como ponente esta Magistrada, se indicó que: *“De lo anterior se infiere que en la decisión que se cuestiona, no se evidencia arbitrariedad constitutiva de vía de hecho, pues la providencia reprochada fue el resultado de una apreciación razonable de la situación fáctica acaecida y consonante con lo dispuesto en las normas que regulaban el tema objeto de estudio y los criterios jurisprudenciales de esta Corporación.”*

Ante ello, se abren paso las razones expuestas en la apelación y a los alegatos, a los que se les da repuesta con esta providencia y por contera, se dispone, REVOCAR la

Código Único de Identificación: 110013105007201700256 -01

Demandante: PATRICIA ALEJANDRINA LIZARAZO DÍAZ

Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

providencia apelada y consultada, y en su lugar DECLARAR DE OFICIO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE EFICACIA DEL ACTO DE AFILIACIÓN DE LA 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 apelada y consultada. En su lugar, se DECLARA PROBADA DE OFICIO LA EXCEPCIÓN DE EFICACIA DEL ACTO DE AFILIACIÓN DE LA 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
ACLABO VOTO.

AUTO

Código Único de Identificación: 110013105007201700256 -01

Demandante: PATRICIA ALEJANDRINA LIZARAZO DÍAZ

Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

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

Patricia Escobar Barboza
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

TSB SECRET S. LABORAL

58563 7JUL'28 PM12:58

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2018-00679 -01

Demandante: RODOLFO BELLO LEMUS

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., seis (06) de julio de dos mil veinte (2020).

Discutido y Aprobado según Acta. 001

AUTO DE SUSTANCIACIÓN

PRIMERO: TÉNGASE como Procuradora principal de Colpensiones a la sociedad ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S

SEGUNDO: RECONOCER personería adjetiva a la Dra. LINDA VANESSA BARRETO SANTA MARÍA, identificada con Tarjeta Profesional 280.300 como procurador sustituto de Colpensiones.

I. ASUNTO A TRATAR

Se deciden los RECURSOS DE APELACIÓN interpuestos por los apoderados de las DEMANDADAS PORVENIR y COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 06 de septiembre de 2019 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, así como el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de Colpensiones, dentro del proceso ordinario laboral que RODOLFO BELLO LEMUS promoviese contra las precitadas demandadas.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare “la nulidad” del traslado al RAIS a través de Porvenir S.A., como consecuencia de ello se le ordene a esta entidad trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante y a esta última recibir sin solución de continuidad al demandante y corregir y actualizar su historia laboral.

Se edifica la demanda y de forma principal, en el presunto engaño que sufrió el actor, el que fue determinante para que decidiera modificar su régimen pensional.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

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 al 1° de abril de 1994 el demandante contaba con 37 años y no cumplía

con las 750 semanas o 15 años de servicios, no siendo beneficiario del régimen de transición, además, para la fecha de solicitud de traslado, esto es 16 de enero de 2018 contaba con 61 años de edad, faltándole menos de 10 años para adquirir la edad para pensionarse, encontrándose inmerso en la prohibición contenida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Menciona que en el presente asunto no se da el vicio de consentimiento alegado por error, ya que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia del acto jurídico celebrado entre el demandante y la AFP, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que afecta la validez del acto jurídico y lo condena a su anulación, adicionalmente, y en gracia de discusión, la supuesta nulidad no se alegó en los términos del artículo 1750 del Código Civil.

Porvenir S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideró tener a su favor (entre ellas la de prescripción), adujo, en síntesis, que la solicitud de nulidad es improcedente por cuanto no existe vicio alguno en el consentimiento al momento del surgimiento del acto jurídico de afiliación a esta AFP, por el contrario, están dados los requisitos de ley para la validez de la selección del régimen realizado por el demandante.

Señaló que la selección de cualquiera de los regímenes previstos por la Ley es libre y voluntaria por parte del (a) afiliado (a), quien manifiesta por escrito su elección al momento de su vinculación o traslado, lo cual se realiza con la suscripción de afiliación al respectivo fondo, ya que con la firma impuesta en la misma dejó constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones al régimen de ahorro individual.

Indicó que la información suministrada a los afiliados del RAIS se encuentra acorde con las disposiciones legales, de manera que el demandante no puede aducir que fue engañado, ya que recibió toda la información y asesoría, además de tener la oportunidad de leer, preguntar e inclusive sustraerse de firmar el documento entregado por el asesor y/o de ejercer su derecho de retracto, luego no puede endilgar responsabilidad a Porvenir dado que su traslado obedeció a una decisión libre, espontánea y consciente. Adujo que el error de hecho sólo vicia el consentimiento cuando se yerra en cuanto a la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa específica, errores que no aparecen como cometidos en el contrato celebrado entre el demandante y la AFP, pues ella sí pretendió afiliarse al RAIS y mantenerse en este, como por tanto tiempo lo ha hecho.

Finalmente, expresó que para el presente asunto no es posible aplicar las sentencias que en materia de nulidades ha proferido la Corte Suprema de Justicia, en la medida en que no es un caso análogo a las situaciones jurídicas que fueron el fundamento para dichas decisiones pues los supuestos son diferentes, ya que en este caso el demandante no es una persona excluida del régimen ni tampoco beneficiario del régimen de transición, no contaba ni con un derecho adquirido, una mera expectativa o una expectativa legítima que la lleve a ser cobijado bajo las mismas premisas de las dichas sentencias.

3. Providencia recurrida

El *A quo* dictó sentencia, en la cual declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por el demandante, ordenando a Porvenir trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del actor, y a esta última recibirlo sin solución de continuidad.

En síntesis, adujo, que conforme la jurisprudencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia el contenido mínimo del deber de información y buen consejo estiba en la ilustración de las características, condiciones, 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, el cual debe ser garantizado por las AFPs desde el momento del trámite del traslado de régimen, esto es debe comprender todas las etapas del proceso desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, obligación que nació en cabeza de las AFPs desde la ley 100 de 1993.

Refiere que para declarar la ineficacia es preciso que se pruebe que se recibió información errónea o falaz, con lo que no es presupuesto para acceder a las pretensiones en este tipo de litigios que el demandante sea o no beneficiario del régimen de transición, lo necesario es probar que la vinculación al RAIS estuvo viciada por la ausencia de información, por la información falaz, imprecisa, e insuficiente que el fondo privado le dio al trabajador, carga de la prueba que en principio está a cargo del trabajador no beneficiario del RAIS.

Indicó que, pese a lo anterior, conforme el inciso final del artículo 167 del CGP y el 1604 del Código Civil, la carga de la prueba corresponde a las AFPs, las cuales deben acreditar que sus actuaciones se ciñeron a la buena fe, al deber de información veraz y completa, evitando cualquier posibilidad de generar perjuicio al trabajador afiliado, ello en cumplimiento al principio de la carga dinámica de la prueba, por cuanto el demandante, en el líbello introductorio hace una negación de carácter indefinido ya que informa que nunca recibió información y la debida asesoría, negación que conforme la norma indicada del CGP le releva de la carga de la prueba, asignándosela a las AFPs, quienes deben allegar prueba que acredite que cumplieron con el deber de información y buen consejo.

Expresó, que no obra un medio probatorio que brinde certeza y veracidad suficiente de que Porvenir, al momento de lograr el traslado de régimen pensional del demandante al RAIS le hubiese suministrado la información que legalmente estaba obligado darle para esa fecha, una información veraz, clara, precisa, comprensible y detallada respecto de cada uno de los regímenes pensionales, así como las consecuencias que le traería para su futuro pensional dicha decisión de traslado a un fondo privado, situación que constituye una flagrante omisión en su deber de información en los términos legal y jurisprudencialmente reseñados, ya que el fondo no cumplió con la carga probatoria que le incumbe en este tipo de casos.

En lo que respecta a los formularios, refiere que no es admisible lo referido por el fondo privado cuando indica que con la firma del formulario se plasma la voluntad libre y consciente del afiliado porque está demostrado que el demandante desconocía sobre la incidencia de ese traslado y lo que tuvo frente a sus derechos prestacionales y pensionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica como lo es la firma, es por ello que este documento no constituye un medio probatorio suficiente para inferir que al demandante se le proporcionó información veraz y que el fondo cumplió con su deber de información y buen consejo.

Finalmente, frente a la prescripción menciona que el artículo 48 de la Constitución define la seguridad social como un derecho de carácter irrenunciable y como quiera que el debate del proceso hace referencia al régimen pensional que debe

aplicársele al demandante para el disfrute de su derecho pensional, este es un tema que es inherente al derecho a la seguridad social y por ende imprescriptible.

4. Argumentos de los recurrentes

Colpensiones

Adujo que la afiliación del demandante cumplió con la normatividad vigente para la fecha en la que se efectuó, que el mismo no se encontraba inmerso en ninguna prohibición legal ni tenía una expectativa legítima que le impidiera su traslado de régimen, así mismo menciona que si bien no obra prueba de la información suministrada a los potenciales afiliados no se puede asumir que dicha información no se suministró de manera verbal al actor ya que era la costumbre y la usanza hasta el año 2016.

Refiere que las AFPs son entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), y que si para la época del traslado del demandante hubiera existido una ley o norma referente a la obligatoriedad de guardar la información suministrada a los potenciales afiliados, se hubiese sancionado a las AFPs al no dar cumplimiento a esta obligación e indica que esta nació para las AFPs con la Ley 1748, pues si bien el deber de información siempre ha existido, no así el deber de documentar la información suministrada a los afiliados, con lo que se estaría cargando a la AFPs con una obligación que no existía al momento del traslado del demandante.

De otro lado, manifiesta que, si bien en el interrogatorio rendido por el demandante este mencionó que se le habló de una pensión anticipada, devolución de saldos, el carácter heredable de la pensión y de los rendimientos, ello no desdice de la realidad, ya que estas son características propias del RAIS, con lo que no se puede asumir que no se le dio ningún tipo de información al demandante.

En lo que se refiere a la carga probatoria, menciona que no se probó, conforme el art. 167 CGP y la SL 136-2014, que efectivamente existiera un error que viciara el consentimiento del demandante y frente a la causa que motivó su traslado, esta se debe a su inconformidad con el monto de la mesada pensional, frente a lo cual, debe tenerse en cuenta la sentencia C 86-2002 en la cual la Corte Constitucional manifestó que el sistema de seguridad social en pensiones tiene por finalidad la debida atención de los afiliados a las contingencias de invalidez, vejez y muerte.

Menciona que no hubo una vinculación dañina para el demandante, pues durante su afiliación en el RAIS este recibió unos rendimientos y tuvo cubiertas sus contingencias de invalidez, vejez y muerte, por lo que si el monto de la pensión no era el que él esperaba ello no debe devenir en una nulidad de la afiliación o traslado realizado, que la buena fe en los contratos se presume de ambas partes y conforme el artículo 83 de la Constitución no se puede asumir que las AFPs actuaran de mala fe, máxime cuando la misma es una presunción que debe encontrarse probada, y dentro del plenario no obra prueba alguna que conlleve al Juez a aseverar que efectivamente la administradora actuó de mala fe, sino conforme la usanza o costumbre de suministrar la información a sus afiliados de manera verbal.

Finalmente, solicita se absuelva a esta entidad de la condena en costas ya que no le es dable oponerse a las pretensiones de la demanda, pues no se encuentra facultada para declarar o dar tránsito a una nulidad o ineficacia de un negocio que se realizó con el cumplimiento de las disposiciones legales establecidas para la época del

traslado, además que esta entidad nunca influyó en la decisión que tomó el demandante para trasladarse de régimen pensional.

Porvenir S.A.

Indica que el traslado efectuado por el demandante fue libre y voluntario, toda vez que el mismo no se encontraba dentro de alguna prohibición legal que le impidiera el traslado, además, para dicha data el actor no tenía ningún derecho adquirido y su consentimiento fue libre de apremios, máxime cuando no era beneficiario del régimen de transición, además que su voluntad de permanencia en el RAIS la reafirmó por la cantidad de semanas cotizadas a este régimen.

Menciona que Porvenir en su base de datos tiene toda la información del demandante como es el formulario de afiliación, los respectivos movimientos y la relación de aportes en los cuales se puede evidenciar mes a mes los aportes realizados por el demandante, los cuales constituyen el capital acumulado y con los que se calcula el monto de la mesada pensional dentro del RAIS, documentos que constituyen el expediente administrativo del actor.

Adujo que el nivel de información que se brindó para la época del traslado está de acuerdo a lo establecido en los lineamientos normativos para el año 2000, teniendo en cuenta que para aquella época lo único que exigía la normatividad vigente era la suscripción de un formulario de afiliación previa una información que se le debía brindar respecto de los regímenes pensionales, información que se dio pues de lo contrario no puede entenderse como el demandante permaneció por más de 15 años afiliado al RAIS sin haber interpuesto queja, inconformidad o reclamo respecto a la información brindada, así como respecto al manejo de su cuenta de ahorro individual, deber de información que ha cumplido Porvenir, pues para el año 2004 publicó en un diario de amplia circulación un edicto emplazatorio comunicándole al demandante la posibilidad que tenía de trasladarse de régimen sin el lleno de los requisitos, en virtud de la Ley 797/03, tiempo en el cual el demandante tampoco optó por realizar el traslado.

Indica que durante el tiempo de permanencia en el RAIS el manejo de la cuenta del demandante generaba unos rendimientos, los cuales nunca hubiese obtenido en el RPM, rendimientos que de trasladarse al RPM constituiría un enriquecimiento sin justa causa, ya que lo que se busca con la ineficacia o nulidad es que se retrotraigan las cosas a su estado anterior, es decir tener el valor de los aportes que hubieran tenido o que hubieran realizado en el RPM.

Finalmente, menciona que la jurisprudencia aplicable a este caso debe tener unas situaciones fácticas idénticas y como se puede observar en este caso el demandante no era beneficiario del régimen de transición, sin que ello quiera decir que no se le brindo información, toda vez que la misma se da sin tener discriminación si es o no beneficiario del régimen de transición.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto del 23 de octubre de 2019, se admiten los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2018-00679 -01

Demandante: RODOLFO BELLO LEMUS

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar mediante auto de fecha 8 de junio de 2020. COLPENSIONES y la parte demandante, presentaron sus alegaciones reiterando aquello que ya se había expuesto en demanda y contestación.

Finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, 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.

Sin embargo, como fuese adversa a los intereses de COLPENSIONES, se surte a su favor el grado jurisdiccional de Consulta.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Conforme a los reparos expuestos en la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, 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 a través de la AFP Porvenir S.A.?

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 04 de febrero de 2000 el demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de la AFP Porvenir (fl. 133) 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, 04 de febrero de 2000 (fl. 133), 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 31 fue allegada copia del documento de identidad del actor en donde se aprecia que nació el 16 de abril de 1956, 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 37 años, 11 meses y 14 días, así como reportaba un aproximado de 484.25 semanas cotizadas (fl. 116)

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 484.25 semanas de cotización, equivalente a 9.4 años, 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 Bello Lemus.

No obstante estar el actor inmerso en tal escenario, pretende la declaratoria de nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Porvenir el 04 de febrero de 2000 (fl. 133), 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 Porvenir, 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 mayoritaria, 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 las sentencias con Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y 31.314, 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 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 hoy 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, 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 que da cuenta el folio 133, del plenario, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad "*libre, espontánea y sin presiones*". Lo que por demás, se acompasa con la narración que hace las normas anteriormente relacionadas.

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 43 años, había cotizado algo más de 737 semanas y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?, por demás, (ii) durante más de 20 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) acepta en su interrogatorio de parte el hecho de haber leído el formulario de afiliación, que su afiliación fue voluntaria y que conocía que se estaba trasladando de régimen, así como que la asesora de habla de que podía hacer aportes voluntarios para aumentar la mesada, que tendría una cuenta de ahorro individual, que podía tener una mejor mesada pensional y que la misma se podía heredar, en su caso a su mamá, y que le informaron que podía devolverse al Régimen de Prima Media.

Y siendo lo anterior así adquiere una mayor connotación lo plasmado en el formulario de afiliación suscrito por el demandante y que obra a folio 133, sin que sea argumento para esta Sala de Decisión la desidia que alega el accionante, máxime cuando en su interrogatorio de parte manifiesta que leyó el formulario de afiliación y que su afiliación al RAIS fue voluntaria, aceptando además que conocía o fue informado sobre aspectos puntuales del Régimen de Ahorro Individual con

Solidaridad, mencionados en antecedencia, que realmente de cara a la legislación, no resultan ser imprecisos. Ergo, si fue asesorado al confesar ello en la prementada diligencia.

En ese orden de ideas, 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 puestas en conocimiento de la parte actora, quien motu proprio, decide trasladarse a un fondo privado conforme expuso en su interrogatorio de parte.

Ahora bien, menester resulta indicar que además éstas 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 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 tomó la decisión de su traslado el 04 de febrero de 2000.

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, y 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.

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, 20 años atrás, la mesada que le correspondería a la 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 al absolver el interrogatorio de parte, es factible inferir que conocía algunas de las posibilidades que ofrece el RAIS, al admitir que los asesores de

la AFP PORVENIR, le indicaron que tendría una cuenta de ahorro individual y que podía hacer aportes voluntarios para aumentar su mesada pensional.

Se considera entonces, que no existen elementos de juicio que permitan establecer coacción, error o inducción al mismo como vicios del consentimiento, la deficiencia de la asesoría que se aduce, menos aún el dolo consistente en artificios o engaños para obtener el consentimiento en el traslado, pues lo que está claro es que el demandante fue asesorado y conocía las condiciones del régimen al cual se vinculaba, por lo tanto, no había lugar a declarar ni la nulidad de la afiliación a la AFP Porvenir, ni la ineficacia prevista en el art. 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se acreditó que persona alguna hubiese atentado contra el derecho del trabajador a seleccionar el régimen pensional.

