

20

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 PORVENIR PROTECCIÓN Y COLPENSIONES**, en contra de la sentencia proferida el 25 de julio 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 **CLAUDIA CECILIA MEDINA TORRES** 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 efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se condene a Protección S.A. al pago de los perjuicios causados, los intereses moratorios y se retrotraigan las cosas al estado anterior y de forma consecuencial, se condene a esta última al reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

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.

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 si bien la administradora con la que se efectuó el traslado fue Colmena AIG y la misma ya no existe, debe presumirse, en desarrollo del principio de buena fe consagrado en la Constitución, que los asesores durante el proceso de vinculación de la demandante suministraron la información necesaria para

que ella tomara una decisión con todos los elementos de juicio y conforme su situación particular.

Menciona que debe tenerse en cuenta que la actora, para el 1° de abril de 1994, no contaba con 15 años de servicios cotizados, por lo que no se encuentra dentro de aquel grupo de personas que pueden regresar en cualquier tiempo al RPM, adicionalmente tampoco tenía un derecho adquirido y no sufrió perjuicio alguno por la pérdida del RPM, lo que hace que el principio de la carga de la prueba se mantenga en cabeza de la demandante en los términos del art. 167 CGP.

Refiere que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición consagrada en el art. 13 de la Ley 100/1993 pues le faltan menos de 10 años para adquirir la edad para pensionarse.

Indica que, en el presente asunto la demandante optó libremente por trasladarse de régimen pensional y luego de 19 años decide que le sería más conveniente pensionarse en el RPM, por lo que, al no poder trasladarse utiliza como argumento una supuesta falta de información, sin que ello hubiese sido probado, además que tampoco fue probada la existencia de vicios del consentimiento.

Finalmente refiere, que si en gracia de discusión se aceptara la existencia de algún vicio en el consentimiento, el mismo dejó de existir por ratificación expresa de la demandante, además que la presente acción se encuentra prescrita en los términos del artículo 2536 del Código Civil.

Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda contra esta incoadas, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción), expone, en síntesis, que el traslado se efectuó con plena voluntad de la cotizante quien por decisión propia solicitó el traslado suscribiendo el formulario para efectuar el mismo, siendo así totalmente válida la afiliación, al no configurarse vicio alguno del consentimiento en esta.

Menciona también, que la ley establece la libre escogencia entre regímenes pensionales, estableciendo también la posibilidad de traslado cada 5 años, limitando dicho derecho cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para alcanzar la edad para pensionarse, ello por razones financieras y de estabilidad del sistema.

Aduce que la solicitud de cambio de régimen, la efectuó la demandante cuando ya tenía cumplida la edad para acceder a su derecho pensional, ya que para dicha fecha contaba ya con 57 años, por lo que, teniendo en cuenta que al 1° de abril de 1994 no contaba con 15 años de cotizaciones, su traslado resulta improcedente.

Finalmente indica que, sin que se entiendan reconocidos los hechos y pretensiones de la demanda, la acción ya se encuentra prescrita en los términos del art. 2536 del Código Civil.

Porvenir S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda contra esta deprecadas, presentando las excepciones que consideró tener a su favor (entre ellas la de prescripción), adujo, en síntesis, que el traslado de régimen pensional seleccionado libremente por la demandante, se efectuó conforme los presupuestos legales, con la debida asesoría que se le brinda a los potenciales afiliados, lo cual se confirma con la suscripción del formulario de vinculación y traslado, habiéndose suministrado a la demandante información clara y precisa, que le permitió decidir libre y voluntariamente trasladarse, aclarando que en este caso el traslado que hiciera la actora a Porvenir provenía otro fondo de pensiones del RAIS.

Menciona que un acto jurídico no puede anularse porque uno de los contratantes, de manera unilateral, desee revocarlo, especialmente porque luego de ejecutado no le interesan los lineamientos propios del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pese a que el conocimiento y la información se pusieron de presente desde el momento precontractual; adicionalmente, que si la demandante se refiere a un error de derecho, el mismo no produce vicio en el consentimiento, conforme lo establecido en el art. 1509 del Código Civil.

Indica que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, pues se encuentra a menos de 10 años para pensionarse, además, no es beneficiaria del régimen de transición, pues para el 1º de abril de 1994 no contaba con 15 o más años de servicios o 750 semanas de cotización.

Refiere que la parte demandante no probó los hechos en los que sustenta sus peticiones; así mismo, en lo que respecta a los perjuicios no acreditó que estos se produjeron y que los elementos que los constituyen se configuraron.

3. Providencia recurrida

La A quo dictó sentencia, en la cual declaró la ineficacia del traslado, condenando a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes realizados por la demandante, junto con los rendimientos, frutos e intereses causados sin lugar a descuento alguno por concepto de gastos de administración.

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 Código General del Proceso, 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.

En cuanto al caso particular, indica que no fue demostrado que Colmena – hoy Protección, hubiese suministrado a la demandante información acerca de las características propias del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las cuales no se limitan y centran solamente en unos beneficios o en un porcentaje de la pensión, 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 y con esta sola documental que obra en el expediente, tampoco llega al convencimiento de que se suministró a la actora la información debida y en la forma señalada por la jurisprudencia.

Así mismo, aduce que ha dicho la jurisprudencia que la actuación viciada del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se convalida con los traslados de administradoras dentro de este último régimen, pues ciertamente la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen. Adicionalmente, menciona que el deber de información se debe tener, no solamente con aquellas personas que son beneficiarias del régimen de transición o que tienen derechos adquiridos, sino para todos los afiliados o personas que deseen trasladarse de un régimen a otro.

Finalmente, mencionó que en el decurso del proceso no se acreditó que la demandante hubiera sufrido los perjuicios que deprecia en su demanda, por lo que no hay lugar a que se imponga condena por estos y que la excepción de prescripción 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.

Indicó, en síntesis, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia no puede aplicarse a este asunto, ya que la misma hace referencia a unas situaciones particulares, que no se dan en el presente caso; menciona que aquí fue probado que existió una asesoría, no habiendo prueba en contrario que demuestre que la misma

fue insuficiente, dándose la misma de manera posterior de su traslado a Porvenir y Protección, debiendo demostrar la demandante la calificación de dichas asesorías.

Refiere que, como quiera que la AFP Colmena ya no existe, atendiendo lo dispuesto en el art. 167 del Código General del Proceso, las circunstancias de tiempo, modo, lugar y la situación particular en la que se dio el traslado deben ser probadas por la demandante, teniendo en cuenta, además, que para dicha data la demandante no se encontraba en ningún estado de indefensión y por lo tanto contaba con plena capacidad para el momento del traslado.

Solicita se tenga en cuenta que las sentencias de la Corte Suprema de Justicia han dicho que la información no solamente puede o debe ser suministrada en el momento de la afiliación, sino en cualquier otro momento, lo que quiere decir que para el presente asunto han de revisarse momentos posteriores en los cuales la demandante tuvo la oportunidad, ya sea de fortalecer o adquirir dicha información, y con el formulario de afiliación a Porvenir, que fue allegado, consta que a la actora se le dio una asesoría por parte de esta AFP, información de las características propias del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las maneras como se obtendría la pensión en dicho régimen y las consecuencias del traslado, y como quiera que dicho formulario no fue negado ni tachado de falso y las pretensiones de la demanda no van encaminadas a Porvenir, ha de tenerse certeza y buena fe de la información brindada por esta entidad.

Aduce que debe hacerse un análisis probatorio del caso en particular, teniendo en cuenta que del formulario de afiliación suscrito con Porvenir se puede sustraer que la manifestación de voluntad de la demandante no es simple, sino que es informada respecto de las características que se le enunciaron en su momento, esto es para el año 2002.

Adicionalmente, menciona que al decirse en el fallo que no se convalida el acto por el cambio de administradoras, se viola la figura misma de la ineficacia dado que ni las normas laborales, ni las civiles contemplan esta figura, sino que es la norma comercial la que contempla el fenómeno de la ineficacia en el artículo 897 del Código de Comercio, por lo que conforme el artículo 898 de la misma codificación el acto ineficaz podrá ser convalidado con actos o solemnidades posteriores, así, atendiendo la naturaleza de la ineficacia si es posible la ratificación del acto, teniéndose en cuenta, además, los actos con vocación de permanencia como son las cotizaciones realizadas al sistema, así como el hecho que a la demandante nunca se le ha negado el derecho prestacional, sino que su inconformidad versa solamente en una diferencia pensional, la cual no está en cabeza de las AFPs, pues fue el mismo legislador el que estableció la manera de liquidar la mesada pensional.

Indica que, de no tenerse en cuenta los anteriores argumentos, de manera subsidiaria solicita se revoque el numeral tercero del fallo apelado, en el cual se le ordena a Porvenir devolver los gastos de administración, teniendo en cuenta la naturaleza misma del sistema, pues estos gastos cumplen una finalidad y se dan por

la buena administración de los dineros, por lo que al ordenar que los mismos se retornen al RPM presentaría un enriquecimiento ilícito por parte de la demandante, ya que por aproximadamente 20 años se vio beneficiada de la buena administración del dinero, lo que se refleja en los rendimientos causados en su cuenta de ahorro individual, además, que al condenar a su devolución se viola el principio de la congruencia de las sentencias, pues en la demanda no se pide este concepto, máxime cuando Porvenir no intervino en el traslado entre administradoras y los hechos de la demanda no se dirigen en su contra.

Colpensiones

Aduce, en síntesis, que la demandante suscribió en el año 1999 formulario de afiliación con la AFP Protección, haciendo uso de su derecho a la libre escogencia de régimen, lo que implica la aceptación de las condiciones propias del régimen que se eligió.

Menciona que no se desconoce el deber legal que tenían las AFPs para cuando dicho sistema general de pensiones se creó, pero que la decisión de la libre escogencia reposa única y exclusivamente en la afiliada, siendo propio del legislador el que garantiza es libertad de elección de régimen pensional, siendo la misma ley la que establece unos plazos para poder retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, plazos en los que ya no se encuentra la aquí demandante, además, indica que, si bien la AFP tenía la obligación de brindar información, no es menos cierto el deber de diligencia y cuidado que debe tener el potencial afiliado en la toma decisión, lo cual también se estableció en el Estatuto del Consumidor Financiero, sin que pueda entenderse que ese deber de información por parte de las AFPs exonera al afiliado de su deber de indagar sobre las condiciones propias del régimen que está escogiendo, máxime cuando en este caso no se está hablando de una persona que no sepa entender las consecuencias de la suscripción de un formulario de afiliación o de la celebración de un negocio jurídico, ya que es plenamente capaz y no puede dársele un trato desigual respecto de los demás afiliados como si no tuviera la capacidad de celebrar actos jurídicos y reconocer sus implicaciones.

Solicita tener en cuenta que, en el presente caso la solicitud de la ineficacia no se podría predicar teniendo en cuenta que la AFP si le suministró la información a la demandante al momento de realizar el traslado, pues ella misma en su interrogatorio de parte manifiesta conocer las características propias del RAIS, tales como la posibilidad de pensionarse de manera anticipada, heredar los dineros contenidos en su cuenta individual de ahorro individual, con lo que se puede avizorar que si fue informada respecto de las características propias del RAIS.

Finalmente manifiesta que, al momento de efectuar ese traslado, la demandante no contaba con una expectativa legítima de pensión o un derecho consolidado que se pudiera ver perjudicado, motivo por el cual no se le vulneró ningún derecho pensional consolidado, no pudiendo entonces retornar al RPM administrado por Colpensiones.

232

Protección S.A.

En síntesis, indica que a la demandante se le brindó toda la información que para el momento de su traslado había que darle, sin desconocer que para esa fecha se encontraba vigente el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que se aplicaba a las entidades vigiladas, entre las cuales se encontraba Protección S.A., así como tampoco se desconocen las normas de la Ley 100 de 1993 que obligan a dar una información, pero esa información debe ser valorada para la época en la que se hizo el negocio y no después con base en criterios traídos por la Corte Suprema de Justicia, además, que si se va a tomar una figura que es propia del derecho comercial, es menester que la misma se tome conforme viene y desde ese punto de vista esta figura admite ratificación y convalidación, y para este caso si la falta de información conduce a la ineficacia esta debe valorarse conforme a las normas que la regulan, al no haber jurisprudencia que modifique ese aspecto de la ley.

Menciona que debió tenerse en cuenta que quien hizo la migración fue Colmena y no Protección, que no puede desconocerse que Colmena ya no existe y que por ello fueron trasladados los dineros que estaban en la cuenta de la demandante y las obligaciones que tenía esta entidad absorbida, pero no así las sanciones de las que pudiese haber sido objeto aquella empresa si hoy siguiera existiendo, como por ejemplo los gastos de administración si fue que esa sociedad que hizo la migración violó la ley, lo cual no quedó probado, por lo que al no violarse la ley se sigue teniendo un objeto y causa lícita y por ende un derecho legítimo a recibir la AFP los gastos de administración, no debiendo ser responsables por un error que por acción u omisión haya cometido una empresa que se absorbe, máxime cuando hubo grave negligencia por parte de la actora, quien ni siquiera se percató de lo que estaba haciendo, sin preguntar hacia donde iba, lo que constituye un error flagrante de derecho, desconocimiento de la ley, el cual no constituye un vicio, situación que hay que tener en cuenta para legitimar la posición de Protección.