Así las cosas, el supuesto vicio del consentimiento por omisión de información sólo surge cuando se le impide su traslado y parte de una información que desconoce Porvenir S.A. en su momento, cual son los salarios reportados por el demandante del año 2001 hacia adelante, entre otras variables. Ante ello, imposible resulta ser el pregonar, que haya existido una omisión de la prementada proyección cuando los elementos para realizar ésta última no se conocían al momento en que se materializa la movilidad del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Se consulta entonces ésta Colegiatura, cuáles fueron esas consecuencias que se anuncian como no advertidas al demandante ora la desventaja de trasladarse a un régimen, si se insiste se encontraba en plena formación el derecho a pensionarse. ¿Sería prudente suponer que el trabajador que decidió su traslado siempre tendría el mismo ingreso o que ésta sería superior?, ¿que nunca tendría hijos?, o ¿si conformaría un matrimonio ora unión marital de hecho?. Pues la respuesta es negativa a estos interrogantes porque de pensar ello así, sería autorizar a los juzgadores que edifiquen sus fallos en suposiciones que contrarían nuestra seguridad jurídica y debido proceso.

Por otra parte, se indicará que la naturaleza del fondo privado de pensiones se traduce en el claro acrecimiento de un patrimonio propio, que se nutre de los aportes y para el beneficio personal de quien lo materializa hasta el momento de decidir pensionarse, no así el régimen de prima media con prestación definida donde *“Los aportes de los afiliados y sus rendimientos, constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley.”* (artículo 32 de la Ley 100 de 1993)

Inquieta entonces a esta Colegiatura, el determinar qué tan ajustado a la ley y al principio de solidaridad que gobierna nuestro sistema pensional, de cara a las previsiones del artículo 48 Superior sobre la sostenibilidad de éste último, sería el aceptar que, un particular a quien sólo habiendo cumplido la edad para pensionarse – puesto que a la fecha de presentación de la demanda (fl. 1) contaba con 62 años -, es que pretende retornar a un régimen donde nunca contribuyó al pago de las pensiones “de cada vigencia” y sólo, so pretexto de no habersele proyectado una prestación económica cuando le faltaban aproximadamente 19 años en edad y un aproximado de más de 500 semanas para causar tal derecho justifica un vicio del consentimiento, el que resultaría ser inexistente para tal momento.

Demandante: RODOLFO BELLO LEMUS

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

Para concluir, sea del caso acotar que, las presentes consideraciones, no pueden tildarse como atentatorias al debido proceso ora algún otro derecho fundamental de la demandante, ello, como quiera que devienen del razonamiento al caso en concreto y apegado a la ley. Por demás, en sede de tutela, la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral ha consentido en lo antes expuesto. Sobre este particular, pueden ser consultados los radicados 53.092 y 54.168.

Por demás, en el Radicado No. 53.984 STL 1677 – 2019, donde se tramitó una acción de tutela contra una providencia de esta Corporación y en la cual fungía como ponente esta Magistrada, se indicó que: *"De lo anterior se infiere que en la decisión que se cuestiona, no se evidencia arbitrariedad constitutiva de vía de hecho, pues la providencia reprochada fue el resultado de una apreciación razonable de la situación fáctica acaecida y consonante con lo dispuesto en las normas que regulaban el tema objeto de estudio y los criterios jurisprudenciales de esta Corporación."*

Ante ello, se abren paso las razones expuestas en las apelaciones y por contera, se dispone REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar, declarar probada la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN para con ello absolver a las demandadas.

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.

TSB SECRET S. LABORAL

V. DECISIÓN

58560 7JUL'20 PM12:57

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,

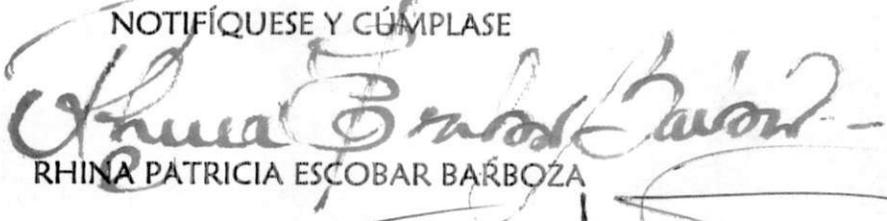
RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia apelada y consultada. En su lugar, se declara probada la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y con ello, se ABSUELVE a las demandadas de las pretensiones de la demanda.

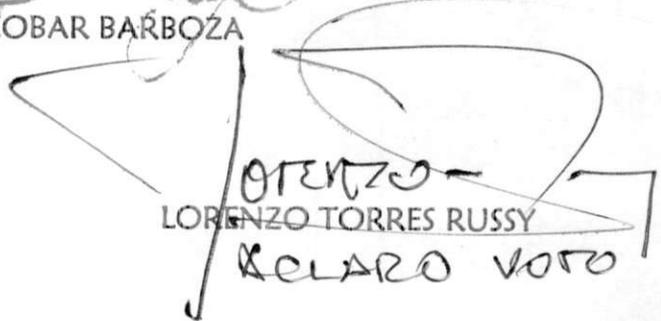
SEGUNDO.- COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte actora.

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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
(Salvamento de Voto)


LORENZO TORRES RUSSY

RELARO VOTO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2018-00679 -01

Demandante: RODOLFO BELLO LEMUS

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

211

AUTO

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

Rhina Escobar Barboza
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

50561 7JUL'20 PM12:57

50560 7JUL'20 PM12:57

TSB SECRET S. LABORAL

50566 7JUL'20 PM 1:00

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2018-00126-01

Demandante: **MARÍA DEL SOCORRO OSORIO MAZO**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

168

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., seis (06) de julio de dos mil veinte (2020).

Discutido y Aprobado según Acta No 001

AUTO DE SUSTANCIACIÓN

PRIMERO: RECONOCER personería adjetiva al Dr. FREDDY QUINTERO LÓPEZ identificado con T.P. 278.643 del Consejo Superior de la Judicatura como procurador de la parte demandada PORVENIR S.A. en los términos y para los efectos del poder conferido.

SEGUNDO: TÉNGASE como Procuradora principal de Colpensiones a la sociedad NAVARRO ROSAS ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S

TERCERO: RECONOCER personería adjetiva al Dr. Gustavo Borbón Morales, identificado con tarjeta profesional 293.864 como procurador sustituto de Colpensiones.

I. ASUNTO A TRATAR

Se deciden los RECURSOS DE APELACIÓN interpuestos por los apoderados de las demandadas PORVENIR Y COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 29 de julio de 2019 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, así como el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de Colpensiones, dentro del proceso ordinario laboral que MARÍA DEL SOCORRO OSORIO MAZO promoviese contra las prementadas demandadas.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la nulidad del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Porvenir S.A.,

y como consecuencia de ello se ordene a Porvenir devolver a Colpensiones el capital que se encuentre depositado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, así como los rendimientos causados.

Se edifica la demanda y de forma principal, en el presunto engaño que sufrió la actora, el que fue determinante para que decidiera modificar su régimen pensional.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

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 la demandante no contaba con 35 años a la entrada en vigencia de la Ley 100/1993 y tampoco había prestado 15 años o más de servicios a la misma fecha, con lo que es evidente que no es beneficiaria del régimen de transición, careciendo de un derecho pensional adquirido o de una expectativa legítima de pensión en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con lo que no puede solicitar el traslado entre regímenes, como lo dispuso la sentencia C-062 de 2010.

Porvenir S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideró tener a su favor (entre ellas la de prescripción), adujo, en síntesis, que la solicitud de nulidad es improcedente por cuanto no existe vicio alguno en el consentimiento al momento del surgimiento del acto jurídico de afiliación a esta AFP, por el contrario, están dados los requisitos de ley para la validez de la selección del régimen realizado por el demandante.

Señaló que la selección de cualquiera de los regímenes previstos por la Ley es libre y voluntaria por parte del (a) afiliado (a), quien manifiesta por escrito su elección al momento de su vinculación o traslado, lo cual se realiza con la suscripción de afiliación al respectivo fondo.

Indicó que la información suministrada a los afiliados del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se encuentra acorde con las disposiciones legales, de manera que la demandante no puede aducir que fue engañada, ya que recibió toda la información y asesoría, además de tener la oportunidad de leer, preguntar e inclusive sustraerse de firmar el documento entregado por el asesor y/o de ejercer su derecho de retracto, luego no puede endilgar responsabilidad a Porvenir dado que su traslado obedeció a una decisión libre, espontánea y consciente. Adujo que a la fecha de traslado de la demandante los fondos privados no tenían la obligación de brindar información en los términos solicitados por la actora, por lo que no se le puede exigir a la AFP que demuestre circunstancias sobre las cuales no había obligatoriedad alguna.

Refiere que el error de hecho sólo vicia el consentimiento cuando se yerra en cuanto a la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa específica, errores que no aparecen como cometidos en el contrato celebrado entre la demandante y la

AFP, pues ella sí pretendió afiliarse al RAIS y mantenerse en este, como por tanto tiempo lo ha hecho.

Finalmente, expresó que para el presente asunto no es posible aplicar las sentencias que en materia de nulidades ha proferido la Corte Suprema de Justicia, en la medida en que no es un caso análogo a las situaciones jurídicas que fueron el fundamento para dichas decisiones pues los supuestos son diferentes, ya que en este caso el demandante no es una persona excluida del régimen ni tampoco beneficiario del régimen de transición, no contaba ni con un derecho adquirido, una mera expectativa o una expectativa legítima que la lleve a ser cobijada bajo las mismas premisas de las dichas sentencias.

3. Providencia recurrida

La A quo dictó sentencia, en la cual declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante, ordenando a Porvenir trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, junto con los intereses y rendimientos que se hubieren causado, así como las demás sumas que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual de la actora y a Colpensiones a reactivar su afiliación y recibir los conceptos que le fueren trasladados.

En síntesis, adujo, que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100/93 establece que la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en dicha ley es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para el efecto manifestará por escrito su elección, ello aunado al Decreto 663 de 1993, que, desde su creación, prescribió la obligación de las AFPs de suministrar a los afiliados la información para lograr la mayor transparencia en las operaciones, de suerte que permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger entre las mejores opciones del mercado.

Refirió que, sobre esta decisión libre y voluntaria que debe acompañar el acto de afiliación, la H. Corte Suprema de Justicia señaló que esta no se limita a una simple manifestación de voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada, esto es precedida de una información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias de su decisión, guiada por el principio de transparencia que impone a la AFP la obligación de dar a conocer la verdad objetiva al afiliado.

Para el caso en estudio, menciona, se estableció que la demandante se trasladó a Porvenir el 06 de noviembre de 1997, por lo que al ser esta la entidad que efectuó el traslado, estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad prestadora de un servicio público, además, que conforme el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, al amparo del artículo 1604 del Código Civil, le corresponde a la AFP acreditar los supuestos de hecho a quien debió implementar, los cuales no se satisfacen con la exhibición del formulario de afiliación.

171

Adujo que, si bien en la solicitud de vinculación No. 9666791 del 6 de noviembre de 1997 la demandante hizo constar que escogía el RAIS de forma libre, espontánea y sin presiones, se evidencia que esta es una simple expresión general de formato que se encuentra impresa en una letra que se torna casi ilegible, siendo esto insuficiente para dar por demostrado el deber de información que le asiste a la AFP.

En cuanto a la prescripción, menciona que, teniendo en cuenta que la acción va encaminada a obtener la ineficacia de la afiliación por cambio de régimen, esta se encuentra íntimamente ligada con los derechos pensionales del afiliado, con lo que no se encuentra sujeta a las reglas de la prescripción, tal y como lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia.

4. Argumentos del recurrente

Porvenir S.A.

Indica que, para el año del traslado de la demandante, esto es 1997, los asesores de Porvenir brindaron toda la información completa y clara, en los términos exigidos por la ley de la época, por ello, no se puede exigir retroactivamente requisitos o cargas que para la época del traslado no se exigían.

Menciona que esa AFP ofreció a la demandante la posibilidad de hacer aportes voluntarios, que la liquidación de las mesadas pensionales tanto en el RPM como en el RAIS se encuentra establecido en la Ley, con lo que se evidencia que Porvenir haya actuado de manera engañosa, puesto que ha actuado de buena fe y para el momento del traslado le dio a la demandante toda la información necesaria para que tomara una decisión libre y voluntaria, lo que en efecto aconteció.

Aduce que, cualquier tipo de error se subsanó con el paso del tiempo al haber efectuado actos de ratificación y convalidación como el seguir realizando aportes, lo cual significa que quería continuar en el régimen, además de resaltar que actualmente la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal establecida en la Ley 100.

Finalmente, indica que las sentencias de la Corte hacen referencia a personas que son beneficiarias del régimen de transición o que cuenta con una expectativa legítima, caso que no es el de la demandante

Colpensiones

Refiere que no pudo probarse la omisión o falta de información que aduce la demandante por parte de Porvenir en el momento en que efectuó su traslado y por el contrario obra en el expediente formulario de afiliación suscrito por la demandante donde se corrobora la voluntad libre y espontánea de efectuar dicho traslado.

Indica que, si bien a esta entidad no le constan las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se le brindó la asesoría de cambio de régimen a la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2018-00126-01

Demandante: **MARÍA DEL SOCORRO OSORIO MAZO**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

132

demandante, la prueba de que dicho traslado se efectuó conforme a derecho se encuentra y corresponde al formulario de afiliación, no siendo atribuible responsabilidad alguna a Colpensiones por la información brindada por Porvenir al momento del traslado, máxime cuando este se efectuó conforme los parámetros que la ley exigía para ese momento.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de 10 de diciembre de 2019, se admiten los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar mediante auto de fecha 8 de junio de 2020. Colpensiones y Porvenir, presentaron sus alegaciones reiterando aquello expresado en la demanda y contestaciones.

Finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, 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.

Sin embargo, como fuese adversa a los intereses de COLPENSIONES, se surte a su favor el grado jurisdiccional de Consulta.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Conforme a los reparos expuestos en la apelación así como el grado jurisdiccional de consulta, la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Colmena (hoy Protección S.A.)?

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 06 de noviembre de 1997 la demandante suscribió formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2018-00126-01

Demandante: MARÍA DEL SOCORRO OSORIO MAZO

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

Solidaridad a través de la AFP Porvenir (fl. 66) 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 la actora, 06 de noviembre de 1997 (fl. 66), 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 18 fue allegada copia del registro civil de nacimiento de la actora en donde se aprecia que nació el 11 de abril de 1966, por lo que al momento de entrada en vigencia del régimen de la Ley 100 de 1993— para su caso 1º de abril de 1994 — contaba con 27 años, 11 meses y 19 días, así como reportaba un aproximado de 363.29 semanas cotizadas (fl. 75 vto)

Así, es fácil constatar que la demandante 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 363.29 semanas de cotización, equivalente a 7 años, 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 4º y 5º 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 la señora Osorio Mazo.

No obstante estar la actora inmersa en tal escenario, pretende la declaratoria de "nulidad" del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Porvenir el 06 de noviembre de 1997 (fl. 66), a efecto de permanecer afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con fundamento en que al momento de realizar dicho traslado, la entidad Porvenir, 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 mayoritaria, 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 las sentencias con Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y 31.314, 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 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 hoy 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, relativas al deber de información para con sus afiliados, se suple con aquellas previsiones que por demás aparecen aceptadas por la propia demandante al momento de suscribir el formulario que da cuenta el folio 66, del plenario, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad "*libre, espontánea y sin presiones*". Lo que por demás, se acompasa con la narración que hace las normas anteriormente relacionadas.

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 convenido 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 a la accionante quien contaba con 31 años, había cotizado 550 semanas y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?, por demás, (ii) durante más de 20 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) acepta en su interrogatorio de parte el hecho de haber firmado el formulario de afiliación y "*recibimos una corta información en un área diferente al puesto de trabajo, nos dieron la corta asesoría*". Pero, confiesa que la recibió.

En ese orden de ideas, 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 puestas en conocimiento de la parte

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2018-00126-01

Demandante: **MARÍA DEL SOCORRO OSORIO MAZO**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

actora, quien motu proprio, decide trasladarse a un fondo privado conforme expuso en su interrogatorio de parte.

Ahora bien, menester resulta indicar que además éstas 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 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 tomó la decisión de su traslado el 25 de agosto de 1997.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2018-00126-01

Demandante: **MARÍA DEL SOCORRO OSORIO MAZO**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

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, y 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.

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, 20 años atrás, la mesada que le correspondería a la 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 la 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 la demandante para su afiliación, por parte de la AFP, en consonancia con el art. 1515 del CC, pues de las afirmaciones efectuadas al absolver el interrogatorio de parte, es factible inferir que conocía algunas de las posibilidades que ofrece el RAIS, al admitir que los asesores de la entonces AFP PORVENIR, no le indicaron que obtendría una mejor rentabilidad en sus ahorros, una pensión en mayor cuantía, y el extinto Instituto de Seguros Sociales "*se iba acabar*". Es decir, no fue objeto de engaño como lo pregona en la demanda.

Se considera entonces, que no existen elementos de juicio que permitan establecer coacción, error o inducción al mismo como vicios del consentimiento, la deficiencia de la asesoría que se aduce, menos aún el dolo consistente en artificios o engaños para obtener el consentimiento en el traslado, pues lo que está claro es que la demandante fue asesorada y conocía las condiciones del régimen al cual se vinculaba, por lo tanto, no había lugar a declarar ni la nulidad de la afiliación a la AFP Colmena hoy Protección, ni la ineficacia prevista en el art. 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se acreditó que persona alguna hubiese atentado contra el derecho de la trabajadora a seleccionar el régimen pensional.

Así las cosas, el supuesto vicio del consentimiento por omisión de información sólo surge cuando se le impide su traslado y parte de una información que desconoce Porvenir S.A. en su momento, cual son los salarios reportados por la demandante del año 1997 hacia adelante, entre otras variables. Ante ello, imposible resulta ser el pregonar, que haya existido una omisión de la prementada proyección cuando los elementos para realizar ésta última no se conocían al momento en que se materializa la movilidad del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Se consulta entonces ésta Colegiatura, cuáles fueron esas consecuencias que se anuncian como no advertidas a la demandante ora la desventaja de trasladarse a un régimen, si se insiste se encontraba en plena formación el derecho a pensionarse. ¿Sería prudente suponer que la trabajadora que decidió su traslado siempre tendría el mismo ingreso o que ésta sería superior?, que nunca tendría hijos o a qué edad los tuviese?, o si conformaría un matrimonio ora unión marital de hecho?. Pues la respuesta es negativa a estos interrogantes porque de pensar ello así, sería autorizar a los juzgadores que edifiquen sus fallos en suposiciones que contrarían nuestra seguridad jurídica y debido proceso.