Refiere que no debe ser condenada en costas por no obedecer una jurisprudencia que no existía para el año 1999, pues si se hubiera desobedecido una ley se entendería la condena en costas, pero no se comparte la condena en costas por no atender una jurisprudencia que no existía para dicho año; debe tenerse en cuenta que se condena en costas a quien ha perdido un pleito por violar la ley y no una jurisprudencia inexistente para la época del traslado, además que tampoco se violó el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero ya que en el mismo no se establecía la minuciosidad que hoy han acogido las Cortes.

Finalmente, aduce que no hubo daño alguno, ya que la demandante no tenía un nivel de cotización que permitiera avizorar cuál sería su situación pensional pasados 20 años, pues distintas son las situaciones del año 1994 a las del año 2018, fecha en que se presentó la demanda; las situaciones son distintas, la edad de la persona, si tiene o no hijos, si tiene o no compañero afectivo, su nivel salarial, si lo conserva, si lo sube o baja, si lo perdió, si está o no desempleado, son muchos los

233

elementos que son distintos en los años mencionados y no es lo mismo cuando una persona ya tenía adquirido su derecho pensional a cuando no lo tenía y ni siquiera se sabe si lo iba a tener, por eso es que no toda violación a un ente jurídico conduce a un daño ni mucho menos a una indemnización y es este el criterio que debe tenerse en cuenta, máxime cuando a Protección se le ha sancionado como si fuera la causante de un daño y no lo fue, ya que esta AFP es sucesora de una empresa que desarrolló una determinada actividad y se ha liberado enteramente a la demandante de cualquier deber elemental, sin tener en cuenta que la diligencia el deber y el cuidado no son solamente propios del derecho civil, sino del derecho en general.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de 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. La parte demandada, presentó 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

234

Dentro del presente diligenciamiento, claro es que el 1° de noviembre de 1999 la demandante suscribió formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Colmena (fl. 45, 55, 126) 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, 1° de noviembre de 1999 (fl. 45, 55, 126), 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 2°, 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 25 fue allegada copia del documento de identidad de la actora en donde se aprecia que nació el 12 de febrero de 1961, 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 33 años, 1 mes y 18 días, así como reportaba un aproximado de 296.56 semanas cotizadas (fl. 76)

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 296.56 semanas de cotización, equivalente a 5.8 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 Medina Torres.

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 1° de noviembre de 1999 (fl. 45, 55, 126), 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

236

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2018-00194 -01

Demandante: **CLAUDIA CECILIA MEDINA TORRES**

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

“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 aceptadas por la propia demandante al momento de suscribir el formulario que da cuenta el folio 45, 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 507 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 recibido información sobre el hecho de ser “heredable” lo ahorrado, que “eso era un ahorro”, que podía pensionarse a la edad relativa?

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 45, sin que sea argumento para esta Sala de Decisión la desidia que alega la accionante, máxime cuando en el interrogatorio de parte rendido manifestó no haber leído el formulario de afiliación, aunque los datos allí consignados sí correspondían a los suyos pero sí

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2018-00194 -01

Demandante: **CLAUDIA CECILIA MEDINA TORRES**

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

acepta que conocía aspectos puntuales del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad 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 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 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 COLMENA, 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*".

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 hoy 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 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. 20) 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 20 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.

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

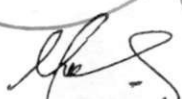
PRIMERO.- REVOCAR la sentencia apelada y consultada. En su lugar, se declara probada la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y con ello, se ABSUELVE a las demandadas de las pretensiones de la demanda.

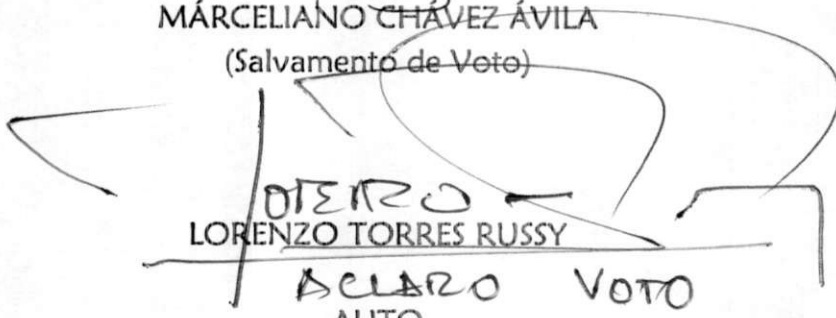
SEGUNDO.- COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte actora.

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,

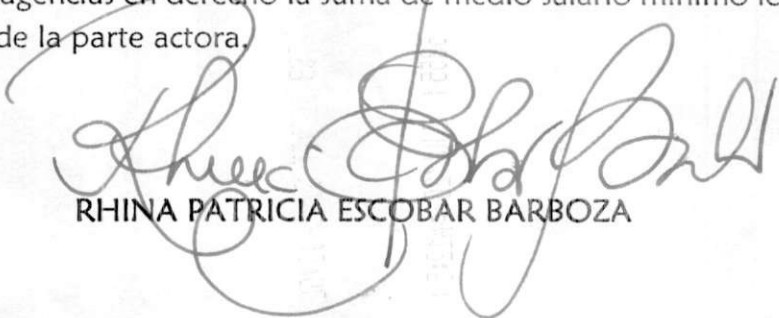

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA


MÁRCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
(Salvamento de Voto)


LORENZO TORRES RUSSY

DECLARO VOTO
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

50554 7JUL'20 PM12:54

REPÚBLICA 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 en calidad de procuradora sustituta de COLPENSIONES a la doctora CINDY JULIETH VILLA NAVARRO con Tarjeta Profesional 219.992.

SEGUNDO: INCORPORAR la documental al plenario.

I. ASUNTO A TRATAR

Se decide el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 24 de octubre 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 AMANDA MINA CARABALI promoviese contra la precitada demandada y Porvenir S.A.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare “la nulidad” e ineficacia del traslado que la demandante realizó al RAIS a través de Porvenir S.A. el 31 de mayo de 2006 y como consecuencia de ello se ordene el traslado automático al RPM, así como el traslado de todos los saldos, rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la actora y a Colpensiones que reciba dichos dineros.

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. 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 56 años de edad, por lo que se encontraba a un (1) año de cumplir la edad requerida para acceder al estatus de pensionada; que para el 1° de abril de 1994 no contaba con 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 2006, 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 2006 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 10 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 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 de régimen pensional efectuado por la demandante al RAIS el 31 de mayo de 2006 a través de Porvenir S.A. y como consecuencia de ello, condenó a dicha entidad 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 la demandante y actualizar su historia laboral.

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.

En cuanto al caso particular, indica que no fue demostrado que Porvenir, hubiese suministrado a la 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.

Aduce entonces, 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 la recurrente

Colpensiones manifiesta que, como lo ha indicado el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, el precedente del órgano de cierre de la jurisdicción laboral no debe ser aplicado de manera objetiva, pues deben analizarse las circunstancias de cada caso concreto, en especial lo referente a los derechos adquiridos y expectativas legítimas, pues debe tenerse en cuenta que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y no tenía una expectativa legítima sobre el derecho a la pensión.

De otra parte, menciona que en este caso nos encontramos frente a una prohibición legal para acceder al traslado de régimen de conformidad con lo dispuesto en la Ley 797 de 2003, en consonancia con la sentencia SU 062, además, de tener en cuenta la sentencia C-242 de 2009, la cual hace referencia a que las reformas a los regímenes pensionales garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de los otros potenciales pensionados.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de 14 de enero 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 mediante auto de fecha 8 de junio de 2020. Las partes presentaron sus alegaciones reiteran lo precisado en el recurso así como 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 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 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 31 de mayo de 2006 la demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de Porvenir S.A. (fl. 32 y 129) 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 artículo 2° de la Ley 797 de 2002, vigente para la época del traslado realizado por la actora, 31 de mayo de 2006 (fl. 32 y 129), prescribía que este 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 de la actora en donde se aprecia que nació el 24 de junio de 1961, 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 32 años, 9 meses y 6 días, así como reportaba un aproximado de 283,24 semanas cotizadas (fl. 84 a 87).

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 283.24 semanas de cotización, equivalente a 5.5 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 Mina Carabali.

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 31 de mayo de 2006 (fl. 32 y 129), 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.

Ante ello, es un deber inexorable de esta Corporación, el analizar caso a caso los asuntos de ineficacia de traslado, como quiera no todos resultan 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 los folios 32 y 129, 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. Por demás, es claro que allí en ese formulario la demandante acepta que efectivamente sí fue enterada de las implicaciones del régimen.

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.

Ante ello, sí existe un documento auténtico que plasma que efectivamente un particular es informado de una situación, pues claro es que la prueba se traslada a quien debe demostrar que aquello que firmó no es cierto.

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 44 años, había cotizado 913 semanas y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?, por demás, (ii) durante

más de 13 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) firma un documento donde expresa con claridad que sí fue enterada de esas implicaciones de cambio de régimen .

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 32 y 129, sin que sea argumento para esta Sala de Decisión la desidia que alega la accionante, máxime cuando con la firma plasmada en el formulario, la cual no fue tachada de falsa, aceptó la asesoría que se le dio por parte de la hoy llamada a juicio, ya que en el mentado documento se indicó: *"Reitero que he sido asesorado suficientemente acerca del significado e implicaciones del régimen de transición del cual soy beneficiario y que de permanecer en el Régimen de Prima Media administrado por el ISS, podría acceder a la pensión de vejez en condiciones especiales. Siendo consciente de ello hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, habiendo sido asesorado además sobre todos los aspectos propios del mismo, particularmente sobre la pérdida del régimen de transición, sobre los bonos pensionales y la forma de financiación de las pensiones y sobre los requisitos vigentes para acceder a las pensiones en este régimen. Igualmente, declaro que selecciono a Porvenir para que sea la única que administre mis aportes pensionales, habiendo sido informado también, en forma previa, del derecho que me asiste de retractarme de mi decisión dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud."*

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 31 de mayo de 2006.

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 desarrollo 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 puede extractarse que se suscribe un formulario donde se acepta el asesoramiento.

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 2007 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. 59) 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 13 años en edad y un aproximado de más de 390 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*

Demandante: AMANDA MINA CARABALI

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

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.

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

ACHARO 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

50566 7 JUL 28 PM 1:00

TSB SECRET S. LAORHL

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 los apoderados de Colpensiones y Colfondos S.A y estudiar en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá el 25 de noviembre de 2019 dentro del proceso ordinario laboral que MARÍA EUGENIA RIBERO GUALDRON promoviese contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y COLFONDOS S.A.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la nulidad de afiliación al RAIS surtida mediante formulario N° 7733067 del 23 de mayo de 2001. Igualmente pretende, se condene a Colfondos S.A a trasladar a Colpensiones la totalidad de lo ahorrado en su cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos los rendimientos, gastos de administración y demás valores que hubieren sido descontados; y se ordene a Colpensiones a recibir sin dilación alguna los ahorros que tenía en Colfondos S.A, y a actualizar la historia laboral una vez efectuado el retorno al régimen de prima media con prestación definida.

Se edifica la demanda y de forma principal, en los presuntos engaños y falta de información por parte del fondo privado al momento de efectuar el traslado.

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 con fundamento en el principio de la libre escogencia entre regímenes pensionales decidió efectuar traslado al RAIS, tal y como se puede verificar en el

204
A99

formulario de afiliación, por demás que, con fundamento en dicho principio, la accionante aceptó todas las condiciones que se encuentran inmersas en tal régimen.

Indica que, la Ley 797 de 2003 estableció los tiempos de permanencia para efectuar traslados entre regímenes, limitándose cuando al afiliado le falten 10 años o menos para cumplir la edad pensional.

Manifiesta que, la condición de brindar asesoría conforme a la Ley 1328 de 2009 no estaba vigente al momento del traslado de la accionante y que la obligación de emitir proyecciones pensionales tan solo nació con el Decreto 2071 de 2015, por demás que, resultaba incierto establecer el correspondiente monto por lo fluctuante del mercado.

Finalmente expone que, no existió injerencia de su parte para que la accionante se trasladara al RAIS.

Colfondos 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 tomó una decisión informada y consciente, y en señal de ello suscribió un formulario de afiliación, donde obra constancia de su elección libre, espontánea y sin presiones.

Apunta que, la edad y el monto de la pensión dependen exclusivamente de afiliado y de sus cotizaciones, por demás que, se informó que para que la accionante se pudiera pensionar debía tener el 110% del capital para financiar una pensión con un salario mínimo, así como lo referente a los excedentes de libre disponibilidad, el factor de la herencia, la posibilidad de realizar aportes voluntarios, y el derecho a bono pensional.

Expresa que, el deber de asesoría existe a partir de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

Manifiesta que, el error de hecho 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 en el asunto.

Finalmente, menciona que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición ni tenía una expectativa legítima de pensionarse al momento de efectuar el traslado.

3. Providencia recurrida

La A quo dictó sentencia condenatoria.

PRIMERO. - DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional efectuado por la actora al RAIS el 23 de mayo de 2001 por intermedio de COLFONDOS S.A, y en

200 205

consecuencia declarar como afiliación válida la del RPMPD administrado por COLPENSIONES

SEGUNDO. - CONDENAR a COLFONDOS S.A a trasladar los aportes pensionales y cotizaciones, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración, y traslados contenidos en la cuenta de ahorro individual de la actora, para ello se concede el término de un mes

TERCERO. - CONDENAR a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en la RPMPD y a actualizar su historia laboral

CUARTO. - DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES y COLFONDOS S.A

En síntesis, refirió que conforme a criterio de la Corte Suprema de Justicia le correspondía al fondo privado el deber de información, señalando a su potencial afiliado las ventajas y desventajas del régimen pensional, así como sus características, pues tienen a su cargo un beneficio social, de modo que, quien tiene la carga de la prueba es el fondo privado, ya que, es quien debe demostrar el deber de información.

Frente al caso particular expresa que, no se demostró según acervo probatorio recolectado que el formulario de afiliación no es suficiente, como quiera que, con él no se puede no se logra establecer un consentimiento informado. Agregó, que no es requisito estar en el régimen de transición, la ineficacia está dirigida a todos los afiliados que consideren que no se les brindó la correspondiente información para efectuar su traslado; que hay lugar a devolver aportes, rendimientos, con excepción de los gastos de administración; y que no opera prescripción al estar frente a un derecho irrenunciable y ligado al derecho pensional.

4. Argumentos del Recurrente

Colpensiones. Adujo que, para aplicar las sentencias de la Corte Suprema de Justicia se debe tener en cuenta el caso en concreto, y en especial lo atinente de derechos adquiridos y expectativas legítimas, ya que, la actora no es beneficiaria del régimen de transición.

Considera, que las proyecciones no se podían realizar al momento del traslado, pues pendían de situaciones que podían ocurrir o no; que los cálculos realizados por la parte actora no constituyen prueba pericial; y que el monto pensional de la accionante dependía de variables. Por tanto, no se puede considerar que hubo falta en el deber de información.

Aduce, que la sentencia C-242 de 2009 refiere las reformas a los sistemas pensionales y garantiza la financiación de otros posibles afiliados.

Concluye indicado que, según Corte Constitucional se debe devolver la totalidad de lo depositado en la cuenta de ahorro individual, lo cual no puede ser

inferior al monto total de haber permanecido en el régimen de prima media con prestación definida, y en caso de no ser posible, se debe aportar el dinero que haga falta por parte del afiliado.

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 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, el cual fue utilizado por apoderados de las partes quienes refrendan aquellas consideraciones que fueron expuestas en demanda y contestaciones.

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.

Pese a lo anterior, se surte el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación así como el grado jurisdiccional, 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 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 23 de mayo de 2001, la demandante suscribió formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Colfondos S.A (fl.38), a efectos de trasladarse de régimen pensional, pues anteriormente se encontraba cotizando al ISS.

207
202

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, 23 de mayo de 2001 (fl. 38), 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 18 de diciembre 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 29 años, 3 meses y 14 días, así como reportaba un aproximado de 53 semanas cotizadas según historia laboral de Colpensiones (fls. 64 a 69).

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 máximo de 53 semanas de cotización, equivalente a 1,02 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 Ribero Gualdrón.

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 Colfondos S.A el 23 de mayo de 2001 (fl. 38), 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 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. 1º del art. 114 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 11 del Decreto 692 de 1992. El primero, impone como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladen al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que deben entregar una comunicación escrita, donde conste que la selección ha sido libre, espontánea y sin presiones; y el segundo, indica que:

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

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

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

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

- a) Lugar y fecha;*
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;*
- c) Nombre y apellidos del afiliado;*
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;*
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;*
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado."*

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

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

Finalmente habrá de recordarse esa norma consignada en el literal b del artículo 11 de la Ley 1328/2009 y que realmente, resulta ser aquella que desarrolló en un primer momento, lo que como hoy conocemos ese deber de asesoría, en el caso que 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, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de la voluntad *“libre, espontánea y sin presiones”*. Hecho que por demás fue confesado en interrogatorio de parte.

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 36 años, había cotizado un poco más de 409,86 semanas y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión, por demás que, (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) da muestras, según interrogatorio de parte de conocer las características de los regímenes pensionales.

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 51 sin que sea argumento para esta Sala de Decisión la desidia que se alega por este extremo procesal, máxime cuando en interrogatorio de parte la accionante señaló que no se sintió coaccionada para efectuar su traslado, tenía conocimiento que el ISS se iba a acabar, que sus aportes producían rendimientos, y que eran heredables sus aportes a pensión.

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.

211
206

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 decidió su traslado el 23 de mayo de 2001.

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

28 212

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 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 en los hechos de la demanda, y al absolver el interrogatorio de parte la accionante encontramos que la accionante no se sintió coaccionada para efectuar su traslado, tenía conocimiento que el ISS se iba a acabar, que sus aportes producían rendimientos, y que eran heredables sus aportes a pensión.

213
208

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 Colfondos 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 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 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 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 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 estado próximo a cumplir la edad para pensionarse – puesto que a la fecha de presentación de la demanda (fl. 43) contaba con 54 años, 1 mes, y 18 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 habérsele proyectado una pensión cuando le faltaban aproximadamente 20 años en

edad y un aproximado de más de 890,14 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 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 a las razones expuestas en la apelación y en los alegatos del extremo pasivo, a los que se da repuesta con esta providencia junto con los de la parte actora, y por contera, se dispone, REVOCAR la 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 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.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2019-00111 -01

Demandante: MARÍA EUGENIA RIBERO GUALDRON

Demandado: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A

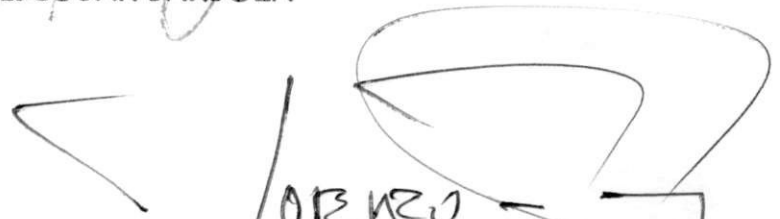
20 215

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


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
(Salvamento de Voto)


LORENZO TORRES RUSSY
ACORDO 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

TSB SECRET S. LABORAL

50559 7JUL'20 PM12:57

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2018-00463 -01

Demandante: **PLINIO NOE GORDILLO VILLAMIL**

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

254

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 ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S

TERCERO: RECONOCER personería adjetiva a la Dra. MARÍA MARCELA PÉREZ MONTERO con Tarjeta Profesional 35.497 como procuradora sustituta de Colpensiones.

I. ASUNTO A TRATAR

Se deciden el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la **DEMANDADA PORVENIR S.A.**, en contra de la sentencia proferida el 26 de agosto de 2019 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, así como el grado jurisdiccional de **CONSULTA** a favor de Colpensiones, dentro del proceso ordinario laboral que **PLINIO NOE GORDILLO VILLAMIL** promoviese contra Colpensiones, Protección S.A. y 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 Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Porvenir, así como las siguientes efectuadas a diferentes AFPs y como consecuencia de ello se ordene el traslado de todos los valores recibidos a Colpensiones y a esta última que reciba al demandante como afiliado.

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.

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 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 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, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción), expone, en síntesis, que al momento de solicitar el cambio de régimen, al demandante le faltaban 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.

Indica que no fue demostrada la existencia de alguna de las causales de nulidad, verbigracia vicios del consentimiento al momento de la afiliación y que la anterior prohibición se encuentra estatuida para evitar la descapitalización del sistema general de pensiones y de este modo asegurar el pago futuro de las pensiones de los afiliados y el reajuste económico de las mismas.

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

La A quo dictó sentencia, en la cual declaró la ineficacia del traslado, condenando a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los aportes realizados por el demandante, junto con los rendimientos causados sin lugar a descuento alguno por concepto de administración.

En síntesis, adujo, que la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, ha señalado que para que se entienda que la afiliación fue realizada de manera libre

y voluntaria se debe verificar si la respectiva administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado de régimen, así como los beneficios que obtendría, es decir, se debe demostrar que la correspondiente entidad garantizó una decisión informada que permita o no garantizar una manifestación de voluntad autónoma y consciente, además, menciona que se da una inversión en la carga de la prueba, en virtud de la cual es el fondo de pensiones el que debe demostrar que brindó toda la información necesaria para que el demandante tomara la decisión que le resultara más favorable en cuanto al régimen de pensiones al que debía estar afiliado.

Para el caso particular manifestó, que fue allegado el formulario de afiliación, cuya casilla denominada "voluntad de afiliación" se encuentra rubricada por el demandante y en la misma se hace constar que la selección del RAIS ha sido efectuada en forma libre, espontánea y sin presiones, no obstante lo cual, y conforme lo indicado por la jurisprudencia de la mentada Corporación, le correspondía al fondo de pensiones, en este caso Porvenir ante quien se realizó el traslado inicial, demostrar que el demandante tomo una decisión autónoma y consiente al haber sido informado de las consecuencias que acarrearía el cambio de régimen de pensiones, lo cual no aconteció, pues conforme el material probatorio allegado no existe prueba alguna que demuestre que dicha entidad documentó clara y suficientemente al actor sobre los efectos que le traerían trasladarse del RPM al RAIS, ya que el formulario de afiliación no establece exactamente cual fue la información dada al demandante al momento de su cambio de régimen y del interrogatorio de parte rendido por este no se puede establecer a ciencia cierta cuál fue la información dada por Porvenir. Así las cosas, dicha AFP no acredito que en 1995 le haya brindado al actor la información necesaria, oportuna y eficaz para que el traslado de régimen cumpliera sus efectos jurídicos, por cuanto si bien es cierto, el demandante continuó en el error al haberse afiliado posteriormente a otros fondos de pensiones, también es cierto que ninguna de estos acreditó haberle informado por lo menos las características propias del RAIS, tampoco la facultad de trasladarse antes de que le faltaran 10 años para adquirir el derecho pensional, circunstancias que debieron ser informadas tanto por Porvenir como por Protección al momento de sus afiliaciones, circunstancias que, reitera, no fueron acreditadas en este caso.

Indicó que ni la jurisprudencia ni la ley tienen establecido que debe contarse con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la

ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información, ni tampoco si se tiene o no un derecho consolidado, un beneficio transicional o si se está o no próximo a pensionarse dado que la violación al deber de información se predica de la validez del acto jurídico del traslado considerado en sí mismo.

4. Argumentos del recurrente

Porvenir S.A.

Indica que conforme al SIAF la primera afiliación que efectuó el demandante lo fue el 13 de marzo de 1995 a ING y posteriormente aparece un traslado de AFP en el año 1997 a Porvenir, por lo que de acuerdo a dicho sistema la AFP que realizó el traslado de régimen fue ING.

Refiere que el acto de traslado a Porvenir estuvo precedido de todos los requisitos legales existentes para dicha época, por lo que para esa entidad no era una carga legal realizar una proyección que determinara cual régimen le beneficiaba o no al demandante ya que le faltaban 748 semanas para adquirir cualquier derecho pensional y 26 años de cotización para tener la edad estipulada para tener derecho a cualquier prestación económica por vejez, razón por la cual, cualquier proyección que se hubiere efectuado en esas condiciones no hubiera estado ajustada a la realidad, siendo esta una carga que no se le puede imponer a esta AFP, pues dicho cálculo no estaba determinado ni era obligatorio por ley para la entidad.

Aduce que el demandante efectuó ratificación de pertenecer a dicho régimen, no solamente con los formularios de afiliación sino también con los diferentes aportes que ha efectuado durante su vida laboral, también hace referencia a que el demandante no es beneficiario del régimen de transición y no tenía ningún derecho consolidado al momento del traslado, además de manifestar su desacuerdo en lo que respecta a los gastos de administración, ya que conforme a la ley estos son una comisión, además que de haber permanecido el afiliado en el RPM no hubiera tenido esa rentabilidad de la cual se vio beneficiado. Finalmente menciona que tampoco se encuentra de acuerdo con la condena en costas.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de 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. 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

¿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 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 13 de marzo de 1995 el demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de la AFP Colmena fl.

133) a efectos de trasladarse de régimen pensional, pues anteriormente se encontraba cotizando al ISS, aclarando que si bien a folio 169 obra formulario de afiliación a Porvenir de fecha 20 de abril de 1994 (fl. 169) en la información que obra en el SIAF (fls. 134 y 170) obra como fecha de traslado de régimen el 13 de marzo de 1995, esto es se tuvo como efectivo el realizado a Colmena.

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, 13 de marzo de 1995 (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 folios 21 y 22 fueron allegados copia del registro civil de nacimiento y del documento de identidad del actor en donde se aprecia que nació el 20 de diciembre 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 34 años, 3 meses y 9 días, así como reportaba un aproximado de 530.14 semanas cotizadas (fl. 179 vto).