Por otra parte, se indicará que la naturaleza del fondo privado de pensiones se traduce en el claro acrecimiento de un patrimonio propio, que se nutre de los aportes y para el beneficio personal de quien lo materializa hasta el momento de decidir pensionarse, no así el régimen de prima media con prestación definida donde "*Los aportes de los afiliados y sus rendimientos, constituyen un fondo común de*

naturaleza pública, que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley." (artículo 32 de la Ley 100 de 1993)

Inquieta entonces a esta Colegiatura, el determinar qué tan ajustado a la ley y al principio de solidaridad que gobierna nuestro sistema pensional, de cara a las previsiones del artículo 48 Superior sobre la sostenibilidad de éste último, sería el aceptar que, un particular a quien sólo prácticamente ad portas de cumplir la edad para pensionarse – puesto que a la fecha de presentación de la demanda (fl. 33) contaba con 51 años -, es que pretende retornar a un régimen donde nunca contribuyó al pago de las pensiones “de cada vigencia” y sólo, so pretexto de no habersele proyectado una prestación económica cuando le faltaban aproximadamente 26 años en edad y un aproximado de más de 800 semanas para causar tal derecho justifica un vicio del consentimiento, el que resultaría ser inexistente para tal momento.

Finalmente, sea del caso acotar que, las presentes consideraciones, no pueden tildarse como atentatorias al debido proceso ora algún otro derecho fundamental de la demandante, ello, como quiera que devienen del razonamiento al caso en concreto y apegado a la ley. Por demás, en sede de tutela, la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral ha consentido en lo antes expuesto. Sobre este particular, pueden ser consultados los radicados 53.092 y 54.168.

Por demás, en el Radicado No. 53.984 STL 1677 – 2019, donde se tramitó una acción de tutela contra una providencia de esta Corporación y en la cual fungía como ponente esta magistrada, se indicó que: *“De lo anterior se infiere que en la decisión que se cuestiona, no se evidencia arbitrariedad constitutiva de vía de hecho, pues la providencia reprochada fue el resultado de una apreciación razonable de la situación fáctica acaecida y consonante con lo dispuesto en las normas que regulaban el tema objeto de estudio y los criterios jurisprudenciales de esta Corporación.”*

Ante ello, se abren paso las razones expuestas en las apelaciones y por contera, se dispone REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar, declarar probada la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN para con ello absolver a las demandadas.

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 apelada y consultada. En su lugar, se declara probada la excepción de **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN** y con ello, se **ABSUELVE** a las demandadas de las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO.- COSTAS en ambas instancia 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

Lorenzo Torres Russy
~~LORENZO TORRES RUSSY~~

~~DECLARO VOTO~~

Marceliano Chavez Avila
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
(Salvamento de Voto)

AUTO

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

Rhina Patricia Escobar Barboza
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
Magistrada Ponente

TSB SECRET S. LABORAL

50565 7JUL'20 PM12:59

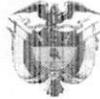
Código Único de Identificación: 11 001 31 05011201800054-01

Demandante: JOSÉ ABRAHAM VARÓN LEMA

Demandado: COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A

251

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., seis (06) de julio de dos mil veinte (2020).

Discutido y Aprobado según Acta No 001.

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de octubre de 2019 dentro del proceso ordinario laboral que JOSÉ ABRAHAM VARÓN LEMA promoviese contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la nulidad del traslado realizado al RAIS por el actor, el 28 de julio de 1994. Como consecuencia de lo anterior, solicita que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A traslade los valores obtenidos en virtud de su vinculación junto con todos los rendimientos que se hubieren causado; y a Colpensiones a recibir los valores obtenidos mientras estuvo vinculado al RAIS, y a contabilizar para efectos pensionales las mesadas cotizadas en tal régimen.

Subsidiariamente, solicita declarar la ineficacia del traslado que realizó al RAIS, a través de PORVENIR S.A, el 28 de julio de 1994.

Se edifica la demanda y de forma principal, en la presunta falta de información que no suministró el fondo privado al actor al momento de efectuar su traslado.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05011201800054-01

Demandante: JOSÉ ABRAHAM VARÓN LEMA

Demandado: COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A

252

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 dentro del expediente no obra prueba de que el demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte del fondo privado.

Indica que, el accionante no está amparado con el régimen de transición, por lo que debió trasladarse cuando le faltaban más de 10 años para cumplir la edad pensional, así como tampoco no acredita 15 años de servicios a 01 de abril de 1994.

Señala que, los supuestos de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia son distintos a los del demandante, como quiera, que en tales providencias los accionantes eran beneficiarios del régimen de transición y tenían una expectativa legítima de pensión.

Finalmente, aduce que no existe error que pueda viciar el consentimiento, ya que no es esencial y de tal envergadura que afecte la validez del actor, por demás que podía ser saneada.

Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir 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 al accionante se le brindó toda la información necesaria haciéndola saber que debería constituir un capital superior al 110% del salario mínimo legal para obtener una pensión, que si deseaba una más alta debía tener cotizaciones constantes, y que sus aportes tenían rendimientos que dependían de la fluctuación del mercado.

Refiere que, que la decisión de traslado de la actora fue libre, informada, espontánea, eficaz y válida, llenándose todos los requisitos que la ley exige, diligenciándose la correspondiente solicitud de vinculación o traslado.

Indica, que el deber de información de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2555 de 2010, establecen que el consumidor financiero puede solicitar en cualquier tiempo durante la vigencia de su relación con la administradora, toda la información que requiera para tomar decisiones informadas sobre su participación en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones.

Finalmente, menciona que el accionante contaba con el derecho de retracto, y que no pueden aplicarse las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, como quiera que no regulan casos análogos al que se discute, ya que, los accionante en tales asuntos, no eran beneficiarios del régimen de transición o con expectativas legítimas.

Mediante providencia del 21 de febrero de 2019, se dispuso por parte del Juzgado de Conocimiento vincular a **Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A** (fl.141),

Demandante: JOSÉ ABRAHAM VARÓN LEMA

Demandado: COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A

253

quien señaló que no tuvo ninguna participación en el traslado de régimen de la accionante, y que cumplió con las formalidades de afiliación cuando el actor decidió afiliarse con ellos, pues se acataron los términos de traslado, y el demandante se vinculó de forma libre y espontánea.

Señala que, el deber de asesoría sólo surgió con la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, que el demandante no hizo uso de su derecho de retracto, y que no hubo presión ni coacción para que el actor firmara el formulario de afiliación.

Manifiesta que, la nulidad absoluta se produce por objeto o causa ilícita, o por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no por la calidad del estado de las personas que los ejecutan o acuerdan; en cambio, la nulidad relativa se produce por cualquier otra especie de vicio y da derecho a rescisión del contrato o del acto, como lo es un vicio del consentimiento.

Aduce, que el error de derecho no vicia el consentimiento; que no se avizora error de hecho pues no se erró en cuanto a la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa específica

Finalmente, que el demandante no era beneficiario del régimen de transición ni tenía una expectativa legítima de pensionarse.

3. Providencia recurrida

El A quo dictó sentencia absolutoria.

En síntesis, refirió que era si bien era deber de Porvenir S.A allegar formulario de afiliación para poder establecer que el documento fue firmado por el promotor de la acción, lo cierto es que obran dos formularios que dan cuenta de la voluntad del accionante de estar vinculado al RAIS de forma libre, espontánea y sin presiones.

Frente al caso particular, aduce, que no se acredita vicio del consentimiento, por cuanto al momento del traslado era imposible efectuarle al afiliado una proyección pensional, pues no se tenía certeza de su continuidad en el sistema y los aportes que realizaría; y que al actor le faltaba al momento del traslado 25 años para pensionarse, no era beneficiario del régimen de transición, tenía 309 semanas, de modo que no se avizora un perjuicio irremediable.

Finiquita exponiendo que tan solo cuando estaba el demandante ad- portas de pensionarse solicita una ineficacia o nulidad que no existió; y que en los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia se protegen expectativas legítimas, lo que no se evidencia en el asunto.

4. Argumentos del Recurrente

Adujo que, el formulario de afiliación para el año 1994 es inexistente, lo que no permite concluir que se cumplieron los respectivos actos solemnes sobre la elección libre y voluntaria, la comunicación escrita, y la suscripción de un formulario de afiliación; que lo anterior no se puede suplir con posteriores traslados, pues se carece de una de las formas iniciales, el formulario inicial, o la demostración de un consentimiento informado, o que se hubiese señalando al actor las características del RAIS, las ventajas y desventajas de tal régimen, diferencias, y riesgos.

Expone que lo dicho, encuentra sustento en la variada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, donde también se hace alusión a que los cambios entre fondos no ratifican la afiliación; que hay diferentes características del RAIS que eran necesarias que el afiliado conociera para planificar su pensión, como lo son: la constitución de una cuenta de ahorro individual, y las fluctuaciones del mercado; por lo que, no se entiende como se señala que no hubo un perjuicio cuando su mesada resulta significativamente menor en el RAIS.

Concluye indicado que todo lo anterior, genera un vicio del consentimiento por error e inclusive por dolo, por demás que, se torna ineficaz el acto al no existir formulario de afiliación; que el artículo 1604 del CC y los postulados de la carga de la prueba no se aplicaron al no tenerse en cuenta a quien le correspondía probar; que se obvió que según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia no se deben efectuar más miramientos, como los son si se estaba frente a una expectativa legítima o si el accionante era beneficiario del régimen de transición; y que si bien para 1994 no existía una disposición que obligara al fondo a hacer una proyección pensional, si era posible hacerla con los salarios que se tenían en el momento, pues los decretos posteriores solo reiteraron lo que era obligación de los fondos privados.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de febrero de 2020, 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 los apoderados de las partes.

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 05011201800054-01

Demandante: JOSÉ ABRAHAM VARÓN LEMA

Demandado: COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A

255

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

Confirmar 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 28 de julio de 1994 el demandante fue afiliado al RAIS a través de AFP Horizonte Pensiones y Cesantías, entidad que sería absorbida por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., (fl. 124) 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, 28 de julio de 1994 (fl. 124), 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 88 fue allegada copia del documento de identidad del actor en donde se aprecia que nació el 15 de septiembre de 1958, por lo que al

Código Único de Identificación: 11 001 31 05011201800054-01

Demandante: JOSÉ ABRAHAM VARÓN LEMA

Demandado: COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A

256

momento de entrada en vigencia del régimen de la Ley 100 de 1993– para su caso 1º de abril de 1994 – contaba con 35 años, 6 meses y 17 días, así como reportaba un aproximado de 309,57 semanas cotizadas (fls. 96 y 97).

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 309,57 semanas de cotización, equivalente a 5.93 años, 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 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 resultan exigibles 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 Varón Lema.

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 la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías S.A el 28 de julio de 1994 (fl. 124), 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 AFP Horizonte Pensiones y Cesantías S.A, 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05011201800054-01

Demandante: JOSÉ ABRAHAM VARÓN LEMA

Demandado: COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A

258

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;

Código Único de Identificación: 11 001 31 05011201800054-01

Demandante: JOSÉ ABRAHAM VARÓN LEMA

Demandado: COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A

258

- 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 hoy 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 la propia demandante al momento de suscribir los diferentes formularios de afiliación a los fondos privados, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de la voluntad *"libre, espontánea y sin presiones"*.

Ciertamente, no desconoce la Sala que no obra en el plenario el primer formulario de afiliación suscrito con la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías S.A, y pese a que no obra la manifestación de voluntad inicial, encontramos que esta se ratificó en distintos actos quedando plasmado en los formularios de afiliación obrantes en el proceso, en sus siguientes traslados, Old Mutual Pensiones y Cesantías el 11 de abril de 2000 y 29 de septiembre de 2004, y Porvenir S.A el 21 de mayo de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05011201800054-01

Demandante: JOSÉ ABRAHAM VARÓN LEMA

Demandado: COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A

259

2002, documentos donde aparece expresamente que la correspondiente la voluntad del actor era "*libre, espontánea, y sin presiones*" (fls. 123, 168, y 169).

Así, 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 35 años, había cotizado un poco más de 309,57 semanas y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?, por demás, (ii) durante más de 24 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) aducen en interrogatorio de parte que laboraba en un área financiera y era Administrador de Empresas, en ese orden de ideas, **confiesa no ser un afiliado lego así como el hecho de haber sido asesorado de forma personal por un asesor de OLD MUTUAL.**

En efecto, en este asunto, adquiere una mayor connotación lo plasmado en los diferentes formularios de afiliación suscritos por el demandante y que obran a folios 123, 168, y 169 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 señala que era Administrador de Empresas, que ha laborado en el área financiera, de mercadeo y comercial; aceptó recibir información acerca de la importancia de cotizar en el RAIS.

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.

Demandante: JOSÉ ABRAHAM VARÓN LEMA

Demandado: COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A

260

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 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 tomó la decisión de su traslado el 28 de julio 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05011201800054-01

Demandante: JOSÉ ABRAHAM VARÓN LEMA

Demandado: COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A

261

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.

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, 24 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 el interrogatorio de parte, es factible inferir que conocía algunas de las posibilidades que ofrece el RAIS, al admitir la importancia de las cotizaciones.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05011201800054-01

Demandante: JOSÉ ABRAHAM VARÓN LEMA

Demandado: COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A

262

Se considera entonces, que no existen elementos de juicio que permitan establecer coacción, error o inducción al mismo como vicios del consentimiento, la deficiencia de la asesoría que se aduce, menos aún el dolo consistente en artificios o engaños para obtener el consentimiento en el traslado, pues lo que está claro es que el demandante fue asesorado y conocía las condiciones del régimen al cual se vinculaba, por lo tanto, no había lugar a declarar ni la nulidad de la afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, ni la ineficacia prevista en el art. 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se acreditó que persona alguna hubiese atentado contra el derecho del trabajador a seleccionar el régimen pensional.

Así las cosas, el supuesto vicio del consentimiento por omisión de información sólo surge cuando se le impide su traslado y parte de una información que desconoce la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, en su momento, cual son los salarios reportados por el demandante del año 1994 hacia adelante, entre otras variables. Ante ello, imposible resulta ser el pregonar, que haya existido una omisión de la prementada proyección cuando los elementos para realizar ésta última no se conocían al momento en que se materializa la movilidad del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Se consulta entonces esta Colegiatura, cuáles fueron esas consecuencias que se anuncian como no advertidas al demandante ora la desventaja de trasladarse a un régimen, si se insiste se encontraba en plena formación el derecho a pensionarse. ¿Sería prudente suponer que el trabajador que decidió su traslado siempre tendría el mismo ingreso o que ésta sería superior, que nunca tendría hijos, o si conformaría un matrimonio ora unión marital de hecho? Pues la respuesta es negativa a estos interrogantes porque de pensar ello así, sería autorizar a los juzgadores que edifiquen sus fallos en suposiciones que contrarían nuestra seguridad jurídica y debido proceso.

Por otra parte, se indicará que la naturaleza del fondo privado de pensiones se traduce en el claro acrecimiento de un patrimonio propio, que se nutre de los aportes y para el beneficio personal de quien lo materializa hasta el momento de decidir pensionarse, no así el régimen de prima media con prestación definida donde *“Los aportes de los afiliados y sus rendimientos, constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley.”* (artículo 32 de la Ley 100 de 1993)

Inquieta entonces a esta Colegiatura, el determinar qué tan ajustado a la ley y al principio de solidaridad que gobierna nuestro sistema pensional, de cara a las previsiones del artículo 48 Superior sobre la sostenibilidad de éste último, sería el aceptar que, un particular a quien sólo estando próximo a cumplir la edad para

Demandante: JOSÉ ABRAHAM VARÓN LEMA

Demandado: COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A

pensionarse – puesto que a la fecha de presentación de la demanda (fl. 64) contaba con 59 años, 3 meses, y 16 días -, es que pretende retornar a un régimen donde nunca contribuyó al pago de las pensiones “de cada vigencia” y sólo, so pretexto de no habersele proyectado una pensión cuando le faltaban aproximadamente 26 años en edad y un aproximado de más de 990.43 semanas para causar tal derecho justifica un vicio del consentimiento que resultaría ser inexistente al momento del traslado, o alega que no se acató el correspondiente deber de información frente a presupuestos que resultarían impredecibles en dicho momento.

Para concluir, sea del caso acotar que, las presentes consideraciones, no pueden tildarse como atentatorias al debido proceso ora algún otro derecho fundamental del demandante, ello, como quiera que devienen del razonamiento al caso en concreto y apegado a la ley. Por demás, en sede de tutela, la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral ha consentido en lo antes expuesto. Sobre este particular, pueden ser consultados los radicados 53.092 y 54.168.

Por demás, en el Radicado No. 53.984 STL 1677 – 2019, donde se tramitó una acción de tutela contra una providencia de esta Corporación y en la cual fungía como ponente esta Magistrada, se indicó que: *“De lo anterior se infiere que en la decisión que se cuestiona, no se evidencia arbitrariedad constitutiva de vía de hecho, pues la providencia reprochada fue el resultado de una apreciación razonable de la situación fáctica acaecida y consonante con lo dispuesto en las normas que regulaban el tema objeto de estudio y los criterios jurisprudenciales de esta Corporación.”*

Ante ello, no se abren paso a las razones expuestas en la apelación y en los alegatos de la parte actora, a los que se da repuesta con esta providencia junto con los demás del extremo pasivo, y por contera, se dispone, CONFIRMAR la sentencia.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del CGP se condenará en costas en esta instancia 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,

R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05011201800054-01

Demandante: JOSÉ ABRAHAM VARÓN LEMA

Demandado: COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A

264

SEGUNDO.- COSTAS en esta instancia 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
Aclaro Voto

AUTO

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

Rhina Patricia Escobar Barboza
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

TSB SECRET S. LABORAL

50569 7JUL*20 PM 1:02

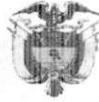
Código Único de Identificación: 11 001 31 05-013-2018-00757 -01

Demandante: **MAGDA PATRICIA JIMÉNEZ SALAMANCA**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.**

289

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., seis (06) de julio de dos mil veinte (2020).

Discutido y Aprobado según Acta No. 001

AUTO DE SUSTANCIACIÓN

PRIMERO: TÉNGASE como Procuradora principal de Colpensiones a la sociedad **ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S.**

SEGUNDO: RECONOCER personería adjetiva a la Dra. **MARÍA ELENA FIERRO GARCÍA**, con Tarjeta Profesional 291.785 del Consejo Superior de la Judicatura.

I. ASUNTO A TRATAR

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la **DEMANDADA COLFONDOS S.A.**, en contra de la sentencia proferida el 02 de septiembre de 2019 por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, así como el grado jurisdiccional de **CONSULTA** a favor de Colpensiones, dentro del proceso ordinario laboral que **MAGDA PATRICIA JIMÉNEZ SALAMANCA** promoviese contra Colpensiones, Porvenir y Colfondos.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare “la nulidad” y/o ineficacia del traslado del RPM al RAIS a través de Colfondos S.A., y como consecuencia de ello se ordene a Porvenir, AFP a la cual se encuentra actualmente

afiliada la demandante, restituir a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de la vinculación al RAIS; así mismo, deprecia se ordene a Colpensiones a recibir a la demandante como afiliada y los valores antes mencionados.

Se edifica la demanda y de forma principal, en el presunto engaño que sufrió la actora, el que fue determinante para que decidiera modificar su régimen pensional.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda dirigidas en contra de la entidad, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción), expone, en síntesis, que Colpensiones no tuvo injerencia en la afiliación que la demandante realizara a la AFP; además, refiere que la actora no aportó prueba que permita inferir que el traslado efectuado estuvo afectado por algún vicio del consentimiento, con lo que se presume que la afiliación realizada a Porvenir se encuentra revestida de plena validez y legalidad.

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, 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 la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y no cumple lo establecido en las sentencias SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, por lo que no pertenece al grupo de afiliados que puede trasladarse de régimen pensional en cualquier momento; adicionalmente, refiere que la demandante le faltan menos de 10 años para cumplir la edad para acceder a una pensión de vejez en el RPM, pues para la fecha cuenta con 57 años, con lo cual se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado de régimen; adicionalmente, aduce que la afiliación de la actora fue plenamente eficaz y estuvo respaldada en la normatividad vigente, es determinable en el tiempo y ha cumplido con las condiciones y normas legales que deben atender las AFPs.

Así mismo, indica que las sentencias de la Corte Suprema de Justicia citadas no pueden ser aplicadas al presente asunto como quiera que estas no tienen similitud fáctica con el presente caso, con lo que, de hacerlo, se estaría vulnerando el derecho al debido proceso y el principio de legalidad y que en el presente caso operó el

fenómeno de la prescripción, ya que la acción no fue interpuesta dentro del término de que trata el art. 1750 del Código Civil.

En cuanto a **Porvenir S.A.**, se tiene que mediante auto de fecha 22 de mayo de 2019 (fl. 228) se tuvo por no contestada la demanda por esta entidad, a través de memorial de fecha 23 de agosto de 2019 (fl. 232-233) se interpuso incidente de nulidad con fundamento en el numeral 8 del artículo 133 del CGP, el cual, fue objeto de desistimiento por parte de la apoderada de la entidad en la audiencia de que tratan los artículos 77 y 80 del CPTSS llevada a cabo el 02 de septiembre de 2019.

3. Providencia recurrida

El A quo dictó sentencia, en la cual declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora al RAIS a través de Colfondos, como consecuencia de lo cual, ordenó a Porvenir S.A. el traslado de todos los aportes a Colpensiones, junto con sus rendimientos, ordenando a esta última, recibir los mismos y activar la afiliación de la demandante.

En síntesis, consideró, que conforme al línea jurisprudencial sentada por la Corte Suprema de Justicia, son los fondos los que deben proporcionar al potencial afiliado una suficiente, compleja y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras, además que el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a esos fondos surgen desde las etapas previas y preparatorias de la formalización de su afiliación a la administradora.

Adujo que, en el presente asunto, le correspondía a Colfondos la carga de la prueba, tendiente a demostrar que al momento de la afiliación le proporcionó a la actora una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras, actuación que brilla por su ausencia, pues solo se aportó la afiliación efectuada a ese fondo el 18/6/96 prueba que no da certeza o demostración alguna de que a la demandante le hubiesen, en ese momento preciso del traslado, suministrado una información clara y precisa respecto de las consecuencias que implicaba el cambio de régimen pensional y que tomaba en ese momento tan trascendental, situación que tampoco fue probada por Porvenir, pues de las probanzas arrojadas no hay lugar a colegir que este fondo

hubiese informado a la señora Jiménez Salamanca acerca de las ventajas y desventajas que implicaba la afiliación al RAIS. Además, que la jurisprudencia de la Corte ha señalado que la actuación viciada del traslado inicial del RPM al RAIS no se convalida por los traslados de administradoras en este último régimen.

Sobre la ineficacia del traslado por falta de información de los afiliados al RAIS sostuvo que es procedente, se encuentre o no la persona en régimen de transición; así mismo, mencionó que la ineficacia de la afiliación no está relacionada de manera alguna con una expectativa de la pensión o con un derecho causado, pues ello no está consagrado ni en la legislación ni en la jurisprudencia para que proceda la ineficacia del traslado por el incumplimiento del deber de información.

Concluye indicando que, de las pruebas allegadas no se puede extraer que la demandada Colfondos o las subsiguientes AFPs cumplieron con la obligación de entregar la información completa y veraz al momento del traslado de régimen y no se encuentra plenamente demostrado que a la demandante, para la fecha de su traslado, se le hubiere dado la información antes referida, por lo que en este caso no se probó vicio del consentimiento pero sí se echa de menos la falta de información sobre las implicaciones del cambio de régimen.

4. Argumentos del recurrente

Colfondos S.A.

Indica, respecto al consentimiento, que cualquier persona puede acceder a las fuentes de información donde están determinadas claramente cada una de las características de los regímenes pensionales que existen en Colombia y su respectiva normatividad, siendo una carga complementaria la posibilidad que tienen los afiliados de informarse al respecto; además, aduce, al momento del traslado de régimen de la demandante no existía la obligación de información en los términos que se encuentra establecida actualmente, ya es que es a partir del año 2015 que se exige que a través de herramientas financieras se establezca cual puede llegar a ser el posible monto de la pensión al momento de su reconocimiento.

Menciona que en el año 1996, año en el que la demandante se traslada de régimen, no existía esta obligación legal, y establecerla de manera retroactiva vulneraría los principios fundamentales del derecho de defensa y debido proceso, lo cual ha sido establecido la Superintendencia Financiera en la Resolución 2015-123910

de 2012; adicionalmente, al momento del traslado la demandante sólo tenía tres años de cotización, lo que no le daba al asesor comercial la posibilidad de establecer cuál sería el monto posible de su pensión, ya que no contaba con la suficiente información para establecerlo, además, para dicho momento la actora contaba con 32 años, lo que también se suma a la falta de información que tenía el asesor.

Refiere que no resulta válido que la demandante manifiesta que ha sido engañada y no conocer las condiciones del RAIS al haber realizado cotizaciones por aproximadamente 20 años, pudiendo solicitar en todo momento el traslado o información, máxime cuando existe un deber de diligencia por parte de los afiliados en conocer las condiciones de su afiliación, más, cuando se trata de un elemento esencial de su vida como lo es la pensión.

Aduce que, dadas las reglas de la experiencia y la sana crítica, cuando entre particulares se suscriben negocios jurídicos en virtud de la autonomía de la voluntad privada no es razonable que alguno de los contratantes preste su consentimiento, al suscribir el formulario, que le ocasione alguna clase de perjuicio, por lo que no es posible concluir que la demandante no hubiere recibido ningún tipo de información respecto al cambio de régimen pensional, ya que es deber de quien decide efectuar esta clase de actuaciones, definir las condiciones y términos de los mismos, así como las ventajas y desventajas que le traerá su determinación.

Finalmente, indica que el error en el que incurrió la demandante por el supuesto mal asesoramiento se relaciona con la naturaleza del RAIS, que le otorgaba unos derechos diferentes a los que tenía de haber permanecido afiliada al RPM, por lo que, por expreso mandato del artículo 1509 del Código Civil, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento de quien lo presta, máxime cuando las consecuencias del traslado de este régimen están claramente definidas en la Ley 100 de 1993, ley expedida 3 años antes de que la demandante realizara el traslado de régimen.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto del 08 de octubre de 2019, se admite el recurso de apelación así como el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar mediante auto de fecha 8 de junio de 2020. COLPENSIONES y la parte demandante, presentaron sus alegaciones reiterando aquello expresado en la demanda y contestaciones.

Finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, 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.

Sin embargo, como fuese adversa a los intereses de COLPENSIONES, se surte a su favor el grado jurisdiccional de Consulta.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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 la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Colfondos S.A.?

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 día 18 de junio de 1996 la demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de la AFP Colfondos a efectos de trasladarse de régimen pensional, pues anteriormente se encontraba cotizando al ISS (fls. 208).

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 la actora, 18 de junio de 1996 (fl. 208), 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 48 fue allegada copia del documento de identidad de la actora en donde se aprecia que nació el 28 de marzo de 1962, por lo que al momento de entrada en vigencia del régimen de la Ley 100 de 1993— para su caso 1º de abril de 1994 — contaba con 32 años, 0 meses y 1 día, así como reportaba un aproximado de 57.49 semanas cotizadas, conforme los días cotizados que refiere el documento visible a folio 59 (vto).

Así, es fácil constatar que la actora 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 57.49 semanas de cotización, equivalente a 1.15 años, 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 4º y 5º 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 la señora Jiménez Salamanca.

No obstante estar la actora inmersa en tal escenario, pretende la declaratoria de nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, el 18 de junio de 1996 (fl. 208), a efecto de permanecer afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con fundamento en que al momento de realizar dicho traslado, la entidad Colfondos S.A., no realizó proyección pensional, ni brindó información suficiente, amplia ni oportuna que le permitiera conocer a la accionante las consecuencias, implicaciones y desventajas que le traía el traslado de régimen.

Sobre el tópico, no desconoce esta Sala mayoritaria, 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 las sentencias con Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y 31.314, 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 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 hoy 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, 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 que da cuenta el folio 208, del plenario, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad "*libre, espontánea y sin presiones*". Lo que por demás, se acompasa con la narración que hace las normas anteriormente relacionadas.

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 acordada 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 a la accionante quien contaba con 34 años, había cotizado 174 semanas y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?, por demás, (ii) durante más de 20 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 el interrogatorio de parte aceptó que sabía de la existencia de fondos y la asesora le explicó que "era un fondo". Por demás, refirió en el formulario que su grado de escolaridad es "Profesional Especializado Forense".

Y siendo lo anterior así adquiere una mayor connotación lo plasmado en el formulario de afiliación suscrito por la demandante y que obra a folio 208, sin que sea argumento para esta Sala de Decisión la desidia que alega la accionante, máxime cuando en el interrogatorio de parte rendido manifestó haberle dado a la asesora de Colfondos los datos para que diligenciara el formulario y que ésta última la enteró de lo que "eran los fondos" y prácticamente nunca estar interesada en su futuro pensional, salvo el momento en que el riesgo de vejez acaece.

En ese orden de ideas, 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.

Ahora bien, menester resulta indicar que además éstas 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 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 tomó la decisión de su traslado el 18 de junio de 1996.

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, y 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.

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, 20 años atrás, la mesada que le correspondería a la 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 la 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 *idem*.

Tampoco se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en la demandante para su afiliación, por parte de la AFP, en consonancia con el art. 1515 del CC.

Se considera entonces, que no existen elementos de juicio que permitan establecer coacción, error o inducción al mismo como vicios del consentimiento, la deficiencia de la asesoría que se aduce, menos aún el dolo consistente en artificios o engaños para obtener el consentimiento en el traslado, ni la ineficacia prevista en el art. 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se acreditó que persona alguna hubiese atentado contra el derecho de la trabajadora a seleccionar el régimen pensional.

Así las cosas, el supuesto vicio del consentimiento por omisión de información sólo surge cuando se le impide su traslado y parte de una información que desconoce Colfondos S.A. en su momento, cual son los salarios reportados por la demandante del año 1997 hacia adelante, entre otras variables. Ante ello, imposible resulta ser el pregonar, que haya existido una omisión de la prementada proyección cuando los

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-013-2018-00757 -01

Demandante: MAGDA PATRICIA JIMÉNEZ SALAMANCA

Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.

303

elementos para realizar ésta última no se conocían al momento en que se materializa la movilidad del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Se consulta entonces ésta Colegiatura, cuáles fueron esas consecuencias que se anuncian como no advertidas a la demandante ora la desventaja de trasladarse a un régimen, si se insiste se encontraba en plena formación el derecho a pensionarse. ¿Sería prudente suponer que la trabajadora que decidió su traslado siempre tendría el mismo ingreso o que ésta sería superior?, ¿que nunca tendría hijos?, o ¿si conformaría un matrimonio ora unión marital de hecho?. Pues la respuesta es negativa a estos interrogantes porque de pensar ello así, sería autorizar a los juzgadores que edifiquen sus fallos en suposiciones que contrarían nuestra seguridad jurídica y debido proceso.

Por otra parte, se indicará que la naturaleza del fondo privado de pensiones se traduce en el claro acrecimiento de un patrimonio propio, que se nutre de los aportes y para el beneficio personal de quien lo materializa hasta el momento de decidir pensionarse, no así el régimen de prima media con prestación definida donde *“Los aportes de los afiliados y sus rendimientos, constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley.”* (artículo 32 de la Ley 100 de 1993)

Inquieta entonces a esta Colegiatura, el determinar qué tan ajustado a la ley y al principio de solidaridad que gobierna nuestro sistema pensional, de cara a las previsiones del artículo 48 Superior sobre la sostenibilidad de éste último, sería el aceptar que, un particular a quien sólo encontrándose ad portas de cumplir la edad para pensionarse – puesto que a la fecha de presentación de la demanda (fl. 79) contaba con 56 años -, es que pretende retornar a un régimen donde nunca contribuyó al pago de las pensiones “de cada vigencia” y sólo, so pretexto de no habersele proyectado una prestación económica cuando le faltaban aproximadamente 23 años en edad y un aproximado de más de 1100 semanas para causar tal derecho justifica un vicio del consentimiento, el que resultaría ser inexistente para tal momento.

Para concluir, sea del caso acotar que, las presentes consideraciones, no pueden tildarse como atentatorias al debido proceso o a algún otro derecho fundamental de la demandante, ello, como quiera que devienen del razonamiento al caso en concreto y apegado a la ley. Por demás, en sede de tutela, la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral ha consentido en lo antes expuesto. Sobre este particular, pueden ser consultados los radicados 53.092 y 54.168.

Por demás, en el Radicado No. 53.984 STL 1677 – 2019, donde se tramitó una acción de tutela contra una providencia de esta Corporación y en la cual fungía como ponente esta Magistrada, se indicó que: *“De lo anterior se infiere que en la decisión que se cuestiona, no se evidencia arbitrariedad constitutiva de vía de hecho, pues la providencia reprochada fue el resultado de una apreciación razonable de la situación fáctica acaecida y consonante con lo dispuesto en las normas que regulaban el tema objeto de estudio y los criterios jurisprudenciales de esta Corporación.”*

Ante ello, se abren paso las razones expuestas en las apelaciones y por contera, se dispone REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar, declarar probada la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN para con ello absolver a las demandadas.

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 apelada y consultada. En su lugar, se declara probada la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y con ello, se ABSUELVE a las demandadas de las pretensiones de la demanda.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-013-2018-00757 -01

Demandante: MAGDA PATRICIA JIMÉNEZ SALAMANCA

Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.

305

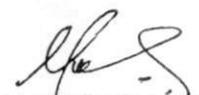
SEGUNDO.- COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte actora.

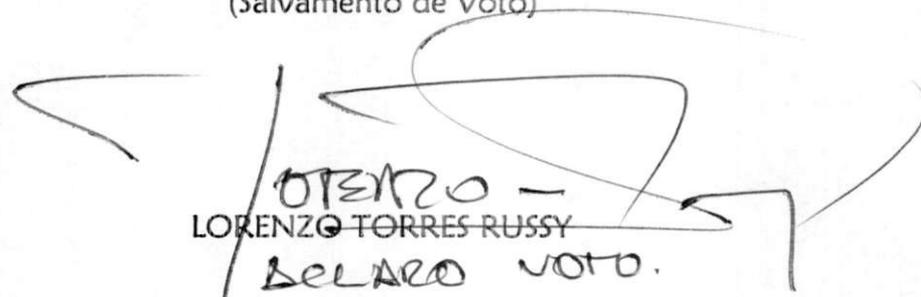
TERCERO.- Devuélvase el expediente al juzgado de origen

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.

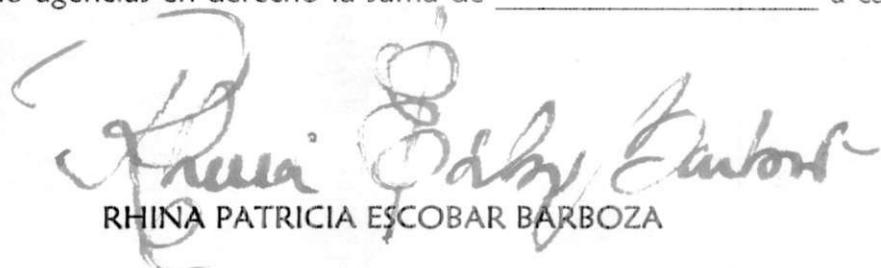
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
(Salvamento de Voto)


LORENZO TORRES RUSSY
DELARDO VOTO.
AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de _____ a cargo de la parte actora.


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

TSB SECRET S. LABORAL

50560 7JUL'20 PM 1:01

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., seis (06) de julio de dos mil veinte (2020).

Discutido y Aprobado según Acta No 001

AUTO DE SUSTANCIACIÓN

PRIMERO: RECONOCER personería adjetiva a la doctora YESENIA TABARES con T.P. 242.706 del Consejo Superior de la Judicatura como procuradora de la parte demandada PORVENIR S.A. en los términos y para los efectos del poder conferido.

SEGUNDO: TÉNGASE como Procuradora principal de Colpensiones a la sociedad ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S.

TERCERO: RECONOCER personería adjetiva a la Dra. MARÍA ELENA FIERRO GARCÍA, como procuradora sustituta de Colpensiones.

I. ASUNTO A TRATAR

Se decide el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la demandada PORVENIR, en contra de la sentencia proferida el 05 de agosto de 2019 por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, así como el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de Colpensiones, dentro del proceso ordinario laboral que DORIS ALEIDA CORREDOR ROJAS promoviese contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A..