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 530.14 semanas de cotización, equivalente a 10.3 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 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 Gordillo Villamil.

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 Colmena el 13 de marzo de 1995 (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 Colmena, 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 a la accionante quien contaba con 35 años, había cotizado algo más de 530 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 recibido información acerca de que en el RAIS se ahorraba para él mismo, y que los ahorros generaban unos rendimientos. Ergo, se **confiesa** que sí fue asesorado sobre el marco del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

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 el interrogatorio de parte rendido **aceptó** que fue informado acerca de aspectos puntuales del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como se

mencionó anteriormente, que realmente de cara a la legislación, no resultan ser imprecisos.

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

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 el 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 Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, al admitir que los asesores de la entonces AFP COLMENA, le indicaron que ahorraría para él mismo, que esos ahorros generaban unos rendimientos, y el extinto Instituto de Seguros Sociales "*se iba a terminar*".

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 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 Colmena en su momento, cual son los salarios reportados por el demandante del año 1995 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 encontrándose ad portas de cumplir la edad para pensionarse – puesto que a la fecha de presentación de la demanda (fl. 87) contaba con 58 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 27 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 el 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

271

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.

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


LORENZO TORRES RUSSY


ACORDO VOTO.
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
(Salvamento de Voto)

TSB SECRET S. LABORAL

50551 7JUL'20 PM12:52

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2018-00463 -01

Demandante: **PLINIO NOE GORDILLO VILLAMIL**

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

272

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
Magistrada Ponente

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

PRIMERO : TÉNGASE como Procuradora principal de Colpensiones a la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S.

SEGUNDO: RECONOCER personería adjetiva a la Dra. AMANDA LUCÍA ZAMUDIO VELA, identificada con Tarjeta Profesional No. 67.612 como procurador sustituto de Colpensiones.

I. ASUNTO A TRATAR

Se decide el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la DEMANDADA COLFONDOS, en contra de la sentencia proferida el 09 de agosto de 2019 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, así como el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de Colpensiones, dentro del proceso ordinario laboral reseñado en precedencia.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare “la nulidad” de la afiliación realizada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Protección y como consecuencia de ello se ordene el traslado de los aportes efectuados junto con sus rendimientos y que Colpensiones active la afiliación y reciba los aportes de la actora.

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 que contra esta entidad formularon, 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 le faltan menos de 10 años para cumplir la edad para acceder a una pensión de vejez, al contar con 57 años al momento de la solicitud de traslado.

Indica que esta entidad no tuvo injerencia alguna en el traslado que efectuara la actora a Protección, que en el año 1997 no se encontraba inmersa en ninguna prohibición legal para hacerlo y que no fue demostrada la existencia de algún vicio del consentimiento al momento de la afiliación; indica que debe tenerse en cuenta que la demandante permaneció por más de 20 años en el RAIS, lo que lleva a concluir que quería permanecer en este.

Finalmente, menciona que la demandante también tenía deberes, como lo es el de informarse respecto del contrato que en su momento estaba suscribiendo de forma voluntaria, toda vez que la ley le da herramientas para ello, tal como el derecho de retracto, el cual no ejerció.

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 de la demandante al otrora fondo de pensiones Santander cumplió con todos los requisitos legales para su validez, al provenir de un traslado entre administradoras, que el mismo se hizo de manera libre, informada, voluntaria y espontánea.

Refiere que la demandante recibió la totalidad de la información requerida sobre las características, ventajas y desventajas de su traslado en comparación con el RPM, además que el formulario de afiliación se ajusta a la Ley y contiene la información requerida para el efecto; adicionalmente, menciona que el error de hecho no vicia el consentimiento.

Finalmente, indica que la presente acción se encuentra prescrita, como quiera que ya transcurrió el término dispuesto en el art. 1750 del Código Civil.

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 el deber de asesoría de las AFPs se da solo hasta el año 2014 con la expedición de la Ley 1748 y del Decreto 2071 de 2015, por lo que los traslados realizados por fuera de la vigencia de estas normas no se les puede exigir que se demuestre circunstancias sobre las cuales no había obligatoriedad.

Indica 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 RAIS, 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 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, condenando a Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, ordenando a esta última a recibir los mismos.

En síntesis, consideró, que Colfondos no cumplió con la carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría dada a la afiliada al momento de solicitar el traslado de régimen, carga que le correspondía a esta entidad y no a la demandante tal como lo ha dejado claro la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pues no obra en el plenario prueba alguna que acredite que se le haya informado acerca de los beneficios de trasladarse de régimen ni tampoco de sus desventajas y que con los formularios de afiliación no es posible determinar cuáles fueron los términos de las asesorías que en su momento dio el respectivo asesor, por lo que en manera alguna puede tenerse como prueba del consentimiento informado que debía manifestar la demandante al trasladarse al RAIS, como lo ha indicado la Corporación antes mencionada, situación que tampoco acredita Protección S.A. al momento del traslado entre AFPs.

Refiere que esa obligación de información y de la existencia de un consentimiento informado no sufre variaciones cuando se trata de afiliados que no son beneficiarios del régimen de transición o cuando no tuvieran una expectativa de derecho pensional al momento del traslado o un derecho adquirido a la pensión, pues ni la legislación, ni la jurisprudencia tienen establecido que se deba contar con ello para que proceda la ineficacia del traslado al RAIS por incumplimiento al deber

de información, sino que por el contrario la violación a este se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado considerado en sí mismo.

Adujo que conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la actuación viciada en el traslado del RPM al RAIS no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen, pues el escoger entre una u otra AFP no implica la ratificación del cambio de régimen que conlleva la modificación de los derechos prestacionales.

Concluyó que las AFPs demandadas incumplieron su deber de proporcionar una información clara y completa a la demandante, la cual influyó en la decisión de trasladarse de régimen pensional y de permanecer en este, por lo que además incumplieron sus deberes de buen consejo y asesoría y vulneraron los principios mínimos de transparencia que deben gobernar la movilidad entre regímenes pensionales.

4. Argumentos del recurrente.

Colfondos S.A.

Indica que en el presente proceso no se lograron acreditar los elementos fácticos ni jurídicos que permitan configurar una nulidad de la afiliación y por el contrario se tiene certeza que las afiliaciones cumplieron con todos los requisitos legales, las demandadas actuaron conforme a las normas vigentes para las fechas de cada una de las afiliaciones, los formularios de afiliación tuvieron un objeto y causa lícita, no fueron tachados de falsos, la demandante era legalmente capaz y no se probó ningún vicio del consentimiento, anotando que el error de derecho no vicia el consentimiento, además que las afiliaciones fueron realizadas por la demandante de manera libre y voluntaria como ella lo confesó en el interrogatorio de parte.

Menciona que en sus últimos pronunciamientos, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que cada caso debe analizarse en concreto y en el presente se tiene certeza que a la demandante se le ofreció una información suficiente, oportuna y veraz no solo por la existencia de un formulario de afiliación sino por el interrogatorio de parte rendido por la actora, en el cual confesó que conocía las características del RAIS y que recibía extractos de las AFPs demandadas, lo que permite concluir que sabía que estaba afiliada a un régimen de capitalización y que hacía aportes a una cuenta de ahorro individual, además que mencionó que no había leído el formulario de afiliación demostrando un desinterés por su situación pensional, por lo que ha de tenerse en cuenta que existe una corresponsabilidad entre el afiliado y la administradora, así como ha ratificado su traslado al permanecer por aproximadamente 20 años en el RAIS, máxime cuando ha hecho traslado horizontal, habiendo saneado cualquier error que hubiese podido presentarse.

Aduce que, si bien la asesoría realizada a la demandante lo fue de manera verbal, ello no es óbice para concluir que no se le dio una información suficiente, oportuna y veraz, máxime que para dicha época no era obligación de los fondos dejar constancia adicional al formulario de afiliación, habiéndose hecho por parte de esta entidad la asesoría correspondiente como lo exigían las normas vigentes de la época, además de tenerse en cuenta que la demandante se encuentra dentro de la prohibición legal de traslado del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto a la devolución de los dineros esta entidad se opone, especialmente en lo que respecta a las cuotas de administración, como quiera que durante todo el tiempo que la demandante ha estado afiliada al RAIS las mismas fueron descontadas como lo establece la ley, además que ha estado cubierta por las contingencias de invalidez y sobreviviente.

5. Actuación de Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto del 24 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 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 30 de mayo de 1997 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. 157).

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, 30 de mayo de 1997 (fl. 157), 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 folios 18 y 19 fueron allegados copia del documento de identidad y registro civil de la actora en donde se aprecia que nació el 04 de mayo 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, 10 meses y 25 días, así como reportaba un aproximado de 358.26 semanas cotizadas (fl. 72)

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 358.26 semanas de cotización, equivalente a 6.9 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.

26

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 Urrego Zipa.

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 30 de mayo de 1997 (fl. 157), 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.

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.

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 157, del plenario, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad “libre, espontánea y sin presiones”. Lo que fue refrendado en su interrogatorio cuando indica que “escuchaba” que el Seguro Social se iba a extinguir y “*Qué planteo Colfondos en ese momento?, me planteó “tranquila señora Martha usted va a tener los mejores rendimientos con nosotros, le va a llegar la información de su dinero ahorrado”,* lo que claramente permite extraer que

confesó el asesoramiento, situación diferente es que hoy en día se duela de una presunta proyección no realizada.

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 37 años, había cotizado 515 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 confiesa que sí fue asesorada, pese a pretender restar importancia a ello afirmando que no existió una proyección de pensión.

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 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 COLFONDOS, le indicaron que obtendría "*los mejores rendimientos y le llegaría información sobre el dinero ahorrado*". 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 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 habiendo cumplido la edad para pensionarse – puesto que a la fecha de presentación de la demanda (fl. 48) 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 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.

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 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.

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,

Demandante: MARTHA URREGO ZIPA

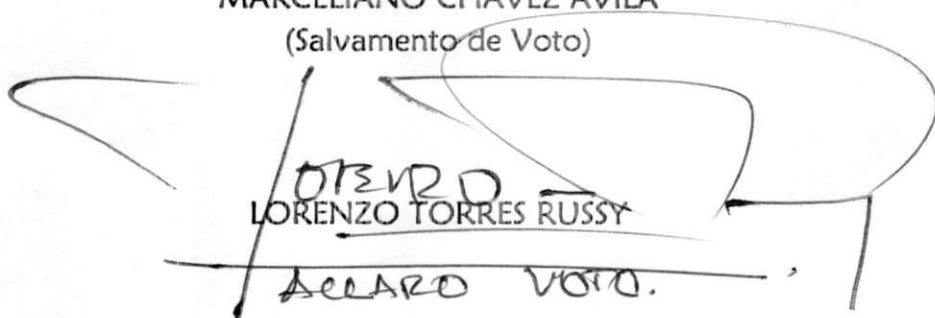
Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

272


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



MÁRCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
(Salvamento de Voto)


LORENZO TORRES RUSSY
ACORDO VOTO.

AUTO

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


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
Magistrada Ponente

TSB SECRET S. LABORAL

50558 7JUL'20 PM12:56

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 la doctora YESENIA TABARES CORREA identificada 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 MARCELA PÉREZ MONTERO con Tarjeta Profesional 35.497 como procuradora sustituta 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 27 de agosto de 2019 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, así como el grado jurisdiccional de **CONSULTA** a favor de Colpensiones, dentro del proceso ordinario laboral que **CAMILO ESCOBAR RICO** 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 efectuado por el demandante al RAIS a través de Porvenir S.A. y como consecuencia de ello se ordene el traslado de los aportes y sus rendimientos a Colpensiones, y que esta última entidad acepte y reciba el traslado.

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 (entre estas la de prescripción), expone, en síntesis, que la afiliación del demandante tiene plena validez y legalidad, pues no probó alguna de las causales de nulidad como vicios del consentimiento y por el contrario, confesó su afiliación a Porvenir.

Indica que nadie puede alegar su propia culpa para beneficiarse, por lo que el demandante no puede exponer que fue negligente para averiguar o preguntar su situación pensional ante la AFP, pues es obligación de cada persona informarse antes de tomar cualquier determinación, ya que el desconocimiento de la ley no es excusa, máxime cuando la afiliación al fondo privado acaeció en el año 1994.

Finalmente, menciona que el traslado no es procedente, como quiera que el accionante no tiene derecho a la aplicación del régimen de transición, ya que al 1° de abril no contaba con 15 años de servicios o 750 semanas cotizadas.

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 no existe vicio alguno en el consentimiento expresado por el actor al momento de la afiliación a Porvenir, encontrándose cumplidos los requisitos de ley para la validez de la selección de régimen realizada por el hoy demandante.

Indica que la información suministrada a los afiliados del RAIS se encuentra acorde con las disposiciones legales, por lo que no puede el demandante aducir que fue engañado pues además de haber recibido toda la información, tuvo la oportunidad de leer, preguntar e inclusive sustraerse de firmar la solicitud de vinculación o traslado.

Refiere que las sentencias que en materia de nulidad ha proferido la Corte Suprema de Justicia no pueden aplicarse al presente asunto ya que no es un caso análogo a las situaciones jurídicas que fueron el fundamento para dichas decisiones, pues los supuestos son diferentes.