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare “la nulidad” del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado a través de Porvenir S.A., y como consecuencia de ello ordenar el retorno automático de la demandante al RPM

administrado por Colpensiones, ordenar a Porvenir la devolución a Colpensiones de todos los valores que hubiere recibido en razón de la afiliación de la actora, y a esa última a reactivar la afiliación de la accionante.

Se edifica la demanda y de forma principal, en el presunto engaño que sufrió la actora, el que fue determinante para que decidiera modificar su régimen pensional.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

Colpensiones, se opuso a varias de las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción), expone, en síntesis, que Colpensiones no tuvo injerencia en la afiliación que la demandante realizara a la AFP; además, refiere que la actora no aportó prueba que permita inferir que el traslado efectuado estuvo afectado por algún vicio del consentimiento, con lo que se presume que la afiliación realizada a Porvenir se encuentra revestida de plena validez y legalidad.

En cuanto a Porvenir S.A., mediante auto de fecha 17 de mayo de 2018 (fl.127), se le tuvo por no contestada la demanda.

3. Providencia recurrida

El *A quo* dictó sentencia, en la cual declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y como consecuencia de ello ordenó el traslado de todos los aportes por ella efectuados, así como sus respectivos rendimientos a Colpensiones, entidad a la que se le ordenó recibir los mismos y activar la afiliación de la actora, teniéndose como única afiliación la efectuada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida- Colpensiones.

En síntesis, consideró, que conforme al línea jurisprudencial sentada por la Corte Suprema de Justicia, son los fondos los que deben proporcionar al potencial afiliado una suficiente, compleja y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras, además que el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a esos fondos surgen desde las etapas previas y preparatorias de la formalización de su afiliación a la administradora. En cuanto al formulario de afiliación, menciona que en este caso dicho documento no fue aportado, pese a lo cual, lo que se hecha de menos es la falta de información veraz y suficiente pues aquella decisión no tiene el carácter de libre y voluntaria si se realiza sin el pleno conocimiento que ella entraña.

Aduce que, en el presente asunto, le correspondía a Porvenir la carga de la prueba, tendiente a demostrar que al momento de la afiliación le proporcionó a la actora una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-013-2019-00049-01

Demandante: DORIS ALEIDA CORREDOR ROJAS

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras, actuación que brilla por su ausencia, pues si bien el hecho de la afiliación de la demandante a la administradora del RAIS se probó con las documentales allegadas, de las cuales se colige que el traslado se dio el 02 de marzo de 1996, dichas pruebas no dan certeza o demostración alguna de que a la demandante le hubiesen, en ese momento preciso del traslado, suministrado una información clara y precisa respecto de las consecuencias que implicaba el cambio de régimen pensional.

Sobre la ineficacia del traslado por falta de información de los afiliados al RAIS sostuvo que es procedente, se encuentre o no la persona en régimen de transición; así mismo, mencionó que la ineficacia de la afiliación no está relacionada de manera alguna con una expectativa de la pensión o con un derecho causado, pues ello no está consagrado ni en la legislación ni en la jurisprudencia para que proceda la ineficacia del traslado por el incumplimiento del deber de información.

Concluye indicando que, de las pruebas allegadas no se puede extraer que la demandada Porvenir cumplió con la obligación de entregar la información completa y veraz al momento del traslado de régimen y no se encuentra plenamente demostrado que a la demandante, para la fecha de su traslado, se le hubiere dado la información antes referida, por lo que en este caso no se probó vicio del consentimiento pero si se echa de menos la falta de información sobre las implicaciones del cambio de régimen.

4. Argumentos del recurrente

Porvenir S.A.

Menciona que no se encuentra afectado el acto voluntario y libre del traslado de régimen realizado por la demandante, que en el mismo no se incurrió en ninguna prohibición legal que lo impidiera, además que al momento en que la actora realizó el traslado no había adquirido derecho alguno, máxime cuando no era beneficiaria del régimen de transición.

Aduce que la voluntad de permanencia en el RAIS fue reafirmada por la actora con el gran número de semanas cotizadas con posterioridad a su afiliación y con la aceptación de los extractos de su cuenta de ahorro individual.

Frente a los vicios del consentimiento alegados por la demandante, esta no aporta pruebas pertinentes para demostrarlos, siendo a ella a quien le correspondía la carga procesal de hacerlo conforme lo dispone el artículo 167 del CGP.

Indica que, las consecuencias del traslado de régimen las definió la Ley 100/93 por lo que cualquier duda interpretativa de la norma constituye un error de derecho que, en los términos del artículo 1509 del Código Civil no tiene alcance para viciar el consentimiento.

Refiere que resulta imposible para cualquier persona establecer de forma cierta que en el momento del traslado le era conveniente la afiliación de uno o de otro régimen pensional, máxime cuando cada régimen tiene aspectos favorables y desfavorables uno en comparación con el otro, siendo esta la razón por la cual el ordenamiento jurídico le otorgó al afiliado la opción de escoger y una vez realizado ello se tienen las restricciones sobre las cuales se pronunció la Corte Suprema de Justicia. Adicionalmente, indica que al momento del traslado de la demandante a esta le faltaban más de 20 años para cumplir la edad para acceder a una pensión en el RPM, con lo que resulta imposible para las AFPs informar acerca de la conveniencia de permanecer en uno u otro régimen, máxime cuando la actora no ejerció su derecho de retracto.

Concluye mencionando que, las cotizaciones al sistema general de pensiones no pretenden garantizar un monto determinado de pensión, cual es la motivación real del presente proceso y que no puede perderse de vista la actitud despreocupada de la accionante respecto de su futuro pensional, pues no elevó petición de información o asesoría durante la vigencia de su vinculación ni en Porvenir ni en Colpensiones.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de 10 de diciembre de 2019, se admiten los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar mediante auto de fecha 8 de junio de 2020. La totalidad de extremos procesales, presentaron sus alegaciones reiterando aquello expresado en la demanda y contestaciones.

Finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, 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.

Sin embargo, como fuese adversa a los intereses de COLPENSIONES, se surte a su favor el grado jurisdiccional de Consulta.

II. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Conforme a los reparos expuestos en la apelación así como el grado jurisdiccional de consulta, la Sala encuentra como problema jurídico por resolver el siguiente:

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

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, conforme el documento visible a folio 55 se tiene que la demandante efectuó traslado al RAIS el día 02 de marzo de 1996, "a través de la suscripción del formulario de afiliación con la Administradora Porvenir S.A.", documento que fue aportado por la demandante y no fue tachado por Porvenir S.A.

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 la actora, 02 de marzo de 1996 (fl. 55), 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 26 fue allegada copia del documento de identidad de la actora en donde se aprecia que nació el 17 de febrero de 1964, por lo que al momento de entrada en vigencia del régimen de la Ley 100 de 1993— para su caso 1º de abril de 1994 — contaba con 30 años, 1 mes y 13 días, así como reportaba un aproximado de 380,82 semanas cotizadas (fl. 121)

Así, es fácil constatar que la actora 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 380.82 semanas de cotización,

equivalente a 7.4 años, 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 la señora Corredor Rojas.

No obstante estar la actora inmersa en tal escenario, pretende la declaratoria de "nulidad" del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, el 02 de marzo de 1996 (fl. 55), a efecto de permanecer afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con fundamento en que al momento de realizar dicho traslado, la entidad Porvenir S.A., no realizó proyección pensional, ni brindó información suficiente, amplia ni oportuna que le permitiera conocer a la accionante las consecuencias, implicaciones y desventajas que le traía el traslado de régimen.

Sobre el tópico, no desconoce esta Sala mayoritaria, 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 las sentencias con Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y 31.314, 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. 1° 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 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 hoy 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, relativas al deber de información para con sus afiliados, se suple con aquellas previsiones que por demás aparecen confesadas por la propia demandante en su demanda cuando confiesa que el asesor del fondo privado –hecho 15- la atendió de forma personal pero trata de justificar su decisión en un error al que inducida, so pretexto de una falta de proyección de una pensión. Ciertamente, se confiesa en el hecho 7º que el “asesor que, de manera personal, atendió a DORIS ALEIDA CORREDOR ROJAS y que adelantó su traslado de régimen, presentó el Régimen de Ahorro Individual como el más beneficioso para los empleados y la mejor opción con miras a contar con posibilidades más favorables en materia pensional”.

Y es que realmente en este asunto, resulta inentendible informar que se omitió una información pero a la vez, ésta fue engañosa. En efecto, si se consulta la sentencia C-956-2001, expresamente la Corte Constitucional avaló la existencia de dos regímenes diferentes sin que pudiese tildarse de inconstitucional alguno de ellos. Es decir, indicar que un régimen es beneficioso ora la mejor opción, per se, no es engañoso como se presenta en la demanda.

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 convenido 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 a la accionante quien contaba con 32 años, había cotizado 483 semanas y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?, por demás, (ii) durante más de 20 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) acepta en su demanda que fue asesorada personalmente y expone que, fue engañada por información que realmente aquella que se expuso como tal, no puede ser así considerada.

En ese orden de ideas, 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 puestas en conocimiento de la parte actora, quien motu proprio, decide trasladarse a un fondo privado conforme expuso en su demanda.

Ahora bien, menester resulta indicar que además éstas 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 inconulta, sino que es necesario la ocurrencia de un perjuicio claro, cierto, y específicamente 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

225

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 tomó la decisión de su traslado el 25 de agosto de 1997.

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 2° 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, y 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.

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, 20 años atrás, la mesada que le correspondería a la 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 la 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 la demandante para su afiliación, por parte de la AFP, en consonancia con el art. 1515 del CC, pues de las afirmaciones efectuadas al absolver el interrogatorio de parte, es factible inferir que conocía algunas de las posibilidades que ofrece el RAIS, al admitir que los asesores de la entonces AFP PORVENIR, le indicaron que obtendría una mejor rentabilidad en sus ahorros ora una pensión en mayor cuantía. Es decir, no fue objeto de engaño como lo pregonaba en la demanda.

Se considera entonces, que no existen elementos de juicio que permitan establecer coacción, error o inducción al mismo como vicios del consentimiento, la deficiencia de la asesoría que se aduce, menos aún el dolo consistente en artificios o engaños para obtener el consentimiento en el traslado, pues lo que está claro es que la demandante fue asesorada y conocía las condiciones del régimen al cual se vinculaba, por lo tanto, no había lugar a declarar ni la nulidad de la afiliación a la AFP Colmena hoy Protección, ni la ineficacia prevista en el art. 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se acreditó que persona alguna hubiese atentado contra el derecho de la trabajadora a seleccionar el régimen pensional.

Así las cosas, el supuesto vicio del consentimiento por omisión de información sólo surge cuando se le impide su traslado y parte de una información que desconoce Porvenir S.A. en su momento, cual son los salarios reportados por la demandante del

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-013-2019-00049-01

Demandante: DORIS ALEIDA CORREDOR ROJAS

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

año 1996 hacia adelante, entre otras variables. Ante ello, imposible resulta ser el pregonar, que haya existido una omisión de la prementada proyección cuando los elementos para realizar ésta última no se conocían al momento en que se materializa la movilidad del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Se consulta entonces ésta Colegiatura, cuáles fueron esas consecuencias que se anuncian como no advertidas a la demandante ora la desventaja de trasladarse a un régimen, si se insiste se encontraba en plena formación el derecho a pensionarse. ¿Sería prudente suponer que la trabajadora que decidió su traslado siempre tendría el mismo ingreso o que ésta sería superior?, que nunca tendría hijos o a qué edad los tuviese?, o si conformaría un matrimonio ora unión marital de hecho?. Pues la respuesta es negativa a estos interrogantes porque de pensar ello así, sería autorizar a los juzgadores que edifiquen sus fallos en suposiciones que contrarían nuestra seguridad jurídica y debido proceso.

Por otra parte, se indicará que la naturaleza del fondo privado de pensiones se traduce en el claro acrecimiento de un patrimonio propio, que se nutre de los aportes y para el beneficio personal de quien lo materializa hasta el momento de decidir pensionarse, no así el régimen de prima media con prestación definida donde *“Los aportes de los afiliados y sus rendimientos, constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley.”* (artículo 32 de la Ley 100 de 1993)

Inquieta entonces a esta Colegiatura, el determinar qué tan ajustado a la ley y al principio de solidaridad que gobierna nuestro sistema pensional, de cara a las previsiones del artículo 48 Superior sobre la sostenibilidad de éste último, sería el aceptar que, un particular a quien sólo habiendo cumplido la edad para pensionarse – puesto que a la fecha de presentación de la demanda (fl. 81) contaba con 54 años - , es que pretende retornar a un régimen donde nunca contribuyó al pago de las pensiones “de cada vigencia” y sólo, so pretexto de no habersele proyectado una prestación económica cuando le faltaban aproximadamente 25 años en edad y un aproximado de más de 800 semanas para causar tal derecho justifica un vicio del consentimiento, el que resultaría ser inexistente para tal momento.

Para concluir, sea del caso acotar que, las presentes consideraciones, no pueden tildarse como atentatorias al debido proceso ora algún otro derecho fundamental de la demandante, ello, como quiera que devienen del razonamiento al caso en concreto y apegado a la ley. Por demás, en sede de tutela, la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral ha consentido en lo antes expuesto. Sobre este particular, pueden ser consultados los radicados 53.092 y 54.168.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-013-2019-00049-01

Demandante: DORIS ALEIDA CORREDOR ROJAS

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

Por demás, en el Radicado No. 53.984 STL 1677 – 2019, donde se tramitó una acción de tutela contra una providencia de esta Corporación y en la cual fungía como ponente esta Magistrada, se indicó que: *“De lo anterior se infiere que en la decisión que se cuestiona, no se evidencia arbitrariedad constitutiva de vía de hecho, pues la providencia reprochada fue el resultado de una apreciación razonable de la situación fáctica acaecida y consonante con lo dispuesto en las normas que regulaban el tema objeto de estudio y los criterios jurisprudenciales de esta Corporación.”*

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.

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 apelada y consultada. En su lugar, se declara probada la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y con ello, se ABSUELVE a las demandadas de las pretensiones de la demanda.

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

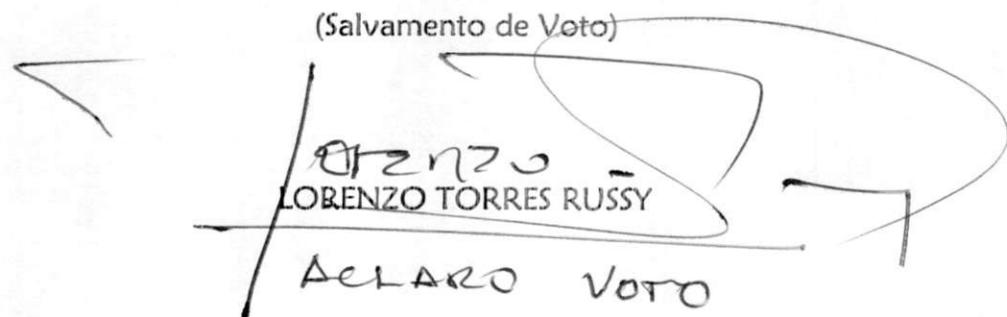
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA


MÁRCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(Salvamento de Voto)


LORENZO TORRES RUSSY

DECLARO VOTO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-013-2019-00049-01

Demandante: DORIS ALEIDA CORREDOR ROJAS

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

AUTO

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


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

TSB SECRET S. LABORAL

50556 7JUL'20 PM12:55

225

Código Único de Identificación: 11 001 31 05019201800106-01
Demandante: NORMA ESMERALDA RANGEL GÓNGORA
Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PROTECCIÓN S.A.

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., seis (06) de julio de dos mil veinte (2020).

Discutido y Aprobado según Acta No 001

I. ASUNTO A TRATAR

Se decide el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la apoderada de la DEMANDADA COLFONDOS S.A., en contra de la sentencia proferida el 20 de agosto de 2019 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, así como el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de Colpensiones, dentro del proceso ordinario laboral que NORMA ESMERALDA RANGEL GÓNGORA promoviese contra las precitadas demandadas.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare “la nulidad” de la afiliación realizada al RAIS a través de Protección y Colfondos y como consecuencia de ello ordenar a dichas entidades a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiesen recibido con motivo de la afiliación de la demandante incluyendo los rendimientos causados, así como que se declare que la actora continúa afiliada al RPM a través de Colpensiones.

Se edifica la demanda y de forma principal, en el presunto engaño que sufrió la actora, el que fue determinante para que decidiera modificar su régimen pensional.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

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 el traslado de la demandante al RAIS se realizó con plena voluntad de esta, quien por su propia decisión solicitó el traslado suscribiendo los formularios para efectuar el mismo, siendo la afiliación totalmente válida, al no configurarse vicio alguno del consentimiento.

Aduce que a la demandante le faltan menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, con lo que se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado de régimen, además que no contaba con 15 años de cotizaciones para el 1º de abril de 1994, con lo que el traslado al RPM resulta improcedente.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05019201800106-01

Demandante: **NORMA ESMERALDA RANGEL GÓNGORA**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PROTECCIÓN S.A.**

Finalmente, menciona que cualquier acción se encuentra prescrita, en los términos del artículo 2536 del Código Civil, pues en el presente caso han pasado 23 años desde el primer traslado efectuado por la demandante.

Protección S.A., se opuso a las pretensiones incoadas en la demanda en su contra, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción), adujo, en síntesis, que la afiliación realizada por la demandante a la AFP Colmena se materializó a partir de la información suministrada de manera libre, espontánea, voluntaria y sin presiones, con el diligenciamiento y firma en el formulario correspondiente, que lo reviste de legalidad, sin encontrar situación anómala o irregular, que permitan su anulación.

Refiere que no se evidencia ningún tipo de vicio del consentimiento que vicie la aprobación de la actora para que proceda la nulidad de la afiliación a la AFP Colmena, situación que no fue acreditada por la parte demandante. Adicionalmente, la actora no era beneficiaria del régimen de transición para que pudiera trasladarse al RPM en cualquier tiempo.

Colfondos S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideró tener a su favor (entre ellas la de prescripción), adujo, en síntesis, que la vinculación de la demandante a esta entidad fue un acto válido en la medida en que suscribió solicitud de vinculación, su decisión de traslado de régimen se realizó de manera libre, espontánea y sin presiones, luego de haber recibido la correspondiente asesoría por parte de esta AFP, tal y como se hace constar al imponer su firma en la casilla correspondiente dentro del formulario de afiliación.