3. Providencia recurrida

La A quo dictó sentencia, en la cual declaró la nulidad de traslado de régimen pensional efectuado por el demandante al RAIS y en consecuencia declaró como afiliación válida la del RPM, condenando a Porvenir a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales con sus frutos e intereses a Colpensiones y ordenó a esta última a activar la afiliación del demandante al RPM.

176

En síntesis, consideró que corresponde a la AFP Porvenir la carga de probar en qué circunstancias se hizo el ofrecimiento al actor, las condiciones en las que se otorgó el traslado del régimen, si se le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales para que su consentimiento estuviera debidamente informado y así, acoger el que mejor le conviniera.

Indica que lo anterior no aconteció en el presente proceso, pues de los medios de convicción aportados al proceso no se acredita que la demandada Porvenir hubiera suministrado al demandante una información clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado, lo que constituye su omisión del deber de información, máxime cuando ni siquiera obra en el plenario copia del formulario con el cual se dio traslado de régimen pensional o documento alguno en el cual se encuentre plasmada la voluntad del demandante de afiliación al RAIS y de los cuales se entienda que al señor Escobar Rico se le brindó toda la información necesaria y pertinente para tomar la decisión correspondiente al traslado de régimen, además que tampoco allegó prueba que demuestre que al momento de afiliar al demandante el asesor de la época efectuó simulación, proyección a futuro o cuadro comparativo de la pensión de vejez que podría recibir en uno u otro régimen.

4. Argumentos de los recurrentes

Porvenir S.A.

Adujo que al demandante se le dio una información de manera clara y precisa, agotándose el trámite pre contractual y contractual del momento en que se afilió el demandante, pues la información se dio de acuerdo al momento del traslado siguiendo los lineamientos normativos establecidos en el Decreto 692 de 1994, además debe tenerse en cuenta que a partir del año 2008 el demandante ya tenía conocimiento de cómo se liquidaba la mesada pensional en el fondo de ahorro individual.

Refiere que la jurisprudencia aplicada al presente asunto no tiene en cuenta las circunstancias fácticas de este proceso, que no son las mismas con las cuales la jurisprudencia ha venido desarrollando este tema.

Solicita se revise la orden de devolución de gastos de administración y seguro previsional, ya que este dinero ya no se encuentra en la cuenta de ahorro individual del demandante pues en el caso de los primeros fueron utilizados para hacer las inversiones que le generaron rendimientos y en cuanto al segundo se pagaron directamente a la aseguradora, teniendo el demandante cubrimiento para los riesgos de invalidez y sobrevivientes, por tal motivo Porvenir no cuenta con dichos dineros, con lo que al ordenar su pago se vería afectado el peculio de esta entidad.

Colpensiones

Solicita se garantice el principio de sostenibilidad fiscal o financiera de acuerdo al Acto Legislativo 01/2005 el cual protege las finanzas del sistema. Aduce que, si bien

es cierto la parte actora puede tener derecho a la nulidad del traslado, no es menos cierto que este traslado afecta las finanzas del sistema, con lo que la decisión tomada en este caso vulnera las finanzas del RPM, solicitando se proteja este régimen.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de 8 de octubre de 2019, se admiten los recursos 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. Todos los extremos procesales, presentaron sus alegaciones reiterando aquello expresado en la demanda y contestaciones así como en los recursos presentados.

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, conforme al documento visible a folio 89, se tiene que el demandante efectuó traslado al RAIS el día 01 de agosto de 1994 a través de la AFP Horizonte S.A. (hoy Porvenir S.A.), pues anteriormente se encontraba cotizando al ISS (hoy Colpensiones).

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, 01 de agosto de 1994 (fl. 89 vto), 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 15 fue allegada copia del documento de identidad del actor donde se evidencia que nació el 11 de octubre 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, 5 meses y 18 días, así como reportaba un aproximado de 536.56 semanas cotizadas (fl. 65)

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 536.56 semanas de cotización, equivalente a 10.4 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 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 Escobar Rico.

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, el 01 de agosto de 1994 (fl. 89 vto), 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 Horizonte S.A. (hoy 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.

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 38 años, había cotizado 653 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 haberse trasladado porque se iba a pensionar más rápido y mejor, máxime cuando "el ISS se encontraba en una situación económica complicada" e "iba a quebrar", aceptando con ello el conocimiento de aspectos puntuales del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realmente de cara a la legislación, no resultan ser imprecisos. Ergo, si fue asesorado al confesar ello en la prementada diligencia.

Por demás, no está demás precisar que, en el caso objeto de estudio el demandante no resulta ser un afiliado tipo lego, nótese que en su interrogatorio acepta encontrarse laborando al momento del traslado en una "corredora de bolsa".

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 1 de agosto 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 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 la entonces AFP Horizonte, le ofrecieron una mejor pensión, en menor tiempo.

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 Horizonte hoy 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 Horizonte en su momento, cual son los salarios reportados por el demandante del año 1995 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 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. 41) 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 24 años en edad y un aproximado de más de 640 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.

185

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

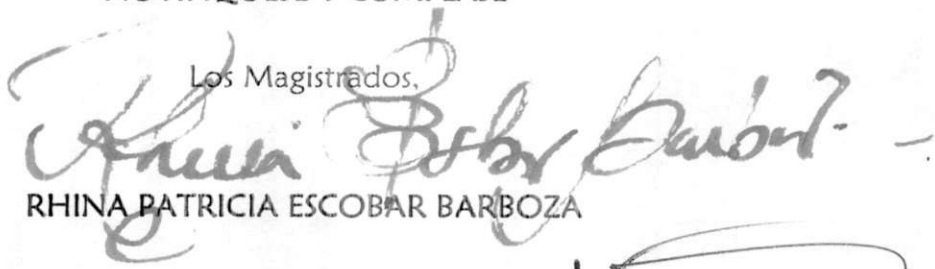
PRIMERO.- REVOCAR la sentencia apelada y consultada. En su lugar, se declara probada la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y con ello, se ABSUELVE a las demandadas de las pretensiones de la demanda.

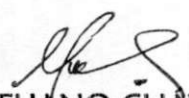
SEGUNDO.- COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte actora.

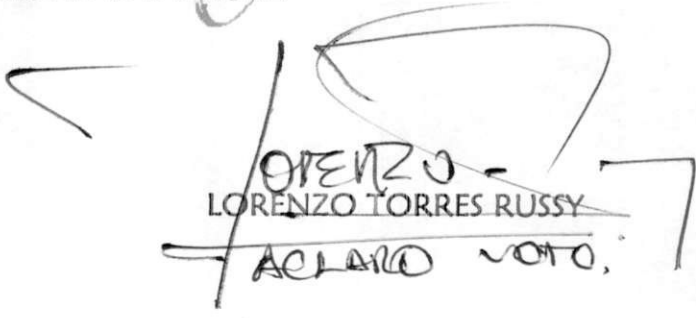
TERCERO.- Devuélvase el expediente el juzgado de origen

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
(Salvamento de Voto)


LORENZO TORRES RUSSY

ACORDADO VOTO.

Código Único de Identificación: 110013105028201800099 -01

Demandante: CAMILO ESCOBAR RICO

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

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

50562 7JUL'20 PM12:58

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 parte demandante contra la sentencia proferida el 24 de julio de 2019 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario laboral que MARTHA LUZ GUTIÉRREZ ORTEGA promoviese contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. .

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la nulidad del contrato de aportes pensionales celebrado entre la demandante y Protección S.A., que efectuado lo anterior la demandante retorne al RPM administrado por Colpensiones. Como consecuencia de ello, se ordene a Protección S.A. a trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos y demás sumas a Colpensiones, así como a pagar cualquier diferencia económica que surja para asegurar la financiación de la pensión de la demandante.

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 afiliación de la demandante al RAIS tiene plena validez y legalidad, como quiera que esta no probó por parte de la demandante alguna de las causales

Demandante: MARTHA LUZ GUTIERREZ ORTEGA

Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

de nulidad, además, resalta que la actora gozaba de capacidad libre y espontánea para cambiarse de régimen.

Indica que nadie puede alegar su propia culpa para beneficiarse, por lo que la demandante no puede exponer que fue negligente por más de 21 años para averiguar si lo indicado por el asesor del fondo privado era o no cierto, pues el desconocimiento de la ley no es excusa.

Finalmente, aduce que el traslado de régimen de la actora no es procedente, como quiera que se encuentra inmersa en la prohibición contemplada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y no es beneficiaria del régimen de transición para que pueda trasladarse en cualquier momento conforme la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

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 afiliación de la demandante fue el resultado de una decisión libre, voluntaria y sin presiones.

Refiere que la demandante recibió la totalidad de la información requerida sobre las características, ventajas y desventajas de su traslado en comparación con el RPM, además que el formulario de afiliación se ajusta a la Ley y contiene la información requerida para el efecto, con lo que se evidencia que, atendiendo la voluntad plasmada en el formulario de afiliación, el ingreso de la demandante al RAIS cumplió con las exigencias legales para tal fin.

Finalmente, menciona que el error de hecho no vicia el consentimiento conforme lo dispone el artículo 1508 del Código Civil y que la presente acción se encuentra prescrita, como quiera que ya transcurrió el término dispuesto en el art. 1750 de la mencionada codificación.

3. Providencia recurrida

La A quo dictó sentencia, en la cual absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

En síntesis, refirió que fue el legislador al establecer dos regímenes pensionales el que indicó las características de cada uno de estos, las cuales, en unos u otros casos resultan ser ventajosas o desventajosas para el afiliado, pues ello depende de las circunstancias de cada uno.

Menciona que la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado una línea jurisprudencial, en la que ha dispuesto que por ser esta una materia tan importante los fondos debían informar de manera clara, precisa, no solamente las ventajas sino también las desventajas aplicándolas al caso particular, además de establecer la inversión de la

carga de la prueba, siendo el fondo el que debe probar que efectivamente se dio ese tipo de asesoría, lo cual debe aplicarse a todos los afiliados independiente de si son o no beneficiarios del régimen de transición o si tienen o no una expectativa legítima o un derecho adquirido, pues dicho deber opera para todos los afiliados.

Frente al caso particular, aduce, que se probó que a la demandante se le dio la asesoría correspondiente, pues pese a que ello no se dio al inicio de la afiliación si se demostró con la documental allegada a folios 128 a 130 que el 29 de marzo del 2007 se le dio una doble asesoría, fecha en la cual la actora contaba con 46 años de edad, esto es antes de entrar en la prohibición legal de traslado, menciona que en el interrogatorio de parte rendido la demandante aceptó que hubo esa reasesoría, que ella la verificó y que la única inconsistencia que encontró fue respecto a su fecha de nacimiento, dijo que: *"firmó los formularios y los leyó"*.

Se indica que dichos formularios no fueron tachados de falsos, por lo que se tendrá por cierto lo plasmado en estos, que hay una casilla en donde se dice que después de realizado el cálculo le conviene o no quedarse en Protección estando marcada la opción de NO le conviene y posteriormente hay una parte donde dice que si se traslada al ISS y en esta se marcó la casilla "aplaza decisión" y que en el documento de fl. 129 se le hace una proyección de pensión en donde se le indica que con Protección va a tener la garantía de pensión mínima.

Refiere que las mentada documentales son contundentes y en las mismas se evidencia que se le brindó una reasesoría dentro del término anterior a la prohibición de traslado, por lo que desde el año 2007 la demandante ya tenía conocimiento del momento de su pensión y que no le convenía quedarse en el RAIS, situación que no puede desconocerse con lo que tampoco puede aducirse que se haya omitido por parte de Protección el deber de información.

4. Argumentos del Recurrente

Adujo que, si bien en el formulario que reposa a folios 129-130 se indica que la actora aplaza la decisión de traslado al ISS no hay constancia alguna que se le haya indicado que esa decisión solamente podía ser aplazada hasta julio de 2007, simplemente queda constancia que la asesoría se centró en verificar si habían inconsistencias en la fecha de nacimiento.

Así mismo, solicita tener en cuenta que la información entregada a folio 29 en la cual no se hace una comparación entre lo que le correspondería a la demandante si estuviera en el RPM y lo que tendría de estar en el RAIS.

Concluye indicado que la información no fue dada de manera completa en tres sentidos. 1. No le dijeron que podía aplazar la decisión de traslado hasta julio; 2. No le hicieron comparativos respecto al RPM; y 3. No le informaron que de no trasladarse podía optar por un ahorro voluntario si quería subir su mesada pensional.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 2 de septiembre de 2019, se admite el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por la parte demandante así como la demandada COLPENSIONES.

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.

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 la 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 día 10 de julio de 1997 la demandante suscribió formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Protección S.A. a efectos de trasladarse de régimen pensional, pues anteriormente se encontraba cotizando al Instituto de Seguros Sociales (fls. 14 y 127).

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, 10 de julio de 1997 (fl. 14 y 127), 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 folios 62 y 115 fue allegado expediente administrativo de la actora, dentro del cual se adjunta por parte del Colpensiones el "Reporte de semanas cotizadas en pensiones", documento que indica que la actora nació el 5 de julio de 1960, por lo que al momento de la entrada en vigencia del régimen de la Ley 100 de 1993— para su caso 1º de abril de 1994 — contaba con 33 años, 8 meses y 24 días, así como reportaba un aproximado de 127 semanas cotizadas (fl. 62 y 115)

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 127 semanas de cotización, equivalente a 2.5 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 Gutierrez Ortega.

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 10 de julio de 1997 (fl. 14 y 127), 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 Protección,

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.

Demandante: MARTHA LUZ GUTIERREZ ORTEGA

Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

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.

Demandante: MARTHA LUZ GUTIERREZ ORTEGA

Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

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 los folios 5 y 84 del plenario, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad “libre, espontánea y sin presiones”, la cual fue por demás refrendada en el año 2007, donde fue reasesorada y optó por permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

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 37 años, había cotizado 241 semanas (fl. 62 y 115) 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 recibido reasesorías?

En efecto, en este asunto, adquiere una mayor connotación lo plasmado en el formulario de afiliación suscrito por la demandante y que obra a folios 14 y 127, sin que sea argumento para esta Sala de Decisión la desidia que se alega por este extremo procesal, máxime cuando en el año 2007, específicamente el 29 de marzo, le fue efectuada una reasesoría pensional como da cuenta el formulario de folio 128, en la que, como allí quedo plasmado, se le informó que después de realizarse el cálculo no le convenía quedarse en Protección S.A., acompañamiento que la propia demandante en su interrogatorio de parte aceptó haber recibido. Además, aceptó haber leído el formulario y que su firma plasmada y formulario que aceptó haber leído y suscrito.

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

215

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 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.

Demandante: MARTHA LUZ GUTIERREZ ORTEGA

Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

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

Demandante: MARTHA LUZ GUTIERREZ ORTEGA

Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

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, una pensión en mayor cuantía, y el extinto Instituto de Seguros Sociales "*se iba acabar*".

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 Protección S.A. en su momento, cual son los salarios reportados por la demandante del año 1998 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, pese a lo cual, se itera, en el año 2007 la AFP demandada efectuó una reasesoría pensional en la que se le realizó una proyección de su mesada pensional en el RAIS.

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. 59) contaba con 58 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 20 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, máxime cuando el 29 de marzo de 2007 se le efectuó por parte de la AFP Protección una reasesoría pensional en donde se le indica que no le conviene continuar en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, encontrándose para dicha data a tiempo de trasladarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin que ello hubiera sido efectuado por la hoy demandante.

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, no se abren paso las razones expuestas en la apelación ni en los alegatos, a los que se da repuesta con esta providencia y por contera, se dispone CONFIRMAR la sentencia apelada.

Son suficientes entonces las anteriores consideraciones para confirmar la providencia apelada.

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,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada.

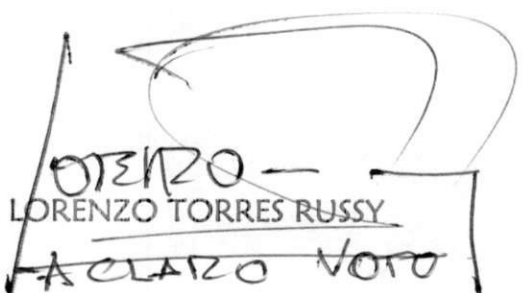
SEGUNDO.- COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

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

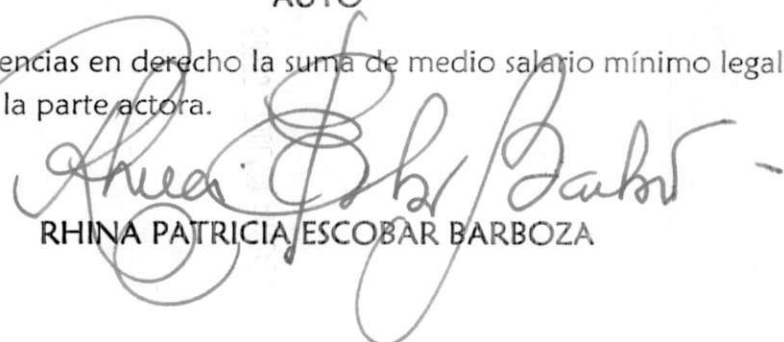

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
(Salvamento de Voto)


LORENZO TORRES RUSSY

~~A CLARO 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

TSB SECRET S. LABORAL

50555 7JUL'20 PM12:54

Demandante: CARLOS BAHAMÓN GONZÁLEZ

Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, Y PROTECCIÓN

350

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 Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el 21 de enero de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que CARLOS BAHAMÓN GONZÁLEZ promoviese contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, y PROTECCIÓN.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la nulidad del acto o formulario que lo vinculó con Colfondos S.A en agosto de 1996; y que se encuentra en el régimen de prima media. Como consecuencia de lo anterior, pretende que Protección realice el traslado de todos los aportes, rendimientos, y valor del bono pensional que se encuentre en la cuenta de ahorro individual de ahorro pensional a Colpensiones.

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.

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 demandante se trasladó a Colfondos de manera libre y voluntaria, sin tener injerencia alguna en tal decisión, debiéndose acreditar el engaño del fondo privado.

Demandante: **CARLOS BAHAMÓN GONZÁLEZ**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, Y PROTECCIÓN**

Indica que, que el accionante al 01 de abril de 1994 no contaba con 40 años ni 750 semanas para poder predicar su traslado en razón de la sentencia SU-062 de 2010 y que el 26 de enero de 2018, fecha de solicitud de traslado ante Colpensiones, el accionante se encontraba a menos de 10 años para cumplir la edad pensional.

Señala que, el error que alega el actor no es dirimente para considerar que genera nulidad, por demás que se debió solicitar dentro de los 4 años, según el artículo 1750 C.C; y que, de existir nulidad, fue saneada en los términos del artículo 1750 ejusdem, ya que, se observa una ratificación tácita, al permitirse los descuentos por parte del RAIS.

Aduce que, la Corte Suprema de Justicia ha cobijado a personas beneficiarios del régimen de transición, aspecto del que no es beneficiario el actor, y que, al momento del traslado, el accionante no tenía una expectativa legítima de pensionarse.

Finalmente expone que, se debe dar aplicación al principio de la sostenibilidad financiera.

Old Mutual Pensiones y Cesantías 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 no basta con citar y/o invocar vicios de consentimiento, sino que es necesario demostrarlos, por demás que, el traslado del actor devino de una decisión voluntaria, libre, informada, y ya venía de un fondo privado, Colfondos S.A

Refiere que, el error de derecho no produce vicios de consentimiento, y el error de hecho, no se verifica.

Indica, que el deber de información para la fecha del traslado del demandante no se encontraba vigente.

Finalmente, menciona que desde su nacimiento cuentan con personal que capacita a todos sus funcionarios, especialmente a sus asesores comerciales, para explicar las características, particularidades, y bondades del RAIS; y que el accionante no es beneficiario del régimen de transición.

Colfondos S.A. se opuso a las pretensiones incoadas en la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo las de prescripción y compensación), señala, en síntesis, que brindó al demandante al momento de trasladarse una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión, informándose acerca de las características del régimen, su funcionamiento, las diferencias con régimen de prima media, las ventajas y desventajas, y el derecho de rentabilidad que producen los aportes.

Demandante: CARLOS BAHAMÓN GONZÁLEZ

Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, Y PROTECCIÓN

Señala que, el accionante de su puño y letra suscribió formulario de afiliación, donde también señaló que dicha voluntad era sin presión o coacción, por demás que no se demuestra que hubo algún vicio del consentimiento, el error de derecho no vicia el consentimiento, y el error de hecho sólo lo vicia cuando se yerra en cuanto a la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa, no obstante, el actor sí pretendió afiliarse a RAIS.

Finalmente, manifiesta que, el artículo 1750 C.C establece un término de prescripción de 4 años, y el artículo 151 del CPT y de la SS, de 3.

Protección, se opuso a las pretensiones incoadas en la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción), indica, en síntesis, que no se ha probado vicio del consentimiento o situación anómala que invalide el contrato suscrito con el actor, aunado que el accionante solicitó de manera libre y voluntaria su afiliación, y recibió información detallada, clara, precisa, y concisa sobre las ventajas y desventajas del RAIS.

Apunta que, las proyecciones pensionales pueden variar con el transcurso del tiempo, debido a cambios en el salario, hijos, y estado civil.

Finalmente, expresa que el accionante no se encuentra en los supuestos de la sentencia SU-062 de 2010 para retornar al régimen de prima media con prestación definida.

3. Providencia recurrida

El A quo dictó sentencia absolutoria.

En síntesis, refirió que si bien le correspondía a Colfondos S.A acreditar si prestó asesoría al demandante, suministrando la respectiva información del régimen, las ventajas y desventajas que lo lleven incluso a desanimarse de optar por el traslado, del interrogatorio de parte se desprende que el actor tenía un conocimiento más que básico del funcionamiento del RAIS.

Finiquita exponiendo que no todas las circunstancias de tal régimen generan un menoscabo para el afiliado; y que el actor era profesional, y no se puede considerar que estamos en un país de ignorantes, donde los afiliados ni siquiera pueden leer una ley y entenderla, pues en tales condiciones a nadie se le podría exigir su cumplimiento.

4. Argumentos del Recurrente

Adujo que, se debe seguir el precedente judicial, en tal sentido, verificar si se suministró de manera debida la información al demandante, por demás que, según la jurisprudencia no se le puede pedir al afiliado que tenga conocimientos de las

Demandante: CARLOS BAHAMÓN GONZÁLEZ

Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, Y PROTECCIÓN

consecuencias de estar en RAIS, cuando el deber de informar recae en la administradora, de modo que no se le puede pedir a un afiliado lego tener tales conocimientos.

Expone que, si bien el accionante manifestó en su interrogatorio que antes de los 52 años tenía conocimiento de las consecuencias del RAIS, fue por una mala información que no se trasladó porque estaba convencido que no podía hacerlo.

Concluye indicado que, el accionante en su interrogatorio lo que expresó fueron conocimientos generales del RAIS, pero en ningún momento se demostró que se le brindó una correcta asesoría conforme a lo dispone la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 21 de enero 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 apoderados del extremo pasivo.

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.

Pese a lo anterior, se surte el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

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 el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

Tesis

Revocar la decisión de primer grado.

Demandante: CARLOS BAHAMÓN GONZÁLEZ

Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, Y PROTECCIÓN

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

INEFICACIA DEL TRASLADO

Dentro del presente diligenciamiento, claro es que el 08 de agosto de 1996 el demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de Colfondos (fl. 40) 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, 08 de agosto de 1996 (fl. 46), 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 09 de mayo 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 34 años, 10 meses y 23 días, así como reportaba un aproximado de 620,86 semanas cotizadas (fl. 36).

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 620,86 semanas de cotización, equivalente a 11,89 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

Demandante: CARLOS BAHAMÓN GONZÁLEZ

Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, Y PROTECCIÓN

35

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 Bahamón González.

No obstante estar el actor inmerso en tal escenario, pretende la declaratoria de ineficacia del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de Colfondos el 08 de agosto de 1996 (fl. 46), a efecto de permanecer afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con fundamento en que al momento de realizar dicho traslado, la entidad Colfondos, no realizó proyección pensional, ni brindó información suficiente, amplia ni oportuna que le permitiera conocer al accionante las consecuencias, implicaciones y desventajas que le traía el traslado de régimen.

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

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

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

Puestas de este modo las cosas, en primer término, debemos recordar que el artículo 112 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 5 del Decreto 692 de 1994, establecen

Demandante: CARLOS BAHAMÓN GONZÁLEZ

Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, Y PROTECCIÓN

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. (...)"*

Demandante: CARLOS BAHAMÓN GONZÁLEZ

Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, Y PROTECCIÓN

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 de afiliación al fondo privado, 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 al accionante quien contaba con 37 años, había cotizado un poco más de 758,57 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) aduce en interrogatorio de parte da muestras de conocer el funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad cuando expone que lo importante en éste era cotizar y que era similar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

En efecto, en este asunto, adquiere una mayor connotación lo plasmado en el formulario de afiliación suscrito por el demandante y que obra a folio 40 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 señaló que era Jefe de Estación en Ecopetrol, y dio muestras de conocer el funcionamiento del RAIS al

Código Único de Identificación: 11 001 31 050352018000143 -01

Demandante: CARLOS BAHAMÓN GONZÁLEZ

Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, Y PROTECCIÓN

señalar que el capital en tal régimen está constituido por aportes, rendimientos y bono pensional, exponiendo en qué consistía este último, así como también hizo alusión que era posible pensionarse anticipadamente, y que el saldo podía ser heredable. Además, expresó que antes de cumplir los 52 años tenía conocimiento de las consecuencias adversas que implicaba estar allí y que Colpensiones le convenía más, limitándose únicamente a señalar que no se trasladó al régimen de prima media con prestación definida por cuanto Colfondos le informó que no podía, declaración que carece de algún otro medio de prueba que lo sustente.