Indica que el formulario de afiliación se ajusta a la Ley y contiene la información requerida para el efecto, además de que la demandante no hizo uso del derecho de retracto que la ley le concede.

Aduce que la demandante no prueba el supuesto engaño u omisión en la información que menciona, siendo carga de esta probar dicha afirmación, además, tampoco especifica cual fue la acción fraudulenta de esa AFP, y que en el caso de que se refiera a un error de derecho, conforme el art. 1509 del Código Civil este no produce vicio en el consentimiento.

Finalmente, menciona que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición y que la acción se encuentra prescrita.

3. Providencia recurrida

La A quo dictó sentencia, en la cual declaró la ineficacia del traslado, efectuado el 27 de noviembre de 1995 y los posteriores, así como válidamente vinculada a la actora al RPM administrado por Colpensiones. También, condenó a Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante junto con los rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración.

En síntesis, consideró, que conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la AFPs deben brindar al potencial afiliado una información transparente, que le permita a este elegir, entre las distintas opciones del mercado, aquella que mejor se ajuste a sus intereses, es decir, describiéndole las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, implicando una comparación entre

Código Único de Identificación: 11 001 31 05019201800106-01

Demandante: **NORMA ESMERALDA RANGEL GÓNGORA**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PROTECCIÓN S.A.**

sus características, desventajas objetivas, así como las consecuencias del traslado, de modo que el afiliado conozca con exactitud el manejo de los sistemas pensionales y las modalidades de las pensiones.

Aduce que el deber en mención es muy riguroso, pues de su ejercicio depende una importante situación como es la protección de la vejez, invalidez y la muerte, de manera que la aseveración de la afiliada de no haber recibido una información, clara, completa y veraz, corresponde a un supuesto negativo que solo puede ser desvirtuado por la AFP mediante prueba que acredite que se cumplió con esa obligación.

Indica que esa interpretación jurisprudencial no sufre variaciones cuando los afiliados no son beneficiarios del régimen de transición como acontece en el presente asunto, pues las AFPs tienen la obligación de dar a los afiliados la información suficiente para que estos tomen la decisión adecuada, sin que la AFP Protección (antes Colmena) hubiere probado que cumplió con ese deber de haber entregado al afiliado una información veraz y completa para que este hubiera elegido el mejor régimen para obtener la pensión y aunque fue allegado el formulario de afiliación suscrito por la demandante, este no es suficiente para dar por demostrado ese deber de información, pues si bien acredita el consentimiento no demuestra que el mismo haya sido informado.

Finalmente, refiere que la declaración de ineficacia de afiliación al régimen pensional es imprescriptible como quiera que se trata de una pretensión declarativa y los derechos que de ella emanan forman parte de los derechos irrenunciables a la seguridad social.

4. Argumentos del recurrente

COLFONDOS S.A.

Indica que la AFP ha descontado el 3% para cobrar los gastos de administración y para pagar el seguro previsional, descuento que se encuentra debidamente autorizado por Ley, menciona que durante todo el tiempo que la demandante ha estado afiliada a Colfondos esta AFP ha administrado los dineros depositados en su cuenta de ahorro individual, gestión que se ha realizado con diligencia y como consecuencia dichos recursos han generado unos rendimientos financieros que se han acreditado en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Menciona que no es procedente ordenar la devolución de lo que la AFP descontó por concepto de administración, toda vez que se trata de condiciones ya causadas, descuentos realizados conforme la Ley y como contraprestación de la buena administración que se ha realizado.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto del 08 de octubre de 2019, se admiten 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 mediante auto de fecha 8 de junio de 2020. Las demandadas Colfondos y Colpensiones, presentaron sus alegaciones reiterando aquello expresado en sus contestaciones.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05019201800106-01

Demandante: NORMA ESMERALDA RANGEL GÓNGORA

Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PROTECCIÓN S.A.

Finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, 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.

Sin embargo, como fuese adversa a los intereses de COLPENSIONES, se surte a su favor el grado jurisdiccional de Consulta.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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 la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Colmena (hoy Protección S.A.)?

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 27 de noviembre de 1995 la demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de la AFP Colmena a efectos de trasladarse de régimen pensional, pues anteriormente se encontraba cotizando al ISS (fls. 60 y 124).

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 la actora, 27 de noviembre de 1995 (fl. 60 y 124), 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 47 fue allegada copia del documento de identidad de la actora en donde se aprecia que nació el 06 de julio de 1961, por lo que al momento de entrada en vigencia del régimen de la Ley 100 de 1993— para su caso 1º

Código Único de Identificación: 11 001 31 05019201800106-01

Demandante: NORMA ESMERALDA RANGEL GÓNGORA

Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PROTECCIÓN S.A.

de abril de 1994 – contaba con 32 años, 8 meses y 23 días, así como reportaba un aproximado de 577.14 semanas cotizadas (fl. 171 vto).

Así, es fácil constatar que la actora 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 577.14 semanas de cotización, equivalente a 11.2 años, 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 la señora Rangel Góngora.

No obstante estar la actora inmersa en tal escenario, pretende la declaratoria de nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Colmena el 27 de noviembre de 1995 (fl. 60 y 124), a efecto de permanecer afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con fundamento en que al momento de realizar dicho traslado, la entidad Colmena, no realizó proyección pensional, ni brindó información suficiente, amplia ni oportuna que le permitiera conocer a la accionante las consecuencias, implicaciones y desventajas que le traía el traslado de régimen.

Sobre el tópico, no desconoce esta Sala mayoritaria, 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 las sentencias con Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y 31.314, 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 acompaña 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 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 hoy 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, relativas al deber de información para con sus afiliados, se suple con aquellas previsiones que por demás aparecen aceptadas por la propia demandante al momento de suscribir el formulario que dan cuenta los folios 60 y 124, del plenario, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad "*libre, espontánea y sin presiones*". Lo que por demás, se acompasa con la narración que hace las normas anteriormente relacionadas.

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 a la accionante quien contaba con 34 años, había cotizado 616 semanas y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?, por demás, (ii) durante más de 20 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) acepta en su interrogatorio de parte el hecho de haber leído el formulario de afiliación y recibido información sobre el hecho de una mayor rentabilidad en la mesada pensional. Por demás confiesa, que **nunca** tuvo interés en regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida como quiera y consideró que el Seguro Social se iba a acabar.

Y siendo lo anterior así adquiere una mayor connotación lo plasmado en el formulario de afiliación suscrito por la demandante y que obra a folios 60 y 124, sin que sea argumento para esta Sala de Decisión la desidia que alega la accionante, máxime cuando en el interrogatorio de parte rendido manifestó haber leído el formulario de afiliación para diligenciarlo, que le ofrecieron una mayor rentabilidad en su mesada pensional, lo que realmente de cara a la legislación, no resultan ser imprecisos. Ergo, si fue asesorada al confesar ello en la prementada diligencia.

En ese orden de ideas, 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 puestas en conocimiento de la parte actora, quien motu proprio, decide trasladarse a un fondo privado conforme expuso en su interrogatorio de parte.

Ahora bien, menester resulta indicar que además éstas 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 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 tomó la decisión de su traslado el 27 de noviembre de 1995.

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.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05019201800106-01

Demandante: NORMA ESMERALDA RANGEL GÓNGORA

Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PROTECCIÓN S.A.

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, y 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.

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, 20 años atrás, la mesada que le correspondería a la 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 la 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 la demandante para su afiliación, por parte de la AFP, en consonancia con el art. 1515 del CC, pues de las afirmaciones efectuadas al absolver el interrogatorio de parte, es factible inferir que conocía algunas de las posibilidades que ofrece el RAIS, al admitir que los asesores de la entonces AFP COLMENA, le indicaron que obtendría una mejor rentabilidad en sus ahorros y el extinto Instituto de Seguros Sociales "*se iba a acabar*". Por demás, se traslada de forma múltiple en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad siempre intentando recuperar el tiempo cotizado y no abonado, pero confiesa el no querer regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida porque siempre consideró que el Instituto de Seguros Sociales no tenía viabilidad.

Se considera entonces, que no existen elementos de juicio que permitan establecer coacción, error o inducción al mismo como vicios del consentimiento, la deficiencia de la asesoría que se aduce, menos aún el dolo consistente en artificios o engaños para obtener el consentimiento en el traslado, pues lo que está claro es que la demandante fue asesorada y conocía las condiciones del régimen al cual se vinculaba, por lo tanto, no había lugar a declarar ni la nulidad de la afiliación a la AFP Colmena hoy Protección, ni la ineficacia prevista en el art. 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se acreditó que persona alguna hubiese atentado contra el derecho de la trabajadora a seleccionar el régimen pensional.

Así las cosas, el supuesto vicio del consentimiento por omisión de información sólo surge cuando se le impide su traslado y parte de una información que desconoce Colmena en su momento, cual son los salarios reportados por la demandante del año 1996 hacia adelante, entre otras variables. Ante ello, imposible resulta ser el pregonar, que haya existido una omisión de la prementada proyección cuando los elementos para realizar ésta última no se conocían al momento en que se materializa la movilidad del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Se consulta entonces ésta Colegiatura, cuáles fueron esas consecuencias que se anuncian como no advertidas a la demandante ora la desventaja de trasladarse a un régimen, si se insiste se encontraba en plena formación el derecho a pensionarse. ¿Sería prudente suponer que la trabajadora que decidió su traslado siempre tendría el mismo ingreso o que ésta sería superior?, ¿que nunca tendría hijos?, o ¿si conformaría un matrimonio ora unión marital de hecho?. Pues la respuesta es negativa a estos interrogantes porque de pensar ello así, sería autorizar a los juzgadores que edifiquen sus fallos en suposiciones que contrarían nuestra seguridad jurídica y debido proceso.

Por otra parte, se indicará que la naturaleza del fondo privado de pensiones se traduce en el claro acrecimiento de un patrimonio propio, que se nutre de los aportes y para el beneficio personal de quien lo materializa hasta el momento de decidir pensionarse, no así el régimen de prima media con prestación definida donde *“Los aportes de los afiliados y sus rendimientos, constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley.”* (artículo 32 de la Ley 100 de 1993)

Inquieta entonces a esta Colegiatura, el determinar qué tan ajustado a la ley y al principio de solidaridad que gobierna nuestro sistema pensional, de cara a las previsiones del artículo 48 Superior sobre la sostenibilidad de éste último, sería el aceptar que, un particular a quien sólo encontrándose ad portas de cumplir la edad para pensionarse – puesto que a la fecha de presentación de la demanda (fl. 1) contaba con 56 años -, es que pretende retornar a un régimen donde nunca contribuyó al pago de las pensiones “de cada vigencia” y sólo, so pretexto de no habersele proyectado una prestación económica cuando le faltaban aproximadamente 25 años en edad y un aproximado de más de 700 semanas para causar tal derecho justifica un vicio del consentimiento, el que resultaría ser inexistente para tal momento.

Para concluir, sea del caso acotar que, las presentes consideraciones, no pueden tildarse como atentatorias al debido proceso ora algún otro derecho fundamental de la demandante, ello, como quiera que devienen del razonamiento al caso en concreto y

Código Único de Identificación: 11 001 31 05019201800106-01

Demandante: NORMA ESMERALDA RANGEL GÓNGORA

Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PROTECCIÓN S.A.

apegado a la ley. Por demás, en sede de tutela, la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral ha consentido en lo antes expuesto. Sobre este particular, pueden ser consultados los radicados 53.092 y 54.168.

Por demás, en el Radicado No. 53.984 STL 1677 – 2019, donde se tramitó una acción de tutela contra una providencia de esta Corporación y en la cual fungía como ponente esta Magistrada, se indicó que: *“De lo anterior se infiere que en la decisión que se cuestiona, no se evidencia arbitrariedad constitutiva de vía de hecho, pues la providencia reprochada fue el resultado de una apreciación razonable de la situación fáctica acaecida y consonante con lo dispuesto en las normas que regulaban el tema objeto de estudio y los criterios jurisprudenciales de esta Corporación.”*

Ante ello, se abren paso las razones expuestas en las apelaciones y por contera, se dispone REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar, declarar probada la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN para con ello absolver a las demandadas.

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

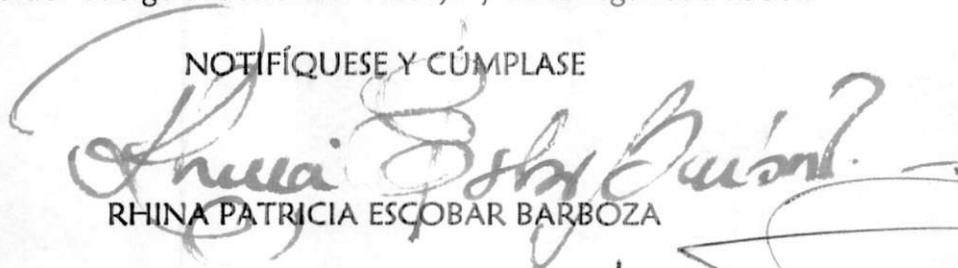
PRIMERO.- REVOCAR la sentencia apelada y consultada. En su lugar, se declara probada la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y con ello, se ABSUELVE a las demandadas de las pretensiones de la demanda.

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

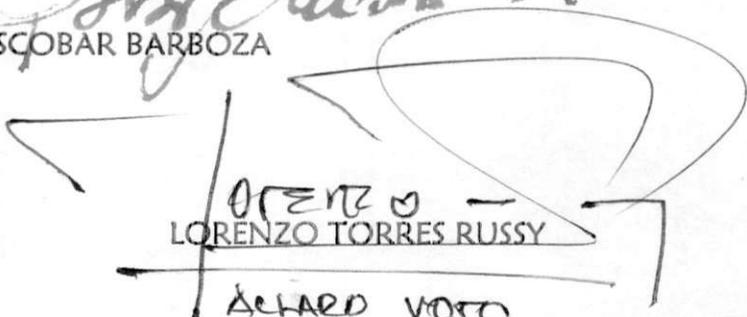
TERCERO.- Devuélvase el expediente el juzgado de origen

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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
(Salvamento de Voto)


LORENZO TORRES RUSSY

ACTUO VOTO.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05019201800106-01

Demandante: NORMA ESMERALDA RANGEL GÓNGORA

Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PROTECCIÓN S.A.

AUTO

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


PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., seis (06) de julio de dos mil veinte (2020).

Discutido y Aprobado según Acta No 001

I. ASUNTO A TRATAR

Se decide el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el apoderado de la DEMANDADA COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 03 de septiembre de 2019 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, así como el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de Colpensiones, dentro del proceso ordinario laboral que MÓNICA ANDREA LINARES GIRALDO promoviese contra la Colpensiones y Colfondos S.A.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare “la nulidad” e ineficacia del traslado realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Colfondos y como consecuencia de ello se declare que la demandante se encuentra afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se ordene a Colfondos a reportar dicha novedad, trasladar todos los saldos a Colpensiones y a esta última a recibir los mismos.

Se edifica la demanda y de forma principal, en el presunto engaño que sufrió la actora, el que fue determinante para que decidiera modificar su régimen pensional.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

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 la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado de régimen ya que al momento de realizar la solicitud de traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida contaba con 53 años, esto es le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad para acceder a una pensión de vejez, además que no contaba con 15 años de cotizaciones para el 1° de abril de 1994, con lo que el traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida resulta improcedente.

Indica que las características, condiciones y modalidades pensionales propias del RAIS están consagradas en la Ley 100 de 1993, norma que por ser de alcance nacional impone su conocimiento a todos los ciudadanos a partir de su promulgación, por lo que no es dable alegar la ignorancia de la ley como excusa y atribuir a la AFP la responsabilidad de haber omitido información al respecto, ya que la misma se encuentra señalada en la ley.

Finalmente, menciona que la presente acción se encuentra prescrita, pues pasaron más de 18 años entre la fecha del traslado al RAIS y la de interposición de la presente acción.

Colfondos S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideró tener a su favor (entre ellas la de prescripción), adujo, en síntesis, que esa entidad le informó a la demandante de manera adecuada y completa, con anterioridad a su vinculación, acerca de las condiciones bajo las cuales operaba el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, además que con la suscripción del formulario la actora dejó constancia que su elección fue realizada de manera libre, espontánea y sin presiones, formulario que se ajusta a la Ley y contiene la información requerida para el efecto, además de que la demandante no hizo uso del derecho de retracto que la ley le concede.

Aduce que el error de derecho no produce vicio en el consentimiento, conforme lo establece el art. 1509 del Código Civil y que, si en gracia de discusión se concluyera que la vinculación de la demandante se encontraba viciada de nulidad relativa, cualquier declaración frente al particular se encuentra prescrita en los términos del artículo 1750 del Código Civil.

3. Providencia recurrida

El A quo dictó sentencia, en la cual declaró la nulidad y/o ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional, ordenando a Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores recibidos por concepto de cotizaciones pensionales junto con sus rendimientos financieros.

En síntesis, consideró, que conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia existe ineficacia de la afiliación cuando la insuficiencia de la información genera lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, que no es suficiente la simple suscripción del formulario sino que debe cotejarse con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad, y que en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a la administradora de fondo de pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, en los que deben constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en derecho pensional.

Mencionó que era necesario que Colfondos hubiera demostrado que el o los asesores no desplegaron una conducta dolosa o maliciosa al momento de suscribir el formulario de afiliación al RAIS, de tal suerte que concluye que es escaso el material probatorio aportado por las demandadas para controvertir los hechos traídos a juicio en el presente asunto.

Por lo anterior, concluye que no podrá predicarse la existencia de consentimiento libre y voluntario al momento del traslado de régimen de pensiones de la accionante, ya que no se probó que hubiere estado ajustado a los principios que gobiernan el sistema de seguridad social y a las reglas del libertad de

escogencia al sistema, la cual está sujeta a la comprobación de que existió libertad informada, es decir una decisión documentada precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado en todas sus dimensiones legales tales como el monto de la pensión en cada uno de los regímenes pensionales.

Finalmente, refiere que el derecho a la pensión es imprescriptible y por ende, los elementos que la conforman y las acciones encaminadas a reclamar dicho derecho persisten, sin perjuicio de una eventual prescripción, siendo los aportes y afiliaciones uno de los elementos que la conforman.

4. Argumento del recurrente

COLPENSIONES

Indica que no se debe aplicar el precedente de la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia de manera objetiva, ya que se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto y en especial atendiendo los derechos adquiridos y las expectativas de la demandante, quien no cumplía con los requisitos al entrar en vigencia la Ley 100/1993 – régimen de transición.

Refiere que con la declaratoria no se está teniendo en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, ya que, si bien se va a trasladar el ahorro de la cuenta individual de la demandante, este capital no será suficiente para financiar dicha pensión, con lo que será el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, encontrándose descapitalizado tanto el RAIS como el RPM.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto del 08 de octubre 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 mediante auto de fecha 8 de junio de 2020. Colpensiones presentó sus alegaciones reiterando aquello expresado en la contestación.

Finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, 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.

Sin embargo, como fuese adversa a los intereses de COLPENSIONES, se surte a su favor el grado jurisdiccional de Consulta.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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 la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Colfondos S.A.?

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 14 de abril de 1999 la demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de la AFP Colfondos a efectos de trasladarse de régimen pensional, pues anteriormente se encontraba cotizando al ISS (fls. 27 y 125).

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 la actora, 14 de abril de 1999 (fl. 27 y 125), 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 18 fue allegada copia del documento de identidad de la actora en donde se aprecia que nació el 19 de septiembre de 1965, por lo que al momento de entrada en vigencia del régimen de la Ley 100 de 1993– para su caso 1º de abril de 1994 – contaba con 28 años, 6 meses y 11 días, así como reportaba un aproximado de 220.86 semanas cotizadas (fl. 130)

Así, es fácil constatar que la actora 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 220.86 semanas de cotización, equivalente a 4.3 años, 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 4º y 5º 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 la señora Linares Giraldo.

No obstante estar la actora inmersa en tal escenario, pretende la declaratoria de nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Colfondos el 14 de abril de 1999 (fl. 27 y 125), a efecto de permanecer afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con fundamento en que al momento de realizar dicho traslado, la entidad Colfondos S.A., no realizó proyección pensional, ni brindó información suficiente, amplia ni oportuna que le permitiera conocer a la accionante las consecuencias, implicaciones y desventajas que le traía el traslado de régimen.

Sobre el tópico, no desconoce esta Sala mayoritaria, 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 las sentencias con Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y 31.314, 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 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 hoy 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, relativas al deber de información para con sus afiliados, se suple con aquellas previsiones que por demás aparecen aceptadas por la propia demandante al momento de suscribir el formulario que dan cuenta los folios 27 y 125, del plenario, donde se expresa que con su

108

suscripción se deja constancia de su voluntad "*libre, espontánea y sin presiones*". Lo que por demás, se acompasa con la narración que hace las normas anteriormente relacionadas.

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 convenido 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 a la accionante quien contaba con 33 años, había cotizado 247 semanas y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?, por demás, (ii) durante más de 20 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 esa documental obrante a folio 126, se extracta con claridad que quien funge como demandante no puede ser pregonada como una "afiliada lego", nótese que, allí se consignó que su profesión era "abogada" y el cargo desempeñado era el de "abogada asociada".

Y siendo lo anterior así adquiere una mayor connotación lo plasmado en el formulario de afiliación suscrito por la demandante y que obra a folios 27 y 125, sin que sea argumento para esta Sala de Decisión la desidia que alega la accionante, quien se insiste, en una profesional en derecho quien por demás, según da cuenta el folio 33 laboró en la Superintendencia Bancaria.

En ese orden de ideas, 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.

Ahora bien, menester resulta indicar que además éstas 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 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 sí 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 tomó la decisión de su traslado el 14 de abril de 1999.

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 2° 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, y 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.

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, 20 años atrás, la mesada que le correspondería a la 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 la 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 la demandante para su afiliación, por parte de la AFP, en consonancia con el art. 1515 del CC.

Se considera entonces, que no existen elementos de juicio que permitan establecer coacción, error o inducción al mismo como vicios del consentimiento, la deficiencia de la asesoría que se aduce, menos aún el dolo consistente en artificios o engaños para obtener el consentimiento en el traslado, ni la ineficacia prevista en el art. 271 de la Ley 100 de 1993, ya que no se acreditó que persona alguna hubiese atentado contra el derecho de la trabajadora a seleccionar el régimen pensional.

Así las cosas, el supuesto vicio del consentimiento por omisión de información sólo surge cuando se le impide su traslado y parte de una información que desconoce Protección S.A. en su momento, cual son los salarios reportados por la demandante del año 1999 hacia adelante, entre otras variables. Ante ello, imposible resulta ser el pregonar, que haya existido una omisión de la prementada proyección cuando los elementos para realizar ésta última no se conocían al momento en que se materializa la movilidad del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Se consulta entonces ésta Colegiatura, cuáles fueron esas consecuencias que se anuncian como no advertidas a la demandante ora la desventaja de trasladarse a un régimen, si se insiste se encontraba en plena formación el derecho a pensionarse. ¿Sería prudente suponer que la trabajadora que decidió su traslado siempre tendría el mismo ingreso o que ésta sería superior?, ¿que nunca tendría hijos?, o ¿si conformaría un matrimonio ora unión marital de hecho?. Pues la respuesta es negativa a estos interrogantes porque de pensar ello así, sería autorizar a los juzgadores que edifiquen sus fallos en suposiciones que contrarían nuestra seguridad jurídica y debido proceso.

Por otra parte, se indicará que la naturaleza del fondo privado de pensiones se traduce en el claro acrecimiento de un patrimonio propio, que se nutre de los aportes y para el beneficio personal de quien lo materializa hasta el momento de decidir pensionarse, no así el régimen de prima media con prestación definida donde "Los aportes de los afiliados y sus rendimientos, constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la

calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley.” (artículo 32 de la Ley 100 de 1993)

Inquieta entonces a esta Colegiatura, el determinar qué tan ajustado a la ley y al principio de solidaridad que gobierna nuestro sistema pensional, de cara a las previsiones del artículo 48 Superior sobre la sostenibilidad de éste último, sería el aceptar que, un particular a quien ad portas de cumplir la edad para pensionarse – puesto que a la fecha de presentación de la demanda (fl. 60) contaba con 53 años -, es que pretende retornar a un régimen donde nunca contribuyó al pago de las pensiones “de cada vigencia” y sólo, so pretexto de no habersele proyectado una prestación económica cuando le faltaban aproximadamente 24 años en edad y un aproximado de más de 900 semanas para causar tal derecho justifica un vicio del consentimiento, el que resultaría ser inexistente para tal momento.

Para concluir, sea del caso acotar que, las presentes consideraciones, no pueden tildarse como atentatorias al debido proceso ora algún otro derecho fundamental de la demandante, ello, como quiera que devienen del razonamiento al caso en concreto y apegado a la ley. Por demás, en sede de tutela, la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral ha consentido en lo antes expuesto. Sobre este particular, pueden ser consultados los radicados 53.092 y 54.168.

Por demás, en el Radicado No. 53.984 STL 1677 – 2019, donde se tramitó una acción de tutela contra una providencia de esta Corporación y en la cual fungía como ponente esta Magistrada, se indicó que: *“De lo anterior se infiere que en la decisión que se cuestiona, no se evidencia arbitrariedad constitutiva de vía de hecho, pues la providencia reprochada fue el resultado de una apreciación razonable de la situación fáctica acaecida y consonante con lo dispuesto en las normas que regulaban el tema objeto de estudio y los criterios jurisprudenciales de esta Corporación.”*

Ante ello, se abren paso las razones expuestas en las apelaciones y por contera, se dispone REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar, declarar probada la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN para con ello absolver a las demandadas.

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 apelada y consultada. En su lugar, se declara probada la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y con ello, se ABSUELVE a las demandadas de las pretensiones de la demanda.

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

TERCERO.- Devuélvase el expediente el juzgado de origen

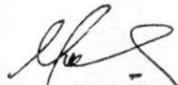
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

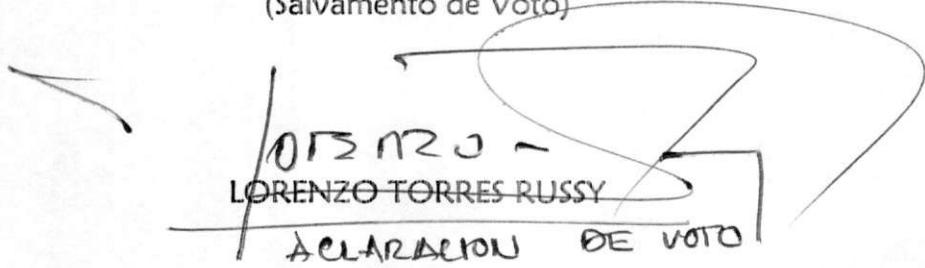
Los Magistrados,



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



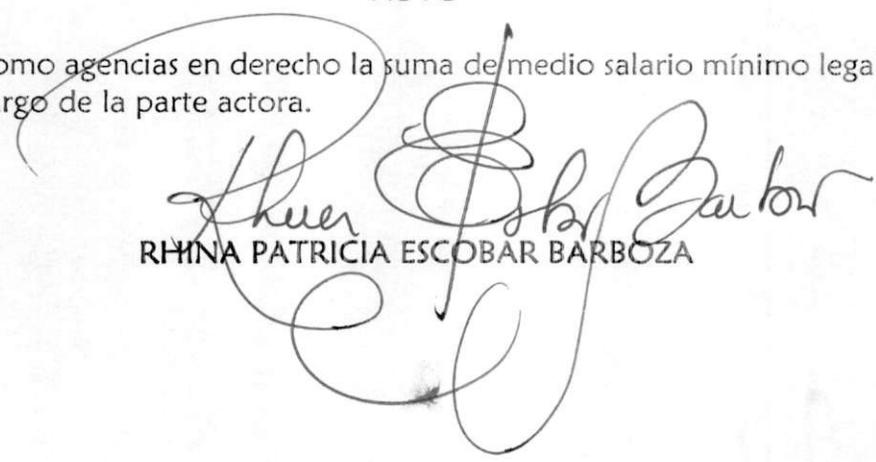
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
(Salvamento de Voto)



LORENZO TORRES RUSSY
ACELARACION DE VOTO

AUTO

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



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2017-00770 -01

Demandante: JUAN JACOBO CASTILLO CÓRDOBA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

354

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., seis (06) de julio de dos mil veinte (2020).

Discutido y Aprobado según Acta No. 001

I. ASUNTO A TRATAR

Se deciden los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por los apoderados de las **DEMANDADAS COLPENSIONES, OLD MUTUAL S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**, en contra de la sentencia proferida el 16 de agosto de 2019 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, así como el grado jurisdiccional de **CONSULTA** a favor de Colpensiones, dentro del proceso ordinario laboral que **JUAN JACOBO CASTILLO CÓRDOBA** promoviese contra las precitadas demandadas.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare “la nulidad” del acto de afiliación por el cual se trasladó al RAIS a través de Porvenir S.A. Como consecuencia de ello se ordene a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de su afiliación y que se encuentren en su cuenta de ahorro individual y que se condene a Porvenir S.A. al pago de los perjuicios morales y materiales causados.

Se edifica la demanda y de forma principal, en el presunto engaño que sufrió el actor, el que fue determinante para que decidiera modificar su régimen pensional.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones contra ésta deprecadas. Expresó, en síntesis, que el demandante se encuentra inmerso en una prohibición legal para su traslado, pues para la fecha en que solicitó el traslado contaba con 61 años de edad, faltándole así menos de 10 años para alcanzar la edad para acceder a la pensión y tampoco es beneficiario del régimen de transición, ya que para el 1° de abril de 1994 no contaba con 15 años o más de servicios, lo que hace improcedente su traslado.

Menciona que Colpensiones nada tuvo que ver en el negocio jurídico celebrado entre el demandante y la AFP Porvenir S.A., sin que existiera injerencia de esta entidad para que el accionante tomara la decisión de trasladarse; que Colpensiones no es quien debe asumir las consecuencias de la supuesta falta de información por parte de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2017-00770 -01

Demandante: JUAN JACOBO CASTILLO CÓRDOBA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

Porvenir S.A. al momento del traslado, máxime cuando para el año 1998 el demandante no se encontraba en ninguna prohibición legal para efectuar el cambio de régimen; que el accionante ha estado afiliado al RAIS por más de 19 años, sin manifestar en algún momento su inconformidad de pertenecer al mismo, habiendo efectuado traslado entre AFPs en varias ocasiones y solamente cuando se dio cuenta que su decisión no era la que esperaba es que pretende devolverse al RPM.

Propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la genérica.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a las pretensiones. En resumen, adujo, que el 22 de agosto de 2003 el demandante presentó solicitud de vinculación de manera libre y voluntaria a la AFP Santander, absorbida por ING Pensiones y Cesantías, momento en el que se le asesoró en debida forma, aclarando que a la vez, el actor presentó solicitud de vinculación como persona natural al fondo de pensiones voluntarias, realizando un aporte de \$500.000 pesos mensuales, manifestando en la carta de responsabilidad conocer y entender el RAIS y sus planes adicionales.

Menciona que el 29 de marzo de 2005 el hoy demandante presentó solicitud de afiliación a la AFP Skandia, proveniente de ING Pensiones y Cesantías y también, de manera libre y voluntaria decidió suscribir solicitud de traslado a la AFP Santander, absorbida por ING Pensiones y Cesantías, hoy Protección, el 6 de octubre de 2006, en la cual no obra situación anómala o constreñimiento, sumado a lo cual, en el año 2011 optó por vincularse al fondo de pensiones voluntarias de ING Pensiones y Cesantías, aportando la suma de \$400.000 pesos y en diciembre de ese mismo año presentó solicitud de cambio o elección de fondo de pensiones obligatorias, siendo debidamente asesorado por ING – hoy Protección.

Alude que, una vez revisada la información del demandante, se evidenció que al momento de la entrada en vigencia del sistema de seguridad social, contaba con 23 semanas cotizadas y 37 años de edad, con lo que no es beneficiario del régimen de transición y por ende no puede trasladarse al RPM en cualquier momento, conforme se dijo en la sentencia SU 062 de 2010; sumado a ello, el accionante se afilió en los años 2003 y 2011 a fondos o portafolios de pensiones voluntarias.

Presenta las excepciones denominadas declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe, prescripción y la genérica.

A su vez, **PORVENIR S.A** se opuso a las pretensiones de la demanda. En síntesis, indicó, que el traslado efectuado por el demandante a esa entidad se efectuó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100/93, el cual se realizó de manera libre y voluntaria, conforme los presupuestos legales, con apoyo al proceso de asesoría que se brinda a los potenciales afiliados, lo cual se confirma con la suscripción del formulario de vinculación y traslado; ello significa que la información suministrada por esta AFP al momento del traslado fue clara y precisa, lo que permitió que el actor decidiera libre y voluntariamente trasladarse de AFP, formulario, que cumple con los requisitos legales.

Menciona que para el 1º de abril de 1994 el demandante no contaba con 750 semanas cotizadas o 15 años de servicios, además, a la fecha cuenta con 56 años, es decir, se encuentra a menos de 10 años para pensionarse en el Régimen de Prima Media

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2017-00770 -01

Demandante: JUAN JACOBO CASTILLO CÓRDOBA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

356

con Prestación Definida, es decir que no cumple con los requisitos establecidos para trasladarse en cualquier tiempo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Refiere que, en caso de presentarse algún error, el mismo es de derecho, el cual no vicia el consentimiento por mandato del artículo 1509 del Código Civil, lo que lleva a concluir que el contrato de vinculación suscrito no se encuentra afectado por ningún vicio que pudiera invalidarlo.

Presentó las excepciones denominadas: inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, buena fe y compensación.

OLD MUTUAL, se opuso a las pretensiones incoadas en la demanda contra esta. Adujo, en síntesis, que la afiliación que ocasiono el traslado de régimen fue realizada por la AFP Porvenir, siendo esta la encargada de brindar asesoría al demandante respecto de las consecuencias de dicho traslado de régimen, siendo la afiliación del demandante a Old Mutual un trasladado entre administradoras pertenecientes al RAIS.

Indica que, el actor ha estado afiliado en el RAIS por 20 años con diferentes administradoras de pensiones, por lo que conoce claramente como opera este régimen, aclara que dicha entidad cumplió con el deber de información, sin existir omisión en la información, y tampoco indebida o equivocada asesoría, por lo que no es procedente, luego de que el demandante permaneciera por 20 años en el RAIS y habiendo suscrito 3 formularios de afiliación con diferentes administradoras de pensión de este régimen, que afirme que fue engañado y que no se le dio la información necesaria para tomar una decisión consciente y objetiva.

Menciona que esa entidad le informó de manera adecuada y completa al demandante, con anterioridad a su vinculación, acerca de las condiciones bajo las cuales opera el RAIS, lo cual resulta demostrado, pues al suscribir el formulario de afiliación, el demandante dejó constancia que su elección fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones, formulario que se ajusta a la ley y contiene la información requerida para el efecto.

Refiere que, el demandante no hizo uso de su derecho de retracto y que incluso se trasladó entre AFPs, ratificando sus actos propios con la decisión de mantenerse en el RAIS. Adicionalmente, el actor debe demostrar el supuesto engaño u omisión de la información, sin que en el presente caso aporte prueba alguna tendiente a demostrar su afirmación.

Aduce que la parte demandante no especifica claramente en qué consistió la acción fraudulenta de esa AFP y, en caso de que se refiera a un error de derecho, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1509 del Código Civil, no produce vicio del consentimiento. Adicionalmente, el demandante no es beneficiario del régimen de transición pues a la entrada en vigencia de la Ley 100/93 no tenía ni la edad ni el tiempo de servicios o semanas cotizadas para hacerse acreedor de dicho beneficio, con lo que no puede trasladarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en cualquier tiempo.

Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2017-00770 -01

Demandante: JUAN JACOBO CASTILLO CÓRDOBA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, y nadie puede ir en contra de sus propios actos.

3. Providencia recurrida

La *A quo* dictó sentencia, en la cual declaró la ineficacia del traslado, de régimen pensional efectuado por el demandante al RAIS el 20 de abril de 1998 a través de Porvenir S.A. y como consecuencia de ello, condenó a Protección a trasladar los aportes pensionales cotizaciones o bonos pensionales, junto con sus frutos e intereses, sin deducción alguna por conceptos de gastos de administración, a Colpensiones, ordenando a esta última a activar la afiliación de el demandante y actualizar su historia laboral.