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

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

El H. Magistrado, Rigoberto Echeverri Bueno expuso que, la ineficacia del traslado no puede predicarse respecto de todos los casos, de manera automática e inconsulta, sino que es necesario la ocurrencia de un perjuicio claro, cierto, y específicamente 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 08 de agosto 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

Demandante: **CARLOS BAHAMÓN GONZÁLEZ**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, Y PROTECCIÓN**

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, 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, 20 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

Demandante: CARLOS BAHAMÓN GONZÁLEZ

Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, Y PROTECCIÓN

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 el funcionamiento del RAIS, al señalar que el capital en tal régimen está constituido por aportes, rendimientos y bono pensional, exponiendo en qué consistía este último, así como también hizo alusión que era posible pensionarse anticipadamente, y que el saldo podía ser heredable. Además, expresó que antes de cumplir los 52 años tenía conocimiento de las consecuencias adversas que implicaba estar allí y que Colpensiones le convenía más, limitándose únicamente a señalar que no se trasladó al régimen de prima media con prestación definida por cuanto Colfondos le informó que no podía, declaración que carece de algún otro medio de prueba que lo sustente.

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 1996 hacia

Demandante: CARLOS BAHAMÓN GONZÁLEZ

Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, Y PROTECCIÓN

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 la edad para pensionarse – puesto que a la fecha de presentación de la demanda (fl. 61) contaba con 58 años, 10 meses, y 4 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 24 años en edad y un aproximado de más de 679,14 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 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.

Demandante: CARLOS BAHAMÓN GONZÁLEZ

Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, Y PROTECCIÓN

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 sí a los alegatos del extremo pasivo, a los que se da repuesta con esta providencia 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,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada.

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

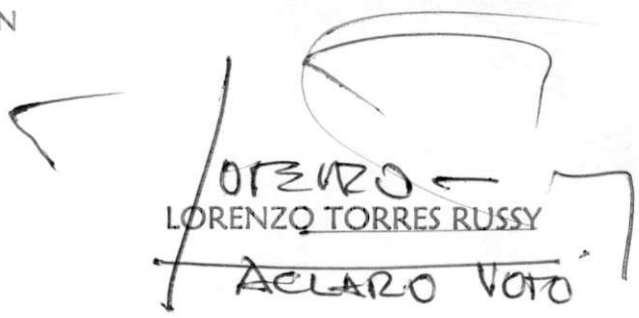

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

Código Único de Identificación: 11 001 31 050352018000143 -01

Demandante: CARLOS BAHAMÓN GONZÁLEZ

Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A, OLD MUTUAL PENSIONES Y
CESANTÍAS S.A, Y PROTECCIÓN


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
(Salvamento de Voto)


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

TSB SECRET S. LABORAL

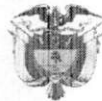
50557 7JUL'20 PM12:55

Código Único de Identificación: 11 001 31 05035201800221 -01

Demandante: ALBA MERCEDES RODRÍGUEZ SALAZAR

Demandado: COLPENSIONES Y COLFONDOS 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

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el 04 de octubre de 2019 dentro del proceso ordinario laboral que ALBA MERCEDES RODRÍGUEZ SALAZAR promoviese contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y COLFONDOS S.A.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se autorice su traslado de régimen pensional. Como consecuencia de lo anterior, solicita se inicien los trámites ante Colfondos S.A para la realización del traslado de aportes realizados en su vida laboral, y que Colpensiones reciba los mismos.

Se edifica la demanda y de forma principal, en la presunta utilización de estrategias de miedo, desinformación, y engaños de parte del fondo privado a la actora para que efectuara su traslado.

2. Actuación Procesal.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05035201800221 -01

Demandante: ALBA MERCEDES RODRÍGUEZ SALAZAR

Demandado: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A

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 demandante efectuó su traslado de manera libre y voluntaria, por lo que el contrato de afiliación no se encuentra inmerso de nulidad o ineficacia, por demás que no tuvo injerencia en la decisión del actor de trasladarse

Indica que, pese a lo anterior, la decisión de trasladarse afecta sus intereses, ya que, genera su descapitalización, y por ende pone en riesgo las pensiones de aquellas personas que han cotizado al régimen de prima media con prestación definida durante toda su vida.

Señala que, la actora al 01 de abril de 1994 no acumulaba 15 años de servicios para retornar según condiciones de la sentencia SU-062 de 2010 y que, al momento de efectuarse el traslado del actor, este apenas se encontraba con una mera expectativa pensional.

Aduce que, no se evidencia error, como quiera que los que se alegan no tienen la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia del acto jurídico celebrado con el fondo privado, y que la nulidad fue saneada en caso de existir al evidenciarse una ratificación tácita, y al ejecutarse de manera voluntaria lo acordado en el contrato y ser consentidos los descuentos con destino al RAIS, aunado a que el plazo para pedir la rescisión del contrato es de 4 años

Finalmente expone que, en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia se protegieron a personas con régimen de transición o que estaban muy cercanas a cumplir requisitos para obtener la pensión.

Colfondos 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, por cuanto no acredita 15 años de servicios al 01 de abril de 1994, según sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013; y que existe una prohibición legal de traslado cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para cumplir la edad para acceder a una pensión de vejez

Código Único de Identificación: 11 001 31 05035201800221 -01

Demandante: **ALBA MERCEDES RODRÍGUEZ SALAZAR**

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

Manifiesta que, no se evidencia un error que condujera a una determinación equivocada de las partes, por el contrario, la afiliación se hizo conforme a los mandatos legales y constitucionales, por demás que la actora podía acceder a fuentes de información donde están claramente definidas las características de cada uno de los regímenes pensionales que existen en Colombia. Asimismo, que no se evidencia ilicitud en el objeto de la afiliación de la accionante, ya que, se han cumplido las condiciones y normas legales que deben atender los fondos de administradores de pensiones.

Expone, que las sentencias de la Corte Suprema de Justicia no tienen similitud fáctica con el caso, dado que en ellas, se protegió personas que estaban en régimen de transición o próximos a cumplir requisitos

Finalmente, menciona que la normatividad vigente para la época no establecía el deber de información en los términos actuales, pues fue sólo con la expedición de los Decretos 2555 de 2010, 2071 de 2015, y la Ley 1748 de 2015 que surge la anterior obligación; que se efectuó la publicación de la posibilidad de trasladarse conforme al Decreto 3800 de 2003; y que cualquier acción de una nulidad se encuentra prescrita.

3. Providencia recurrida

El A quo dictó sentencia absolutoria.

En síntesis, refirió que conforme a criterio de la Corte Suprema de Justicia le correspondía al fondo privado dar cumplimiento a su deber de información, señalándose al potencial afiliado las ventajas y desventajas del régimen pensional, que esto se debe realizar en todas las etapas del proceso, y que ello obedece a la simetría que se presenta con el afiliado lego. Empero, no se acreditó que a la accionante se le brindara la información suficiente para que hubiese podido optar por el traslado en las condiciones que le hubieren sido más favorable, sin que ello se desprenda del formulario de afiliación.

Expresa que, pese a lo anterior, y conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se debe demostrar que se perdieron beneficios, tales como una pensión vitalicia, un mejor monto de la pensión, entre otros factores, sin embargo, no está acreditado tal perjuicio.

4. Argumentos del Recurrente

Adujo que, la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia no establece en ningún momento que el actor deba aportar una prueba sumaria, donde se determine el perjuicio, por demás que se está frente a un hecho notorio que se puede evidenciar dentro de la historia laboral del proceso, de manera tal, que conociéndose las forma como se liquida en los regímenes se podía determinar que la pensión en Colpensiones sería mucho mayor, se tiene un diferencia de más de \$2'000.000.

Concluye indicado que, la Corte Suprema de Justicia establece que es el fondo privado quien tiene la carga de la prueba, y por ende, era la encargada de demostrar que cumplió con su deber de información.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 17 de enero 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 apoderados de ambas 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.

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 la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05035201800221 -01

Demandante: ALBA MERCEDES RODRÍGUEZ SALAZAR

Demandado: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A

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

INEFICACIA DEL TRASLADO

Dentro del presente diligenciamiento, claro es que el 13 de junio de 1995 la demandante suscribió formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Colfondos S.A (fl.144), 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, 13 de junio de 1995 (fl.144) 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 25 de junio de 1961, 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, 9 meses y 7 días, así como reportaba un aproximado de 351,86 semanas cotizadas según historia laboral de Colpensiones (fls. 7 y 8).

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 máximo de 393,28 semanas de cotización, equivalente a 7,54 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia C-789 de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05035201800221 -01

Demandante: ALBA MERCEDES RODRÍGUEZ SALAZAR

Demandado: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A

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 Rodríguez Salazar.

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 Colfondos S.A el 13 de junio de 1995 (fl. 144), 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 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*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05035201800221 -01

Demandante: ALBA MERCEDES RODRÍGUEZ SALAZAR

Demandado: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05035201800221 -01

Demandante: ALBA MERCEDES RODRÍGUEZ SALAZAR

Demandado: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A

efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

- a) Lugar y fecha;*
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;*
- c) Nombre y apellidos del afiliado;*
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;*
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;*
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado."*

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

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

Finalmente habrá de recordarse esa norma consignada en el literal b del artículo 11 de la Ley 1328/2009 y que realmente, resulta ser aquella que desarrolló en un primer momento, lo que como hoy conocemos ese deber de asesoría, en el caso que 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 de afiliación al fondo privado, 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 33 años, había cotizado un poco más de 432,29 semanas y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión, por demás, (ii) durante más de 22 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) aduce en interrogatorio de parte que conocía legislación de registros sanitarios, en virtud de su profesión como Ingeniera Química, y da muestras de tener conocimiento de características de los regímenes pensionales

En efecto, en este asunto, adquiere una mayor connotación lo plasmado en el formulario de afiliación suscrito por el demandante y que obra a folio 144 sin que sea argumento para esta Sala de Decisión la desidia que se alega por este extremo procesal, máxime cuando en interrogatorio de parte la accionante señaló que era Ingeniera Química, y en que en virtud del ejercicio de tal labor conocía la legislación de registros sanitarios y del INVIMA, y tenía conocimientos o experiencia en el campo legal. Asimismo, que el ISS se iba a acabar, que se podía pensionar a una edad menor que en el ISS, así como con un monto mayor, que existía la posibilidad que les devolvieran los saldos, y que se reconocía un bono pensional. Es decir, **confesó que si fue asesorada**.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05035201800221 -01

Demandante: **ALBA MERCEDES RODRÍGUEZ SALAZAR**

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

claramente es acudir al desconocimiento a lo que ha sido adoptado por el legislador. Y en el caso en estudio, fueron doblemente puestas en conocimiento de la parte actora, quien motu proprio, decide mantenerse en un fondo privado.

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

El H. Magistrado, Rigoberto Echeverri Bueno expuso que, la ineficacia del traslado no puede predicarse respecto de todos los casos, de manera automática e inconsulta, sino que es necesario la ocurrencia de un perjuicio claro, cierto, y específicamente 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 13 de junio 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 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05035201800221 -01

Demandante: **ALBA MERCEDES RODRÍGUEZ SALAZAR**

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

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, 22 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.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05035201800221 -01

Demandante: ALBA MERCEDES RODRÍGUEZ SALAZAR

Demandado: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A

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, pues de las afirmaciones efectuadas en los hechos de la demanda, y al absolver el interrogatorio de parte la accionante señaló que era Ingeniera Química, y en que en virtud del ejercicio de tal labor conocía la legislación de registros sanitarios y del INVIMA, y tenía conocimientos o experiencia en el campo legal. Asimismo, que el ISS se iba a acabar, que se podía pensionar a una edad menor que en el ISS, así como con un monto mayor, que existía la posibilidad que les devolvieran los saldos, y que se reconocía un bono 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 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 Colfondos 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 de la trabajadora a seleccionar el régimen pensional.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05035201800221 -01

Demandante: ALBA MERCEDES RODRÍGUEZ SALAZAR

Demandado: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A

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 1995 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 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 estado próximo a cumplir la edad para pensionarse – puesto que a la fecha de presentación de la demanda (fl. 39) contaba con 56 años, 9 meses y 25 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 22 años en edad y un aproximado de más de 868,71 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 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, 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 presentados por el 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,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05035201800221 -01

Demandante: ALBA MERCEDES RODRÍGUEZ SALAZAR

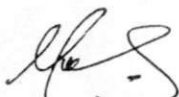
Demandado: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A

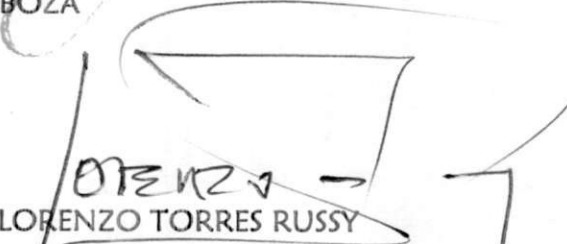
SEGUNDO.- COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte actora.