Así mismo, ordenó a Porvenir S.A. y Old Mutual S.A. a trasladar a Colpensiones lo descontado de la cuenta de ahorro individual del demandante por concepto de gastos de administración y de traslado.

En síntesis estimó que, en esta clase de asuntos se ha tenido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que, para considerar que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de la voluntad y deseo del afiliado se requiere que la AFP haya suministrado una información completa, clara, oportuna y comprensible sobre las condiciones específicas de su situación pensional, además de señalar que el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al usuario, como mínimo, de las características, condiciones, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado y que en el campo de la seguridad social existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado.

Frente a la carga de la prueba, indicó, que la jurisprudencia de la mencionada Corporación y conforme el artículo 167 del CGP, cuando se hacen negaciones indefinidas y se manifiesta que no se ha recibido la información necesaria, como en este asunto, la carga de la prueba debe invertirse o se traslada a la parte que está en condición de probar y en estos casos son las AFPs las que deben demostrar que efectivamente se le suministró al afiliado esta información, además debe tenerse en cuenta que conforme lo dispuesto en el artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia o cuidado incumbe a quien ha debido emplearla. Bajo ese entendido, considera la A Quo, que las pruebas allegadas al expediente no logran demostrar que Porvenir, hubiese suministrado al demandante información suficiente, clara y comprensible sobre las condiciones de su situación pensional, sin que el material probatorio allegado logre demostrar que si se cumplió con este deber de información, adicionalmente, menciona que, como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia, los formatos preimpresos no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, pues a lo sumo acreditan un consentimiento, pero no un consentimiento informado.

En cuanto al caso particular, pone de presente que, si bien el demandante se trasladó en diferentes fondos y en su interrogatorio de parte manifestó que conocía ciertas circunstancias del RAIS, como lo es el tema de los aportes voluntarios, no se logra probar que el actor sí tenía conocimiento y que se le dio una información acerca de las condiciones o la forma en que se pensionaría en dicho régimen.

También considera la juzgadora de primer grado que, si bien se ha indicado, en ocasiones cuando la información es post contractual, la misma debe ser en los términos debidos, pese a lo cual en este asunto no se demuestra que las asesorías y vinculaciones

357

con los demás fondos de pensiones como lo son Old Mutual, Protección o ING, que se hubiese podido presentar una rectificación, ya que no se demuestra la información en los términos indicados. Adicionalmente, indica que debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia ha dicho que esta obligación debe cumplirse sin importar si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición o si tiene o no un derecho consolidado, o si tiene o no una expectativa legítima, pues ni la ley ni la jurisprudencia establece ello para que proceda la ineficacia del traslado.

Así mismo, dijo la juzgadora de conocimiento que, no pueden tenerse las afiliaciones a pensiones voluntarias y sus aportes como argumentos para habilitar el traslado del RPM al RAIS, pues si bien se avizoran tres formatos de afiliación a pensiones voluntarias, dos de estos son pre – formas suscritas en los años 1998 y 2003, el tercero, que data del 2011, es un poco más explícito, pese a lo cual, para dicha data el demandante ya no podía retornar al RPM, además, de dichos documentos no se extrae que el demandante al momento de la afiliación al RAIS o posteriormente se le hayan advertido las ventajas, desventajas y/o consecuencias del traslado.

En cuanto a la indemnización solicitada por el demandante, de los perjuicios materiales y morales, se tiene que no existen pruebas ciertas de los mismos, y de la cual pueda derivarse una condena indemnizatoria de esa naturaleza.

Aduce, en conclusión, que la consecuencia de no haber recibido la información no es otra que la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, por lo que el acto de traslado no produce efectos y en lo que respecta a la excepción de prescripción, la misma no está llamada a prosperar, pues tratándose de pretensiones encaminadas a buscar la nulidad del traslado de régimen pensional y sus efectos, este fenómeno no aplica, pues las mismas ostenta un carácter declarativo y se relacionan con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible que no es susceptible de extinción por el paso del tiempo.

4. Argumentos de los recurrentes

PORVENIR S.A., expresa que en este caso si existen pruebas que demuestran que el demandante conocía que se había trasladado de régimen y todas las implicaciones del mismo, como lo son las documentales allegadas al expediente y el interrogatorio de parte del demandante, así como el testimonio recepcionado, contrario a lo que manifiesta el fallo de primer grado, máxime cuando también existieron otros traslados a otros fondos de pensiones, lo que corrobora que el demandante si tenía conocimiento del RAIS, así como el hecho de haber realizado aportes voluntarios.

Aduce que la citada sentencia con radicado No. 68838 del 2019 tiene una aclaración de voto en la que se menciona que los casos no pueden fallarse de manera automática, que no puede hablarse que todos tienen las mismas condiciones, debiéndose revisar el caso concreto, pues si bien la Juez de primera instancia adujo de manera general que ninguna de las pruebas demostró el deber de información, debe tenerse en cuenta que el Decreto 692 de 1994 indica la información que debe contener el formulario de afiliación, lo cual se cumple en este caso.

Menciona que, se encuentra probado que al demandante se le dio una información post contractual, tal y como lo ha mencionado la Corte Suprema de Justicia cuando dice que debe haber una información pre contractual, contractual y post contractual, encontrándose demostrado en este caso que al demandante se le dio una información post contractual, pues el actor efectuó aportes voluntarios meses después de la suscripción del formulario de traslado de régimen, con lo que sí existe

material probatorio que demuestra que la obligación de información de los fondos si fue cumplida.

Finalmente, y en caso que no se revoque la sentencia en su integridad, solicita se revoque el numeral segundo de esta, pues el demandante estuvo afiliado a esa entidad del 30 de abril de 1998 al 30 de septiembre de 2013, sin que pueda desconocerse que los gastos de administración y el cobro de las primas es un mandato legal, por lo que con la orden impartida se está inobservando el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, no siendo los gastos de administración un cobro caprichoso del fondo de pensiones, sino que se hace en cumplimiento de una norma, por lo que estos no pueden ser devueltos porque son gastos del sistema.

Por su parte **COLPENSIONES**, adujo que el demandante de manera libre y voluntaria suscribió el formulario de afiliación con la AFP Porvenir en el año 1998, lo que a decir del Decreto 692 de 1994, implica la aceptación de las condiciones propias del régimen que está seleccionando, el cual no es otro que el RAIS.

Menciona que, conforme el documento de identidad del actor, se evidencia que el mismo no es beneficiario del régimen de transición por edad, y conforme al reporte de semanas cotizadas tampoco lo es por tiempo de servicios, con lo que no contaba con una expectativa legítima de pensión o un derecho consolidado que se pudiera ver perjudicado al momento de efectuar el traslado.

Aduce que la prohibición contemplada en la Ley 797 de 2003, no se establece como una arbitrariedad o capricho del legislador, pues lo que se pretende es proteger la sostenibilidad económica del sistema financiero, además, si en el futuro se reconoce la pensión de vejez al aquí demandante se estaría yendo en contra del principio constitucional del interés general sobre el particular, ya que se estaría perjudicando a los demás afiliados que sí han realizado cotizaciones al régimen.

OLD MUTUAL S.A., indicó que interpone el recurso de alzada frente al numeral 2 de la sentencia, teniendo en cuenta que no es posible reintegrar las sumas descontadas por concepto de comisión de administración, teniendo en cuenta que en los términos del artículo 20 de la Ley 100/1993, una parte del porcentaje de comisión se destina a pagar la póliza para el cubrimiento de los seguros de invalidez y muerte, y otra para gastos de administración, y ese porcentaje ya fue pagado a la administradora para cumplir los riesgos de invalidez y muerte de la parte actora, por lo que no se encuentran en arcas de la AFP, además, tampoco es posible la devolución del porcentaje correspondiente a la comisión de administración, teniendo en cuenta que dichos recursos fueron utilizados en la propia administración de la cuenta de ahorro individual del demandante, no por capricho de la entidad, sino por mandato legal, y como quiera que la comisión se causó no es posible su retorno.

Finalmente **PROTECCIÓN S.A.**, interpone recurso parcial, frente a la devolución de las comisiones de administración, pues no es procedente la devolución de lo descontado por gastos de administración, ya que los mismos están contemplados desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y ratificados con la Ley 797 de 2003 y aplican tanto para el RAIS como para el RPM, indicando que dichos gastos o comisiones son descuentos realizados como contraprestación a una buena gestión de administración y son legalmente permitidos. Así las cosas, con base en el artículo 1746 del Código Civil debe entenderse que, aunque se declare una ineficacia y/o nulidad de la afiliación y se haga la ficción de que nunca existió, no puede desconocerse que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, por lo que la AFP debe

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2017-00770 -01

Demandante: JUAN JACOBO CASTILLO CÓRDOBA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

conserva la comisión de administración si efectivamente hizo rentar el patrimonio del afiliado.

De igual manera expone, que el demandante debe pagar esa comisión que se ha causado porque se están haciendo restituciones mutuas, lo que respalda en la sentencia No. 31989 del 2008 – MP. Eduardo López Villegas, cuando manifestó que las consecuencias de la nulidad respecto de las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tiene cabida enteramente en el derecho social..

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de 24 de septiembre de 2019, se admiten los recursos 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 mediante auto de fecha 8 de junio de 2020. Todos los extremos procesales, presentaron sus alegaciones reiterando aquello expresado en la demanda y contestaciones así como lo narrado en los recursos de apelación.

Finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, 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.

Sin embargo, como fuese adversa a los intereses de COLPENSIONES, se surte a su favor el grado jurisdiccional de Consulta.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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 a través de la AFP Porvenir S.A.?

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 20 de abril de 1998 el demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de Porvenir S.A. (fl. 23 y 168) 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2017-00770 -01

Demandante: JUAN JACOBO CASTILLO CÓRDOBA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

para la época del traslado realizado por el actor, esto es 20 de abril de 1998 (fl. 23 y 168), 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 22 fue allegada copia del documento de identidad del actor en donde se aprecia que nació el 09 de agosto de 1956, por lo que al momento de entrada en vigencia del régimen de la Ley 100 de 1993— para su caso 1º de abril de 1994 — contaba con 37 años, 7 meses y 21 días, así como reportaba un aproximado de 23,68 semanas cotizadas (fl. 93).

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 23.68 semanas de cotización, equivalente a 6 meses aproximadamente, 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 4º y 5º 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 Castillo Córdoba.

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 PORVENIR el 20 de abril de 1998 (fl. 23 y 168), 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 PORVENIR, no realizó proyección pensional, ni brindó información suficiente, amplia ni oportuna que le permitiera conocer a la accionante las consecuencias, implicaciones y desventajas que le traía el traslado de régimen.

Sobre el tópico, no desconoce esta Sala mayoritaria, 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2017-00770 -01

Demandante: JUAN JACOBO CASTILLO CÓRDOBA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

lo señalado en las sentencias con Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y 31.314, 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 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 hoy 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, 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 que da cuenta los folios 23 y 138, del plenario, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad "*libre, espontánea y sin presiones*". Lo que por demás, se acompasa con la narración que hace las normas anteriormente relacionadas.

El anterior escenario, también quedó plasmado en los formularios de afiliación obrantes en el proceso, en sus siguientes traslados, a la AFP SANTANDER (absorbida por ING) y SKANDIA, documentos donde aparece expresamente que la correspondiente la voluntad del actor era "*libre, espontánea, y sin presiones*" (fls. 122 y 127).

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 41 años, había cotizado un poco más de 226.14 semanas y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?, por demás, (ii) durante más de 20 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) acepta en su interrogatorio de parte el hecho de no haber leído el formulario de afiliación, así como que firma documentos sin leerlos y que se le informó que en el RAIS podría pensionarse antes del tiempo previsto si reunía ciertas características. Ergo, es claro que el demandante sí confiesa que fue enterado sobre el régimen y sus características, v.gr., la mayor rentabilidad que lo motivó a trasladarse de fondo, que era un ahorro y el hecho antes indicado, obtener una pensión a edad más temprana.

Y siendo lo anterior así adquiere una mayor connotación lo plasmado en el formulario de afiliación suscrito por el demandante y que obra a folios 23 y 168, sin que sea argumento para esta Sala de Decisión la desidia que alega el accionante, especialmente si se tiene en cuenta que el mismo suscribió formulario de afiliación al fondo de pensiones voluntarias en dos oportunidades o con dos fondos de pensiones distintos como dan cuenta los folios 123 y 126, efectuando aportes a los mismos. Adicionalmente, se insiste, no puede perderse de vista que el mismo demandante en su interrogatorio de parte manifestó que los formularios de traslado no los leyó, que firma documentos sin leerlos y que en la reunión a la que asistió le dieron información cualitativa de las ventajas que tenía el cambio de régimen, como el hecho de pensionarse antes del tiempo previsto "*si reunía ciertas condiciones*". Ergo, si fue asesorado al confesar ello en la prementada diligencia.

En ese orden de ideas, 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 puestas en conocimiento de la parte actora, quien motu proprio, decide trasladarse a un fondo privado conforme expuso en su interrogatorio de parte.

Ahora bien, menester resulta indicar que además éstas 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 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2017-00770 -01

Demandante: JUAN JACOBO CASTILLO CÓRDOBA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

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 tomó la decisión de su traslado el 20 de abril de 1998.

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 2° 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, y 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.

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, 20 años atrás, la mesada que le correspondería a la 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 *idem*.

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 al absolver el interrogatorio de parte, es factible inferir que conocía algunas de las posibilidades que ofrece el RAIS, al admitir que los asesores de Porvenir, le hablaron sobre una cuenta de ahorros voluntarios y le indicaron que podría pensionarse antes del tiempo previsto si reunía determinadas características.

Se considera entonces, que no existen elementos de juicio que permitan establecer coacción, error o inducción al mismo como vicios del consentimiento, la deficiencia de la asesoría que se aduce, menos aún el dolo consistente en artificios o engaños para obtener el consentimiento en el traslado, pues lo que está claro es que el demandante fue asesorado y conocía las condiciones del régimen al cual se vinculaba, por lo tanto, no había lugar a declarar ni la nulidad de la afiliación a la AFP Porvenir, ni las subsiguientes a otros fondos de pensiones, ni la ineficacia prevista en el art. 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se acreditó que persona alguna hubiese atentado contra el derecho de la trabajadora a seleccionar el régimen pensional.

Así las cosas, el supuesto vicio del consentimiento por omisión de información sólo surge cuando se le impide su traslado y parte de una información que desconoce Porvenir S.A. en su momento, cual son los salarios reportados por el demandante del año 1999 hacia adelante, entre otras variables. Ante ello, imposible resulta ser el pregonar, que haya existido una omisión de la prementada proyección cuando los elementos para realizar ésta última no se conocían al momento en que se materializa la movilidad del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Se consulta entonces ésta Colegiatura, cuáles fueron esas consecuencias que se anuncian como no advertidas al demandante ora la desventaja de trasladarse a un régimen, si se insiste se encontraba en plena formación el derecho a pensionarse. ¿Sería prudente suponer que el trabajador que decidió su traslado siempre tendría el mismo ingreso o que ésta sería superior?, ¿que nunca tendría hijos?, o ¿si conformaría un matrimonio ora unión marital de hecho?. Pues la respuesta es negativa a estos

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2017-00770 -01

Demandante: JUAN JACOBO CASTILLO CÓRDOBA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

interrogantes porque de pensar ello así, sería autorizar a los juzgadores que edifiquen sus fallos en suposiciones que contrarían nuestra seguridad jurídica y debido proceso.

Por otra parte, se indicará que la naturaleza del fondo privado de pensiones se traduce en el claro acrecimiento de un patrimonio propio, que se nutre de los aportes y para el beneficio personal de quien lo materializa hasta el momento de decidir pensionarse, no así el régimen de prima media con prestación definida donde *“Los aportes de los afiliados y sus rendimientos, constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley.”* (artículo 32 de la Ley 100 de 1993)

Inquieta entonces a esta Colegiatura, el determinar qué tan ajustado a la ley y al principio de solidaridad que gobierna nuestro sistema pensional, de cara a las previsiones del artículo 48 Superior sobre la sostenibilidad de éste último, sería el aceptar que, un particular a quien sólo encontrándose ad portas de cumplir la edad para pensionarse – puesto que a la fecha de presentación de la demanda (fl. 61) contaba con 61 años -, es que pretende retornar a un régimen donde nunca contribuyó al pago de las pensiones “de cada vigencia” y sólo, so pretexto de no habersele proyectado una prestación económica cuando le faltaban aproximadamente 21 años en edad y un aproximado de más de 1000 semanas para causar tal derecho justifica un vicio del consentimiento, el que resultaría ser inexistente para tal momento.

Para concluir, sea del caso acotar que, las presentes consideraciones, no pueden tildarse como atentatorias al debido proceso ora algún otro derecho fundamental del demandante, ello, como quiera que devienen del razonamiento al caso en concreto y apegado a la ley. Por demás, en sede de tutela, la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral ha consentido en lo antes expuesto. Sobre este particular, pueden ser consultados los radicados 53.092 y 54.168.

Por demás, en el Radicado No. 53.984 STL 1677 – 2019, donde se tramitó una acción de tutela contra una providencia de esta Corporación y en la cual fungía como ponente esta Magistrada, se indicó que: *“De lo anterior se infiere que en la decisión que se cuestiona, no se evidencia arbitrariedad constitutiva de vía de hecho, pues la providencia reprochada fue el resultado de una apreciación razonable de la situación fáctica acaecida y consonante con lo dispuesto en las normas que regulaban el tema objeto de estudio y los criterios jurisprudenciales de esta Corporación.”*

Ante ello, se abren paso las razones expuestas en las apelaciones y por contera, se dispone REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar, declarar probada la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN para con ello absolver a las demandadas.

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,

768

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2017-00770 -01

Demandante: JUAN JACOBO CASTILLO CÓRDOBA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL.

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia apelada y consultada. En su lugar, se declara probada la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y con ello, se ABSUELVE a las demandadas de las pretensiones de la demanda.

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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

Separación voto.
AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de _____ a cargo de la parte actora.

Rhina Patricia Escobar Barboza
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

TSB SECRET S. LABORAL

50571 7JUL*20 PM 1:03