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


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
(Salvamento de Voto)


LORENZO TORRES RUSSY
ACORDO 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

TSB SECRET S. LABORAL

58570 7JUL'20 PM 1:02

1011 974.001

REPÚBLICA 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 deduce el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de PORVENIR S.A. y, estudiar en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de septiembre de 2019 dentro del proceso ordinario laboral que **MILENA MARÍA AUXILIADORA CHIROLLA TORRES** promoviese contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí conculme con la demanda se pretende se declare la ineficacia el traslado que la actora hizo al RAIS por no habersele suministrado información completa, transparente cierta, suficiente, y oportuna, por parte de Colfondos S.A. acerca de su decisión: que no surte efecto su traslado a Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; y que no existió solución de continuidad en su permanencia en el régimen de prima media con prestación definida. Como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., devolver a Colpensiones todos los valores, aportes con sus rendimientos e intereses, bono pensional, y los gastos de administración; y a Colpensiones aceptar la afiliación.

Subsidiariamente, pretende que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pague una pensión en la misma cuantía que le hubiere correspondido en Colpensiones, y con la correspondiente retroactividad.

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.

Código Único de Identificación: 110013105024201800167 -01

Demandante: MILENA MARÍA AUXILIADORA CHIROLLA TORRES

Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A

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 negocio jurídico celebrado entre las partes se generaron obligaciones recíprocas dentro de las cuales estaba en cabeza de la actora la de informarse acerca de las consecuencias de su traslado a un fondo privado en tanto los regímenes pensionales están regulados por la legislación colombiana.

Finalmente expone que, la actora debe someterse a lo establecido por la H. Corte Constitucional en la sentencia SU-130 de 2013, esto es, que al 01 de abril de 1994 tenga 15 años de servicios y sea beneficiario del régimen de transición para retornar al régimen de prima media con prestación definida.

Colfondos 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 el 30 de octubre de 1995, donde se entregó toda la información requerida sobre las características, ventajas y desventajas del RAIS, para que tomara una decisión libre y espontánea del cambio de régimen.

Finalmente, menciona que el error de derecho no vicia el consentimiento: que en caso de estar afectada afiliación de la actora por algún vicio adolecería de nulidad relativa, y en tal sentido estaría prescrita, pues transcurrieron más de 4 años desde su celebración.

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 las de prescripción y compensación), señala que, la elección de régimen es una decisión libre y voluntaria, tal y como lo efectuó la accionante, a quien se le brindó toda la información sobre estos.

Indica que, la demandante no es beneficiaria del régimen de transición ni tiene 15 años de servicios al 01 de abril de 1994, para considerar que puede retornar al régimen de prima media con prestación definida.

Expone que, el dejar constancia de la proyección pensional al momento del traslado nace con el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2014.

Aduce que, la actora no hizo uso de su derecho de retracto.

Código Único de Identificación: 110013105024201800167 -01

Demandante: MILENA MARÍA AUXILIADORA CHIROLLA TORRES

Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Manifiesta que, un error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, y que el error de hecho se presenta cuando se yerra en cuanto a la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa específica, lo que no aparece en el plenario.

Finalmente indica que, cualquier declaración de nulidad del acto jurídico se encuentra prescrita, que el artículo 835 del C.Co establece la carga de la prueba en cabeza de quien alega culpa o mala fe, y que únicamente puede liquidarse la pensión de la accionante conforme a las disposiciones legales del RAIS.

3. Providencia recurrida

La A quo dictó sentencia condenatoria.

PRIMERO. - DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación de la actora a COLFONDOS S.A suscrita el 30 de octubre de 1995, de conformidad con las razones expuestas.

SEGUNDO. - DECLARAR que para todos los efectos legales la actora nunca se trasladó al RAIS y en consecuencia siempre permaneció en el RPMPD.

TERCERO. - ORDENAR a PORVENIR S.A a trasladar a COLPENSIONES las cotizaciones que hizo la demandante en el RAIS junto con todos los rendimientos que se hubiera causado, es decir, el valor total que tenga la demandante en su cuenta de ahorro individual, sin que pueda realizar alguna deducción por concepto de gastos de administración.

CUARTO. - ORDENAR a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la actora, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba estos dineros de PORVENIR S.A.

QUINTO. - ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones.

SEXTO. - DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

En síntesis, refirió que conforme a criterio de la Corte Suprema de Justicia es deber del fondo privado brindar la correspondiente información, señalando las ventajas y desventajas de ambos regímenes, de tal manera que el afiliado pueda tener los elementos de juicios suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, de modo que la ausencia de información parcial o total invalide la afiliación.

Frente al caso en particular expresa que, le correspondía al fondo privado demostrar que suministró la información de las consecuencias de la afiliación a la actora, empero, del acervo probatorio recolectado no aparece suficientemente acreditada tal situación, siendo insuficiente el formulario de afiliación; que la prensa allegada no suple el deber de información que le correspondía al fondo privado al momento del traslado;

Código Único de Identificación: 110013105024201800167 -01

Demandante: MILENA MARÍA AUXILIADORA CHIROLLA TORRES

Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

que la falta al anterior deber, según la Corte Suprema de Justicia genera la ineficacia del acto, y en tal sentido se debe trasladar aportes, y rendimientos, sin que se puedan remitir gastos de administración; y que es imprescriptible la ineficacia del traslado, dado que se trata de acciones ligadas al derecho pensional.

4. Argumentos del Recurrente

Adujo que, la demandante no tiene las mismas condiciones fácticas que tenían la accionante en las reseñadas sentencias de la Corte Suprema de Justicia, ya que, estos contenían expectativas legítimas o eran beneficiarios de condiciones especiales al momento del traslado, evidenciándose un claro perjuicio frente a su situación pensional, empero ello, no podría predicarse de la actora, quien tan sólo tenía 197 semanas con el ISS y estaba iniciando su vida laboral.

Expone que, no había obligación legal de dejar constancia por escrito de la información suministrada a los afiliados.

Manifiesta que, en las aclaraciones de voto de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia se establece que cada caso debe ser analizado en su aspecto particular.

Concluye indicado que, son un tercero frente al acto que se celebró entre la actora y Colfondos, y que se está generando un enriquecimiento sin justa causa a favor de la accionante, pues existieron gastos de administración que devienen de los riesgos de invalidez y sobrevivientes.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 10 de diciembre de 2019, se admite el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por la parte actora, Colpensiones, y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

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.

306

Código Único de Identificación: 110013105024201800167 -01
Demandante: MILENA MARÍA AUXILIADORA CHIROLLA TORRES
Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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 la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

Testis

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 30 de octubre de 1995 la demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de Colfondos (fl. 18) a efectos de trasladarse de régimen pensional, pues anteriormente se encontraba cotizando en la Caja de Previsión del Distrito, debiendo realizar aportes a partir del 30 de junio de 1995 en el sistema integral de seguridad social, según lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 1068 de 1995.

Ahora bien, en el plenario no obra prueba que acredite que fue voluntad de la accionante afiliarse al entonces existente ISS, y por el contrario lo que se evidencia es que su interés desde un principio y dado el cambio establecido en el Decreto 1068 de 1995, era afiliarse al RAIS, sin embargo, y en caso de considerarse que la información suministrada carecía de veracidad y en tal sentido que hubiese optado por el ISS, es necesario precisar, en relación con la posibilidad de traslado al régimen de prima media, que el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, vigente para la época del traslado realizado por la actora, 30 de octubre de 1995 (fl. 18), 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 62 fue allegada copia del documento de identidad de la actora en donde se aprecia que nació el 22 de agosto de 1960, por lo que al momento de entrada en vigencia del régimen de la Ley 100 de 1993- para su caso 30 de junio de 1995 - contaba con 34 años, 10 meses y 9 días, así como reportaba un aproximado de 143,73 semanas cotizadas a la Caja de Previsión del Distrito como trabajadora del sector distrital (fls. 196 y 197).

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 máximo de 143,73 semanas de cotización, equivalente a 3,32 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia C-789 de 2002, para inclusive considerarse que podría por tal vía ser afiliada al RPMPD.

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 Chirolla Torres.

No obstante estar la actora inmersa en tal escenario no haber contribuido al RPMPD, pretende una declaratoria la ineficacia de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Colfondos el 30 de octubre de 1995 (fl. 18), a efecto de ser afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con fundamento en que al momento de su traslado pensional, la entidad Colfondos, no realizó proyección pensional, ni brindó información 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.

Código Único de Identificación: 11000000000000000000
Demandante: MILENA MARÍA AUXILIADORA CHIROLLA TORRES
Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A

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:

Código Único de Identificación: 110013105024201800167 -01

Demandante: MILENA MARÍA AUXILIADORA CHIROLLA TORRES

Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

- a) Lugar y fecha:
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador:
- c) Nombre y apellidos del afiliado:
- d) Número de cédula o NIT del afiliado:
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa:
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado."

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

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

Finalmente habrá de recordarse esa norma consignada en el literal b del artículo 11 de la Ley 1328/2009 y que realmente, resulta ser aquella que desarrolló en un primer momento, lo que como hoy conocemos ese deber de asesoría, en el caso que 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 de afiliación al fondo privado, 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

Código Único de Identificación: 110013105024201800167 -01

Demandante: MILENA MARÍA AUXILIADORA CHIROLLA TORRES

Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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 35 años, había cotizado un poco más de 190,86 semanas, nunca cotizó al ISS, y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?, por demás, (ii) durante más de 22 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 (iii) nunca cotizó al ISS, y iv) aduce en interrogatorio de parte que ha laborado en el sector de la salud, que suscribió el formulario de forma libre y voluntaria, y da muestras de tener conocimientos del funcionamiento de los regímenes pensionales, por demás confiesa ser un particular que se ha desempeñado en el medio del mercadeo y ventas.

En efecto, en este asunto, adquiere una mayor connotación lo plasmado en el formulario de afiliación suscrito por el demandante y que obra a folio 18 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, en los términos antes narrados.

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

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

El H. Magistrado, Rigoberto Echeverri Bueno expuso que, la ineficacia del traslado no puede predicarse respecto de todos los casos, de manera automática e inconsulta, sino que es necesario la ocurrencia de un perjuicio claro, cierto, y específicamente 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 30 de octubre 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 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, 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

Demandante: MILENA MARÍA AUXILIADORA CHIROLLA TORRES

Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

para el momento del traslado, 22 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 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, pues de las afirmaciones efectuadas en los hechos de la demanda, y al absolver el interrogatorio de parte, es factible inferir que la accionante es de profesión Odontóloga; que trabaja en el sector salud en la Subred Centro-Oriente; que prestó servicios en el Hospital Trinidad Galán; que su afiliación fue libre y voluntaria y que lo hizo por lo que decían los medios de comunicación y las noticias; y que tiene conocimientos de los regímenes pensionales, lo que se extrae al manifestar que se podía pensionar con una edad anterior a la del ISS, que dicha entidad tenía problemas, y que en Porvenir S.A. le hicieron dos proyecciones pensionales.

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

Código Único de Identificación: 110013105024201800167 -01

Demandante: MILENA MARÍA AUXILIADORA CHIROLLA TORRES

Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

vinculaba, por lo tanto, no había lugar a declarar ni la nulidad de la afiliación a la Colfondos 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 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 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 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. 163) contaba con 57 años, 7 meses, y 2 días -, es que pretende retornar a un régimen al que nunca permaneció, y en el que nunca contribuyó al pago de las pensiones "de cada vigencia" y sólo, so pretexto de no habersele proyectado una pensión cuando le faltaban aproximadamente 21 años en edad y un aproximado de más de 1109,14 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 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."*

Possibilidad de pensionarse conforme al RMPD- pretensión subsidiaria

De conformidad con el discurso expuesto los regímenes pensionales, tienen sus características propias, ventajas y/o beneficios, así como desventajas, por lo que la demandante al elegir el RAIS quedó sometida a las reglas que le son propias en tal régimen, el cual como se ha dicho en diversas ocasiones a lo largo de esta providencia, hace parte de la legislación colombiana, de manera tal que no es viable alegar su desconocimiento, por demás que le está vedado al juzgador más allá de la labor interpretativa que le corresponde, dar una alcance a las normas que originalmente no fue contemplado por el legislador.

Ante ello, se abren paso a las razones expuestas en la apelación y en los alegatos de las demandadas, a los que se da repuesta con esta providencia junto con el de la parte actora, y por contera, se dispone, REVOCAR la providencia apelada y consultada, 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.

Código Único de Identificación: 110013105024201800167 -01

Demandante: MILENA MARÍA AUXILIADORA CHIROLLA TORRES

Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A

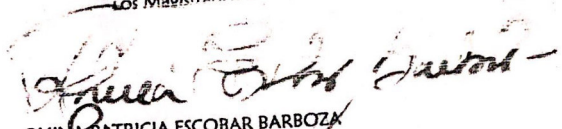
RESUELVE

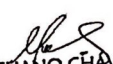
PRIMERO.- REVOCAR la providencia apelada y consultada, en su lugar DECLARAR DE OFICIO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE EFICACIA DEL ACTO DE AFILIACIÓN DE LA DEMANDANTE, y, en consecuencia, ABSOLVER a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra.

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


MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA
(Salvamento de Voto)


LORENZO TORRES RUSSY

ACELERO VOTO

NOTO

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


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA