Código Único de Identificación: 11001310501520180049O-01
Demandante: **EDGAR RUÍZ PÉREZ**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

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

Discutido y Aprobado según Acta No. 0020

AUTO DE SUSTANCIACIÓN

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

SEGUNDO: **RECONOCER** personería adjetiva a la Dra. MARÍA ELENA FIERRO GARCÍA, identificada con Tarjeta Profesional No. 291.785 como procuradora sustituta de Colpensiones.

I. ASUNTO A TRATAR

Se deciden los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por los apoderados del **DEMANDANTE** y la **DEMANDADA COLPENSIONES**, en contra de la sentencia proferida el 26 de agosto de 2019 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, así como el grado jurisdiccional de **CONSULTA** a favor de Colpensiones, dentro del proceso ordinario laboral que **EDGAR RUÍZ PÉREZ** promoviese contra Colpensiones, Porvenir S.A., Protección S.A. y Old Mutual S.A.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare "la nulidad" del traslado del demandante al RAIS a través de la AFP Horizonte (hoy Porvenir S.A.), así como la nulidad de la afiliación a las AFPs Protección y Old Mutual. Como consecuencia de ello, se ordene a las mentadas AFPs trasladar todos los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual, así como los rendimientos financieros, intereses, gastos de administración, seguro previsional y comisiones a Colpensiones. Así como el pago de los perjuicios materiales causados. Y, de manera subsidiaria, solicita se declare la ineficacia del traslado al RAIS.

Estriba entonces el documento introductor 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 contra esta interpuestas, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción), expone, en síntesis, que el traslado realizado por el demandante tiene plena validez y el presunto vicio del consentimiento debe probarse, máxime cuando el traslado acaeció de manera libre y voluntaria, dejando en evidencia su intención de permanecer en el RAIS, prueba de lo cual es el formulario de afiliación.

Menciona que al demandante le faltan menos de 10 años para cumplir la edad para acceder a la pensión de vejez, por lo que se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado de régimen, además ha de tenerse en cuenta que el actor ha realizado traslados de manera horizontal lo que convalida y subsana su decisión de permanecer en el RAIS, máxime cuando han transcurrido más de 15 años desde el momento en que decidió trasladarse.

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 el traslado efectuado por el actor a esa entidad se efectuó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100/93, el cual se realizó de manera libre y voluntaria, conforme los presupuestos legales, lo cual se confirma con la suscripción del formulario de vinculación y traslado; ello significa que la información suministrada por esta AFP al momento del traslado fue clara y precisa, lo que permitió que el actor decidiera libre y voluntariamente trasladarse de AFP, formulario, que cumple con los requisitos legales.

Menciona que para el 1° de abril de 1994 el demandante no contaba con 750 semanas cotizadas o 15 años de servicios, además, a la fecha cuenta con 57 años, es decir, se encuentra a menos de 10 años para pensionarse en el RPM, es decir que no cumple con los requisitos establecidos para trasladarse en cualquier tiempo al RPM.

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

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 todas las actuaciones de ese fondo han estado precedidas de buena fe y legalidad y es por ello que todas las personas afiliadas a esta

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

Resalta que Protección S.A. brindó una asesoría completa y comprensible al actor 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 pues no existe error en el consentimiento y mucho menos fuerza o dolo, pues la decisión fue asumida 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 actor 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.

Old Mutual, se opuso a las pretensiones incoadas en la demanda contra esta presentada, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción), adujo, en síntesis, que le informó de manera adecuada y completa al demandante, con anterioridad a su vinculación, acerca de las condiciones bajo las cuales opera el RAIS, lo cual resulta demostrado, pues al suscribir el formulario de afiliación, dejó constancia que su elección fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones, formulario que se ajusta a la ley y contiene la información requerida para el efecto.

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

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

3. Providencia recurrida

El *A quo* dictó sentencia, en la cual declaró nula la afiliación del actor al RAIS a través de Horizonte (hoy Porvenir) y como consecuencia de ello declaró la nulidad de los traslados efectuados a Protección y Old Mutual, ordenando a este último, a trasladar todas las sumas que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del actor y a Colpensiones a recibir estos y reactivar a la afiliación del accionante.

En síntesis, adujo, que la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia ha establecidos algunos aspectos frente a este tema, como son el hecho que la actuación viciada de traslado del RPM al RAIS no se convalida por los traslados entre administradoras de este último régimen, que el libre albedrío señalado por el sistema de seguridad social no se limita a una simple manifestación de voluntad, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada, que no se trata solamente de diligenciar un contrato ni adherirse a una cláusula general, sino haber tenido los elementos de juicio suficientes para medir la trascendencia de la decisión adoptada, así como el hecho de que la AFP está en la obligación de probar que su actuación estuvo revestida de diligencia, cuidado y buena fe, al ser una entidad que presta un servicios público.

En el caso particular, el juzgador de primer grado observa que Protección vía telefónica, pues no tiene la firma del demandante, el día 25 de noviembre de 2013, aparentemente le indica a este que tiene hasta el día siguiente para devolverse al RPM, además, que esta asesoría se envía por correo electrónico a las 3:45 al e-mail nominacolombia@mmm.com, el cual se identifica como el correo de nómina de la empresa, informándose la posibilidad de volver al seguro, por lo que el accionante llena el formato y la AFP Protección al tener los datos, el día 27 de noviembre de 2013, data para la cual ya se encontraba vencido el término para retornar al RPM. Considerando que esta información no es oportuna ni cumplió con la suficiente información, como quiera que la misma no fue dirigida al afiliado sino a su empresa, además de que fue dada apenas un día antes del día límite que tenía para retornar.

4. Argumentos de los recurrentes

Parte demandante.

Adujo que deben devolverse por parte de Old Mutual todos los dineros, incluidos los rendimientos financieros e intereses, gastos de administración, seguro

previsional y comisiones, teniendo en cuenta el resultado de la nulidad de la afiliación, cuya consecuencia es que todo debe volver a su estado normal, por lo que debe devolverse toda clase de emolumentos.

En lo que respecta a la no condena en costas, menciona que el artículo 335 del CGP indica que la parte vencida debe ser condenada en costas sin ninguna justificación adicional, por lo que, atendiendo el resultado de la sentencia, debe condenarse en costas a la parte demandada.

Colpensiones

Indica que la jurisdicción laboral no puede continuar imponiéndole a Colpensiones una carga que no está llamada a soportar y que en un futuro afectaría su sostenibilidad financiera, ya que el aval de los falladores de primera instancia es la simple afirmación de la parte demandante acerca de una falta de asesoría sin más respaldo, lo que pone en desventaja a los fondos al trasladar la carga de la prueba basada en una afirmación subjetiva.

Menciona que, al analizarse la documental allegada al proceso, así como el interrogatorio de parte del actor, no se vislumbra que no se haya dado información, además, debe tenerse en cuenta que la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que nadie puede prefabricar su propia prueba para beneficiarse del resultado, situación que es la que se presenta en este tipo de casos, misma línea que maneja la Corte Constitucional.

Aduce, que debe tenerse en cuenta que la Ley 797 de 2003 otorgó un año de gracia a los afiliados del RAIS con el fin de retornar al RPM, sin que el actor se manifestara frente a ello, lo que ratifica su intención de continuar en el fondo privado, más cuando presenta traslados de manera horizontal, sin que la ignorancia de la ley lo exima de su cumplimiento.

Finalmente, manifiesta que tal y como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia, en caso de que el fondo privado sea condenado, debe devolver los aportes, incluyendo todos los recursos de la cuenta individual, las cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, los rendimientos, los seguros previsionales y los gastos de administración.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto del 10 de octubre de 2019, se admiten los recursos de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar mediante auto de fecha 8 de junio de 2020. Colpensiones y Old Mutual, presentaron sus alegaciones

reiterando aquello expresado en las contestaciones. Porvenir, manifestó no utilizar el término concedido.

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 Horizonte (hoy 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 14 de agosto de 2000 el demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de la AFP Horizonte (hoy Porvenir S.A.) (fl. 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 literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, vigente para la época del traslado realizado por el actor, 14 de agosto de 2000 (fl. 129), prescribía que los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: *"Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez"*, este último aparte citado textualmente, fue declarado **EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante** Sentencia C-1024 de

2004, *"exclusivamente por el cargo analizado en esta oportunidad y bajo el entendido que las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden regresar a éste -en cualquier tiempo-, conforme a los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".*

De cara a lo anterior, a folio 16 fue allegada copia del documento de identidad del actor en donde se aprecia que nació el 27 de noviembre 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, 4 meses y 3 días, así como reportaba un aproximado de 600.68 semanas cotizadas (fl. 87)

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 600.68 semanas de cotización, equivalente a 11.7 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

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

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 Horizonte (hoy Porvenir) el 14 de agosto de 2000 (fl. 129), a efecto de permanecer afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con fundamento en que al momento de realizar dicho traslado, la entidad Porvenir, no realizó proyección pensional, ni brindó información suficiente, amplia ni oportuna que le permitiera conocer al accionante las consecuencias, implicaciones y desventajas que le traía el traslado de régimen.

Sobre el tópico, no desconoce esta Sala mayoritaria, la fecunda jurisprudencia de nuestro máximo órgano de cierre, quien ha sostenido lo anteriormente reseñado. V.gr. en la Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011, en la cual se ratificó lo señalado en las sentencias con Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y 31.314, donde se reitera la necesidad de que se brinde información suficiente y veraz sobre las consecuencias de un traslado.

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

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

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

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

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

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

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario

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

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

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

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

Finalmente habrá de recordarse esa norma consignada en el literal b) del artículo 11 de la Ley 1328/2009 y que realmente, resulta ser aquella que desarrolló en un primer momento, lo que como hoy conocemos ese deber de asesoría, en el caso que estudia esta Sala no se encontraba vigente al momento de efectuarse el traslado. Recordemos, ella sólo inició 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 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 hacen 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 38 años, había cotizado 877 semanas y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?, por demás, (ii) durante más de 18 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 sobre el hecho de recibir la pensión antes de tiempo de acuerdo al monto aportado, **que los aportes iban a una cuenta de ahorro individual la cal iba a generar unos intereses y que podía hacer aportes voluntarios.** Es decir, confiesa que sí fue asesorado. Por ello, a pesar de tener un número de semanas considerables confiesa que fue enterado.

Y siendo lo anterior así adquiere una mayor connotación lo plasmado en el formulario de afiliación suscrito por el demandante y que obra a folio 129, sin que sea argumento para esta Sala de Decisión la desidia que alega el accionante, máxime cuando en el interrogatorio de parte rendido manifestó que le informaron aspectos puntuales del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como en antecedencia se dijo, 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 decidió su traslado el 14 de agosto de 2000.

Por su parte, y de una forma más amplia el H. Magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán, luego de hacer un estudio de las características propias del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y Régimen de Prima Media con Prestación Definida, así como de las razones o móviles de su creación, expone que sólo los afiliados que perdieron el régimen de transición son aquellos que pueden sufrir un daño en su expectativa pensional, lo que se puede deducir del Decreto 1642 de 1995, que permitió el retorno de afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida hasta el 01 de julio de 1996, con el ánimo de conservar su expectativa; criterio que sea dicho de paso, resulta consecuente con el literal e) del artículo 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 conllevan a consecuencias jurídicas distintas, tales como: la

suscripción de un formulario de afiliación de forma libre, voluntaria y espontánea, que conforme a lo expuesto, a lo largo de esta providencia, obligaba al fondo privado a su recepción; es la ley la que establece cuales son las características del RAIS; y se desconocía para el momento del traslado, 20 años atrás, la mesada que le correspondería a la accionante por concepto de pensión de vejez.

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

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

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

Tampoco se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en el accionante 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 indicaron que sus aportes irían a una cuenta de ahorro individual, que obtendría una mejor rentabilidad en sus ahorros, una pensión en mayor cuantía, y que podía efectuar aportes voluntarios.

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 actor 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 (hoy Porvenir S.A.) en su momento, cual son los salarios reportados por el demandante del año 2001 hacia adelante, entre otras variables. Ante ello, imposible resulta ser el pregonar, que haya existido una omisión de la prementada proyección cuando los elementos para realizar ésta última no se conocían al momento en que se materializa la movilidad del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

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

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

Inquieta entonces a esta Colegiatura, el determinar qué tan ajustado a la ley y al principio de solidaridad que gobierna nuestro sistema pensional, de cara a las previsiones del artículo 48 Superior sobre la sostenibilidad de éste último, sería el aceptar que, un particular a quien sólo encontrándose ad portas de cumplir la edad para pensionarse – puesto que a la fecha de presentación de la demanda (fl. 52) contaba con 56 años -, es que pretende retornar a un régimen donde nunca contribuyó al pago de las pensiones "de cada vigencia" y sólo, so pretexto de no habérsele proyectado una prestación económica cuando le faltaban aproximadamente 24 años en edad y un aproximado de más de 400 semanas para causar tal derecho justifica un vicio del consentimiento, el que resultaría ser inexistente para tal momento.

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

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

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

Por otra parte, debe expresarse por esta Magistrada, que dada la nueva integración de la Sala Segunda de Decisión Laboral, se acogen ampliamente esos argumentos expuestos por el Dr. Lorenzo Torres Russy y propuestos en el Código Único de Radicación: 11001310500720170025 9-01, fecha de sentencia 8 de julio de 2020, que a la letra se expresan así y se acompasan plenamente al criterio que viene siendo sostenido por ésta funcionaria y la llevan a las mismas conclusiones presentadas por el prementado funcionario.

En síntesis, se plantean en esa decisión, las siguientes conclusiones y a la letra:

"*CONCLUSIONES I:*

...la afiliación al sistema general de pensiones es un acto jurídico unilateral y de adhesión a las condiciones previstas en la ley para el RPM y para el RAIS; que la afiliación no tiene naturaleza contractual; que la elección debe ser libre y voluntaria; que las contingencias y obligaciones originadas en el acto de afiliación están contenidas en la ley y pueden ser modificadas por el legislador cuando las circunstancias lo ameriten; que la elección de un régimen pensional tiene por objeto escoger una forma de financiar la pensión y no un monto pensional; que la determinación de condiciones pensionales y expectativa de un monto pensional al momento de la afiliación no es posible; que no hay posibilidad de señalar como mejores unas que otras al momento de la afiliación; que los afiliados a la seguridad social no ostentan un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras, esto es, las pensiones respecto de las cuales no se ha producido el hecho que las causa; que las condiciones de afiliación a un de régimen son un asunto de orden legal y no constitucional.

...

CONCLUSIONES II.

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

sobre la responsabilidad que compete a las AFP por los perjuicios cometidos por la acción u omisión de sus agentes, y, que las sanciones deben ser aplicadas en la forma prevista en la Ley.

...

CONSLUSIONES III.

De lo expuesto resulta fundado concluir que:

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

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

...

CONCLUSIONES IV.

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

En ese orden de ideas, siguiendo las anteriores conclusiones de cara lo adicionalmente analizado en líneas superiores, se tiene que se abre paso REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar, declarar probada la excepción de EFICACIA DE LA AFILIACIÓN para con ello absolver a las demandadas. Y por sustracción de materia, no habrá de ventilarse el recurso de apelación propuesto por la parte demandante.

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,**

R E S U E L V E

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia apelada y consultada. En su lugar, se declara probada la excepción de EFICACIA DE LA AFILIACIÓN 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 CHAVEZ 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

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

SALVAMENTO DE VOTO

MARCELIANO CHAVEZ AVILA

Magistrado

Sala Segunda de Decisión Laboral

Ref.: Expediente Rad-01520180049001 Proceso: Ordinario Laboral
DTE: EDGAR RUIZ PEREZ .DDO: COLPENSIONES Y OTRO
MP: RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA /Fallo de JULIO 17 de 2020.

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

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

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

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

o afiliación no prescribe, siendo susceptibles de prescripción las mesadas; - y que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia.

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

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

Fecha ut supra,

MARCELIANO CHAVEZ AVILA

Magistrado

TSB-SALA LABORAL

52362 17JUL'28 PM12:18

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda Laboral

ACLARACION DE VOTO

Proceso 2018-00490-01

EDAGAR RUIZ PÉREZ VS COLPENSIONES Y OTRA.

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

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

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

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

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

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

En lo que a las AFP demandadas corresponde, aunque no debió imponerse condena en la medida en que no se probaron los perjuicios causados, cuyo resarcimiento les correspondería a la luz del artículo 10 del Decreto 720 de 1994, no pueden ser cobijadas por la decisión de segunda instancia ya que no apelaron la sentencia de primera instanacia y en consecuencia procesalmente la revocatoria y absolución solo debe cobijar a Colpensiones.

Las afirmaciones anteriores estan ampliadas y concordadas con citas jurisprudenciales, en la sentencia dictada en el proceso

ordinario de HERNAN QUINTERO CARDONA RAD.2017-0259-01, con ponencia del suscrito magistrado.



LORENZO TORRES RUSSY

MAGISTRADO

Código Único de Identificación: 11001310501820190013 5 -01
Demandante: ELIZABETH MENDEZ ARIAS
Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

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

Discutido y Aprobado según Acta No. 002.

AUTO DE SUSTANCIACIÓN

PRIMERO: **TÉNGASE** como Procuradora principal de Colpensiones a la sociedad MEJÍA Y ABOGADOS ESPECIALIZADOS ASOCIADOS.

SEGUNDO: **RECONOCER** personería adjetiva al Dr. EDWIN GILBERTO CASTELLANOS VILLANUEVA, identificado con Tarjeta Profesional 269.143como procurador sustituto de Colpensiones.

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la parte **demandada Colpensiones y Protección S.A.** contra la sentencia proferida el 13 de noviembre de 2019 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario laboral que ELIZABETH MÉNDEZ ARIAS promoviese contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.

Así mismo, se estudiará el grado jurisdiccional de **CONSULTA** consagrado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, 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, procede la Sala a verificar la condena impuesta en su contra.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la nulidad del traslado efectuado por la demandante el 26 de septiembre de 1994 a través de Protección S.A., así como el efectuado a Colmena en el año 1997, y como

consecuencia de ello se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tener a la actora como su afiliada como si nunca se hubiera trasladado.

Estriba entonces el documento introductor y de forma principal, en la falta de información que tuvo la accionante en la etapa precontractual del negocio, la 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 para el 1° de abril de 1994 la demandante no contaba ni con la edad ni con las semanas cotizadas para ser beneficiaria del régimen de transición, por lo que no puede regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en cualquier tiempo.

Indica que, en el presente asunto no se da el vicio del consentimiento alegado por error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto celebrado entre la demandante y la AFP, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencia, afecta la validez del acto.

Finalmente, aduce que, de existir la nulidad alegada, la misma fue saneada en los términos del artículo 1752 del Código Civil, ya que en este asunto la demandantesaneó la nulidad por ratificación tácita al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato.

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, previa la afiliación de la demandante, todas las actuaciones de ese fondo han estado precedidas de buena fe y legalidad y es por ello que todas las personas afiliadas a esta AFP lo han hecho de forma libre y voluntaria tal y como lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, prueba de lo cual es el formulario de afiliación, que cumple con los requisitos legales y mediante el cual la 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 brindó una asesoría completa y comprensible a la 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 de la demandantepues 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 la 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.

3. Providencia recurrida

El *A quo* dictó sentencia, en la que declaró la ineficacia de la afiliación hecha por la demandante a Protección S.A. el 26 de septiembre de 1994 y como consecuencia se declaró que la actora nunca se había trasladado al RAIS, por lo que siempre permaneció en el RPM, condenando a Protección a trasladar todos los dineros ahorrados por la demandante en su cuenta individual a Colpensiones y a esta última a recibir dicho traslado.

En síntesis, refirió que la H. Corte Suprema de Justicia se ha referido a términos como ineficacia, nulidad e invalidez del traslado; indica que, se habla de ineficacia del traslado cuando se ve inmersa la afectación de la voluntad del cotizante, no existe decisión informada por parte de la AFP e información suficiente para el afiliado y se ha hablado de nulidad del traslado cuando el afiliado, habiendo alcanzado el derecho a la pensión en el RPM y a pesar de informar a la entidad el contenido de su historia laboral, y él mismo admite la afiliación al enterarse de las reales consecuencias del traslado.

Aduce que la mencionada Corporación ha señalado, que la información debe comprender todas las etapas del proceso y que la AFPs deben proporcionar a los interesados información completa y comprensible a la medida y simetría de un administrador experto en materia de alta complejidad, además, que el engaño no solo se produce en el que firma, sino en el silencio que guarda el profesional que debe tener la iniciativa de proporcionar lo que resulta relevante para la toma de la decisión que se persigue, con lo que la diligencia debida produce el traslado de la carga de la prueba a la AFP y que ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que se debe contar

con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por el incumplimiento del deber de información.

Para el caso bajo estudio indicó, que si bien obra formulario de afiliación de la demandante, no existe constancia por parte de Protección que se le hubiese suministrado a la afiliada información clara y precisa sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgo de cambio de régimen, pese a que esa carga le corresponde a la AFP y tampoco puede admitirse el argumento que hace referencia a que la accionante firmó libre y voluntariamente el formulario, ya que la libertad presupone el conocimiento pleno de las consecuencias y de una decisión sin información suficiente no puede resultar una autodeterminación.

4. Argumentos del Recurrente

Apelaron las entidades demandadas.

COLPENSIONES adujo que, al declararse la ineficacia del traslado se estaría afectando el principio de sostenibilidad financiera fundada en la igualdad y la equidad de quienes realmente efectúan cotizaciones a Colpensiones, y la que además, se funda en la prohibición legal establecida en la Ley 797 de 2003.

Así mismo menciona que dentro del trámite procesal no se esta hablando de unos vicios del consentimiento, ya que la demandante, en el interrogatorio de parte indicó que de manera voluntaria suscribió el formulario de afiliación con el cual se trasladó a Protección S.A.

Finalmente, adujo que Colpensiones no intervino en la decisión de traslado, máxime cuando la demandante ha permanecido en el RAIS por más de 25 años, ratificando su deseo de permanecer en el mismo.

Por su parte **PROTECCIÓN S.A.** mencionó, en cuanto a la devolución de las comisiones de administración, que la deducción de estas de la cuenta de ahorro individual se realizó como consecuencia de una disposición legal válida, exequible y aplicable y se trata de cuotas ya causadas y pagadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la actora, y en el hipotético caso que se asuma que la entidad no realizó su gestión de administración, tampoco procede la devolución de estos conceptos con todos los rendimientos generados, pues estos rendimientos derivaron de la buena gestión y la administración de Protección S.A. y en tal sentido solo habría lugar a trasladar los aportes, pero sin los rendimientos generados, ya que la única causa de los mismos es la buena gestión de esa AFP.

Adicionalmente, indica que, en caso de declararse la nulidad del traslado, la consecuencia jurídica es que las cosas vuelvan al estado anterior, por lo que se deberán trasladar solo los aportes que se encuentren acreditados para el momento de dicha declaración en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 20 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 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. Así mismo, conforme el artículo 69 ibídem se procederá al estudio de la sentencia de primer grado en el grado jurisdiccional de **CONSULTA.**

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

Revocar la decisión de primer grado. Veamos las razones que llevan a la Sala mayoritaria a consentir en ello.

INEFICACIA DEL TRASLADO

Dentro del presente diligenciamiento, claro es que el día 26 de septiembre de 1994 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. 13 y 96).

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, 26 de septiembre de 1994 (fl. 13 y 96), 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 11 fue allegada copia del documento de identidad de la actora donde se constata que nació el 03 de marzo de 1966, por lo que al momento de la entrada en vigencia del régimen de la Ley 100 de 1993– para su caso 1° de abril de 1994 – contaba con 28 años y 24 días, así como reportaba un aproximado de 120.43 semanas cotizadas (fl. 108)

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 120.43 semanas de cotización, equivalente a 2.3 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 la señora Méndez Arias.

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 26 de septiembre de 1994 (fl. 13 y 96), 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 de la demandantetiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición"*; y además en todos estos asuntos, se acreditó que la información dada por los fondos no fue veraz, pues se allegaron proyecciones que no se encontraban acordes con la realidad, acreditándose la inducción al error por parte del asesor del fondo, que determinó el traslado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Teniendo claro lo anterior, se tiene que en el caso objeto de estudio, esas obligaciones generales y especiales que aparecen narradas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y a cargo de los Fondos de Pensiones – 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 13 y 96 del plenario, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su 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 28 años, había cotizado 164.14 semanas (fl. 108) 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 que no fue obligada a trasladarse, que fue una supuesta directriz de la empresa, luego acepta que firmó el formulario pero realmente, no logra extractarse que su vinculación al fondo haya sido motivada por un engaño de éste último. Por demás, **confiesa que conocía que en el ISS los requisitos resultaban ser tiempo y edad, que le llegaban los extractos y que se sentía tranquila, ergo, no puede indicarse que desconocía el sistema al cual se estaba vinculada.**

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 13 y 96, sin que sea argumento para esta Sala de Decisión la desidia que se alega por este extremo procesal, máxime cuando aceptó haber diligenciado y firmado el formulario de afiliación, así como el hecho de que se trasladó por seguir unas directrices impartidas por la empresa donde laboraba para el momento del traslado, pese a que en caso de no trasladarse no habría consecuencia alguna, pues ello era una decisión voluntaria. Además, aceptó haber diligenciado y firmado el formulario de afiliación, jamás indica que le fue suministrada información errónea.

Finalmente, es un argumento adicional a lo anterior, el precisar que podría pensarse que es plausible acudir a la ignorancia de la ley como excusa, en efecto es el artículo 60 de la Ley 100 de 1993 el que expone cuáles son las características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de manera que, pregonar que ellas no fueron

informadas claramente es acudir al desconocimiento a lo que ha sido adoptado por el legislador.

Ahora bien, menester resulta indicar que además 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 la accionante decidió la decisión de su traslado el 26 de septiembre 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 conllevan 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 Código Civil.

Se considera entonces, que no existen elementos de juicio que permitan establecer coacción, error o inducción al mismo como vicios del consentimiento, la deficiencia de la asesoría que se aduce, menos aún el dolo consistente en artificios o engaños para obtener el consentimiento en el traslado, por lo tanto, no había lugar a declarar ni la nulidad de la afiliación a la AFP 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 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 ésta Colegiatura, cuáles fueron esas consecuencias que se anuncian como no advertidas a la demandante ora la desventaja de trasladarse a un régimen, si se insiste se encontraba en plena formación el derecho a pensionarse. ¿Sería prudente suponer que la trabajadora que decidió su traslado siempre tendría el mismo ingreso o que ésta sería superior?, ¿que nunca tendría hijos?, o ¿si conformaría un matrimonio ora unión marital de hecho?. Pues la respuesta es negativa a estos interrogantes porque de pensar ello así, sería autorizar a los juzgadores que edifiquen sus fallos en suposiciones que contrarían nuestra seguridad jurídica y debido proceso.

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

Inquieta entonces a esta Colegiatura, el determinar qué tan ajustado a la ley y al principio de solidaridad que gobierna nuestro sistema pensional, de cara a las previsiones del artículo 48 Superior sobre la sostenibilidad de éste último, sería el

aceptar que, un particular a quien sólo encontrándose ad portas de cumplir la edad para pensionarse – puesto que a la fecha de presentación de la demanda (fl. 57) contaba con 52 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 habérsele proyectado una prestación económica cuando le faltaban aproximadamente más de 28 años en edad y un aproximado de más de 1100 semanas para causar tal derecho justifica un vicio del consentimiento, el que resultaría ser inexistente para tal momento. Más grave aún cuando confiesa que nunca fue engañada, se afilió voluntariamente y que sólo al momento de pensionarse es que realmente surgió en ella un interés en su futuro.

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."*

Por otra parte, debe expresarse por esta Magistrada, que dada la nueva integración de la Sala Segunda de Decisión Laboral, se acogen ampliamente esos argumentos expuestos por el Dr. Lorenzo Torres Russy y propuestos en el Código Único de Radicación: 11001310500720170025 9-01, fecha de sentencia 8 de julio de 2020, que a la letra se expresan así y se acompasan plenamente al criterio que viene siendo sostenido por ésta funcionaria y la llevan a las mismas conclusiones presentadas por el prementado funcionario.

En síntesis, se plantean en esa decisión, las siguientes conclusiones y a la letra:

"*CONCLUSIONES I:*

...la afiliación al sistema general de pensiones es un acto jurídico unilateral y de adhesión a las condiciones previstas en la ley para el RPM y para el RAIS; que la afiliación no tiene naturaleza contractual; que la elección debe ser libre y voluntaria; que las contingencias y obligaciones originadas en el acto de afiliación están contenidas en la ley y pueden ser modificadas por el legislador cuando las circunstancias lo ameriten; que la elección de un régimen pensional tiene por objeto escoger una forma de financiar la pensión y no un monto pensional; que la determinación de condiciones pensionales y expectativa de un monto pensional al momento de la afiliación no es posible; que no hay posibilidad de señalar como

mejores unas que otras al momento de la afiliación; que los afiliados a la seguridad social no ostentan un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras, esto es, las pensiones respecto de las cuales no se ha producido el hecho que las causa; que las condiciones de afiliación a un de régimen son un asunto de orden legal y no constitucional.

...

CONCLUSIONES II.

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

...

CONSLUSIONES III.

De lo expuesto resulta fundado concluir que:

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

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

...

CONCLUSIONES IV.

Por lo expuesto resulta sustentado afirmar: Que Las normas de seguridad social son suficientes para juzgar las pretensiones de ineficacia de la afiliación, deben ser aplicadas conforme a los mandatos del debido proceso en especial en aplicación de los principios de inescindibilidad, irretroactividad de la ley, integración y remisión, contenidos en las normas y jurisprudencias citadas; que la ineficacia de la afiliación produce efectos a cargo de quien incurrió con su acción u omisión en la causación de un perjuicio, en este caso a cargo de la respectiva AFP; que no puede atribuirse efecto ni resarcimiento alguno a cargo de un sujeto que no intervino ni en la decisión del afiliado de trasladarse de régimen ni en el acto de

afiliación, ni mucho menos en la deficiente información invocada; que resulta trascendente juzgar el acto de afiliación de manera oportuna, ya que el aporte de la cotización en un sistema de reparto simple, cumple su objetivo de contribuir al pago de las pensiones ya causadas, si se hace oportunamente y dentro de los plazos previstos, ya que hacerlo por fuera desfigura el sentido de la contribución, de la solidaridad y de la sostenibilidad financiera del sistema."

En ese orden de ideas, siguiendo las anteriores conclusiones de cara lo adicionalmente analizado en líneas superiores, se tiene que se abre paso REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar, declarar probada la excepción de EFICACIA DE LA AFILIACIÓN 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 esta instancia a la parte demandante.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia apelada y consultada. En su lugar, declarar probada la excepción denominada EFICACIA DE LA AFILIACIÓN.

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

TERCERO: Devuélvase el expediente el juzgado de origen

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

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-SALA LABORAL

52368 17JUL'20 PM12:16

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda Laboral

ACLARACION DE VOTO

Proceso 2019-00135-01

ELIZABETH MENDEZ ARIAS VS COLPENSIONES Y OTRA.

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

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

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

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

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

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

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

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

LORENZO TORRES RUSSY

MAGISTRADO

52350 17JUL'20 PM12:16

TSB-SALA LABORAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

SALVAMENTO DE VOTO

MARCELIANO CHAVEZ AVILA

Magistrado

Sala Segunda de Decisión Laboral

Ref.: Expediente Rad-1820190013501 Proceso: Ordinario Laboral
DTE: ELIZABETH MENDEZ ARIAS .DDO: COLPENSIONES Y OTRO
MP: RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA /Fallo de JULIO 17 de 2020.

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

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

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

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

o afiliación no prescribe, siendo susceptibles de prescripción las mesadas; - y que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia.

.

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

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

Fecha ut supra,

MARCELIANO CHAVEZ AVILA

Magistrado

TSB-SALA LABORAL

52361 17JUL'20 PM12:16

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 002

AUTO

Atendiendo los documentos allegados, se resuelve:

PRIMERO: Téngase como apoderada sustituta de la demandada Colpensiones a la Doctora Karen María Pinillos Terán, con T.P No. 301.866 del C.S. de la J., en los términos y para los efectos de la sustitución extendida.

I. ASUNTO A TRATAR

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la apoderada de la **DEMANDADA COLPENSIONES**, en contra de la sentencia proferida el 25 de septiembre de 2019 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, así como el grado jurisdiccional de **CONSULTA** a favor de dicha entidad, dentro del proceso ordinario laboral que **YULEIDA GÓMEZ PADRON** promoviese contra Colpensiones, Protección S.A. y Colfondos 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, así como su posterior traslado entre administradoras del mismo régimen y como consecuencia de ello, ordenar a Colpensiones a recibirla como si nunca se hubiera trasladado y a Protección a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, frutos e intereses, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración.

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 todas las actuaciones de ese fondo han estado precedidas de buena fe y legalidad y es por ello que todas las personas afiliadas a esta AFP lo han hecho de forma libre y voluntaria tal y como lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, prueba de lo cual es el formulario de afiliación, que cumple con los requisitos legales y mediante el cual la 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 brindó una asesoría completa y comprensible a la 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 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 de la demandante.

Finalmente, indica que la accionante 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 la actora no ostenta la calidad de pensionada ni es beneficiaria 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.

Colfondos S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideró tener a su favor (entre ellas la de prescripción), adujo, en síntesis, que la vinculación de la demandante a esta entidad fue un acto válido en la medida en que suscribió solicitud de vinculación, su decisión de traslado de régimen

se realizó de manera libre, espontánea y sin presiones, luego de haber recibido la correspondiente información objetiva por parte de esta AFP, con el fin de que tomara una decisión libre, voluntaria e informada, decidiendo solicitar el traslado al RAIS, así como su permanencia en el mismo, además de un posterior traslado a otra administradora.

Indica que el formulario de afiliación se ajusta a la Ley y contiene la información requerida para el efecto, y que la accionante hizo constar su voluntad expresada en dicho documento, con lo que se evidencia que su ingreso al RAIS cumplió con las exigencias legales para tal fin, además de que la actora no hizo uso del derecho de retracto que la ley le concede.

Aduce que, si en gracia de discusión se llegara a la conclusión de que la vinculación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ocurrió por error y dolo, y por ende se encontraba viciada de nulidad relativa, cualquier declaración de nulidad estaría actualmente prescrita a las voces del artículo 1750 del Código Civil, conclusión a la que también se arribaría si se tuviera en cuenta lo dispuesto por el artículo 151 del CPTSS.

Por su parte, **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 no hay lugar a que se declare la nulidad de la afiliación de la demandante al RAIS, por cuanto la misma tiene plena validez y legalidad, pues la accionante no probó alguna de las causales de nulidad (vicios del consentimiento), y por lo tanto existió voluntad de trasladarse.

Indica que existe un principio del derecho que establece que nadie puede alegar su propia culpa para beneficiarse, por lo que la actora no puede aducir que fue negligente por varios años para preguntar y averiguar si lo manifestado por los asesores de la AFP Colfondos S.A. era o no cierto, pues es obligación de cada persona informarse antes de tomar cualquier determinación, pues el desconocimiento de la ley no sirve de excusa.

Finalmente menciona, que el traslado de la demandante acaeció en el año 1997, por lo que el transcurso del tiempo subsanó cualquier tipo de error que hubiese podido presentarse, pues nunca dejó de cotizar, y no se observa que durante el tiempo que ha estado afiliada al RAIS hubiese presentado algún tipo de queja o reclamo en relación con su traslado de régimen pensional.

3. Providencia recurrida

El *A quo* dictó sentencia, en la cual declaró la ineficacia del traslado, condenando a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con bonos pensionales y rendimientos financieros, y a Colpensiones a admitir el traslado, así como los valores remitidos.

En síntesis estimó que, la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia resalta la obligación del deber de información de las administradoras de fondos de pensiones, el cual está inmerso desde la Ley 100 de 1993 y en tal sentido, solo puede admitirse la decisión y la determinación de ser la afiliación libre y voluntaria, cuando existe conocimiento, por lo que la obligación de información debió haber sido acreditada. Refiere que, la norma antes mencionada, así como el artículo 93 del Decreto 663 de 1993, determinaron la obligación del deber de información de las entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria – hoy Financiera -, y es en atención a dichas normas, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, que se determina que la obligación de información estaba a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, quienes deben tener la debida diligencia y acreditar que efectivamente cumplieron con los requisitos y obligaciones legales a su cargo. Así las cosas, quien tiene la carga de probar la debida diligencia son las administradoras de fondos de pensiones.

Indica que dicho deber de información no puede estar circunscrito solo a un grupo poblacional determinado, esto es no puede aplicarse de manera parcial para personas con beneficios como el régimen de transición, requisitos cumplidos o que se encontraran cerca de consolidar el derecho, sino que el deber de información se debe realizar para todos y cada uno de los afiliados; además, la misma máxima Corporación indica que el análisis debe ser individual y en todo caso, sujetarse a las particulares circunstancias de cada afiliado, teniendo en cuenta que la obligación del conocimiento de la ley no puede deprecarse solamente de una de las partes que suscriben el contrato, sino que es una obligación imperativa para todos los ciudadanos, incluidos los afiliados.

Para el caso particular, menciona, que para el momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 la demandante no contaba con ningún beneficio transicional, y que para la fecha del traslado, esto es 13 de marzo de 1997, había cotizado 726 semanas, habiéndose allegado el formulario suscrito en el que se dejó la constancia de que dicha suscripción era libre y voluntaria, resaltando que ese documento se ajusta a los parámetros del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, situación que también se presenta con el formulario de afiliación suscrito posteriormente con la AFP Santander (hoy Protección). Pese a ello, conforme lo resalta la jurisprudencia, para convalidar el acto jurídico, adicional a los requerimientos legales que se exigen desde el plano civil, en el plano de la seguridad social debe estar acreditado válidamente el cumplimiento de la obligación para efectos de convalidar ese acto a la luz del ordenamiento jurídico.

Aduce que, del restante material probatorio allegado no se advierte el cumplimiento al deber de información por parte de las administradoras de fondos de pensiones a las que se vinculó la hoy demandante, pues si bien, no se desconoce que hubo una asesoría previa, lo cierto es que la misma fue deficitaria por las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dieron, por la información que no fue suministrada, advirtiendo que, si bien señaló dos características propias del RAIS que no pueden constituir falsedades porque corresponden a una mecánica definida por el legislador, también se aclara que no hubo una mayor especificación frente a ese asunto.

Menciona que, debe tenerse en cuenta como un aspecto relevante, el número de semanas cotizadas por la demandante al momento de su traslado, pues es esta una situación que permite un factor diferencial a tener en cuenta en el análisis del caso particular, pues si bien, ello no se constituye como un derecho adquirido o una expectativa legítima, si puede tenerse como un derecho en vía de consolidación.

Concluye diciendo que no se encuentra acreditado el requisito legal a cargo de la AFP que realizó el traslado (Colfondos) ni se subsanó con la afiliación que realizó posteriormente con Santander.

4. Argumentos del recurrente

Colpensiones

Aduce, en resumen, que los traslados realizados por la demandante a las AFPs Colfondos y Santander (hoy Protección) tienen plena validez conforme el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, siendo el traslado de régimen, una potestad lógica y exclusiva del afiliado, sin que pueda trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, situación que acontece con la actora, pues tiene 59 años de edad.

Menciona que conforme lo dispuesto en el artículo 107 de la Ley 100 de 1993, todo afiliado al régimen que no haya adquirido la calidad de pensionado, podrá transferir voluntariamente el valor de su cuenta individual de ahorro pensional a otro plan de capitalización o de pensiones autorizado o trasladarse a otra entidad administradora, lo que permite concluir que es improcedente la solicitud de traslado entre regímenes pensionales cuando ya se adquirió la edad para la pensión de vejez, como acontece en este caso.

Indica que la demandante a lo largo de casi dos décadas permaneció en el régimen de ahorro individual, sin preocuparse en ningún momento por su situación pensional, pues en ningún momento acudió a ninguna de las AFPs ni tampoco o Colpensiones a solicitar algún tipo de información, sino que solamente se conformó con aquella que le brindaron cuando suscribió el contrato.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto del 07 de noviembre de 2019, se admite el recurso de apelación.

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

Finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

Tesis

Revocar la decisión de primer grado. Veamos las razones que llevan a la Sala mayoritaria a consentir en ello.

Ineficacia del traslado

Dentro del presente diligenciamiento, claro es que el 13 de marzo de 1997 la demandante suscribió formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Colfondos (fl. 52 y 246) 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 marzo de 1997 (fl. 52 y 246), 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 17 fue allegada copia del documento de identidad de la actora en donde se aprecia que nació el 5 de septiembre de 1960, 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, 6 mes y 25 días, así como reportaba un aproximado de 567.14 semanas cotizadas (fl. 202)

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 567.14 semanas de cotización, equivalente a 11 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 Gómez Padrón.

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 13 de marzo de 1997 (fl. 52 y 246), 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, no realizó proyección pensional, ni brindó información suficiente, amplia ni oportuna que le permitiera conocer a la accionante las consecuencias, implicaciones y desventajas que le traía el traslado de régimen.

Sobre el tópico, no desconoce esta Sala mayoritaria, la fecunda jurisprudencia de nuestro máximo órgano de cierre, quien ha sostenido lo anteriormente reseñado. V.gr. en la Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011, en la cual se ratificó lo señalado en las sentencias con Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y 31.314, donde se reitera la necesidad de que se brinde información suficiente y veraz sobre las consecuencias de un traslado.

Sin embargo, se debe advertir que, los asuntos allí tratados difieren sustancialmente de este, encontrándose los afiliados en cada caso, en circunstancias

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Teniendo claro lo anterior, se tiene que en el caso objeto de estudio, esas obligaciones generales y especiales que aparecen narradas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y a cargo de los Fondos de Pensiones, relativas al deber de información para con sus afiliados, se suple con aquellas previsiones que por demás aparecen aceptadas por la propia demandante al momento de suscribir el formulario que dan cuenta los folios 52 y 246, 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 36 años, había cotizado 727 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 los formularios de afiliación, sin previamente haberlos leído, y recibido información sobre el hecho de que podía pensionarse antes de tiempo con un mejor monto.

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 52 y 246, 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 y aun así haberlo firmado, habiéndole dado su cédula para que sacara los datos de su nombre y número de identificación, así como haberle anotado en un papel su dirección para que diligenciaran el formulario, aceptando que conocía aspectos puntuales del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realmente de cara a la legislación, no resultan ser imprecisos. Ergo, se confiesa que no fue **engañada** sino por su premura –al desempeñarse como Cajera de una entidad financiera- concurrió a diligenciar un formulario, siendo no afiliada lego en el sistema financiero.

Ciertamente, en esta diligencia la actora expone que jamás le fue indicado por el asesor del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que éste último y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida eran iguales, sino fue algo por ella asumido, además de resultar ser totalmente cuestionable que una persona que labora como Cajera y por contera, encontrarse en el ámbito de entidades financieras, predicarse como alguien ajeno al conocimiento de éstas últimas.

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 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 la accionante tomó la decisión de su traslado el 13 de marzo 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 conllevan 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 accionante para su afiliación, por parte de la AFP, en consonancia con el art. 1515 del CC, pues de las afirmaciones efectuadas al absolver el interrogatorio de parte, es factible inferir que conocía algunas de las posibilidades que ofrece el RAIS, al admitir que los asesores de la AFP COLFONDOS, le indicaron que podría pensionarse a cualquier edad, lo que

no puede indicarse como contradictorio con lo previsto en la Ley para el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

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 Colfondos S.A. en su momento, cual son los salarios reportados por la demandante del año 1997 hacia adelante, entre otras variables. Ante ello, imposible resulta ser el pregonar, que haya existido una omisión de la prementada proyección cuando los 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 actora 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 no tendría más hijos?, o ¿si conformaría un matrimonio ora unión marital de hecho?. Nótese que en aquél entonces expone en su interrogatorio, esto es para el año 1997, eran unas personas y hoy en día, ello difiere. Siendo así las cosas, 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. 110) 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 habérsele proyectado una prestación económica cuando le faltaban aproximadamente 21 años en edad y un aproximado de más de 550 semanas para causar tal derecho justifica un vicio del consentimiento, el que resultaría ser inexistente para tal momento. Y en interrogatorio de parte, acepta que no fue engañada y por su propia rapidez optó por escoger un régimen pensional.

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,**

R E S U E L V E

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

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

TERCERO: Devuélvase el expediente el juzgado de origen

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
(Salvamento de Voto)

LORENZO TORRES RUSSY

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

TSB-SALA LABORAL

52365 17JUL'20 PM12:19

396

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

SALVAMENTO DE VOTO

MARCELIANO CHAVEZ AVILA

Magistrado

Sala Segunda de Decisión Laboral

Ref.: Expediente Rad-3720180041901 Proceso: Ordinario Laboral
DTE: YULEIDA GOMEZ PADRON/ DDO: COLPENSIONES Y OTRO
MP: RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA /Fallo de JULIO 17 de 2020.

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

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

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

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

TSB-SALA LABORAL
52364 17JUL'20 PM12:19

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda Laboral

ACLARACION DE VOTO

Proceso 2018-0419-01

YULEIDA GOMEZ PADRON VS COLPENSIONES Y OTRAS.

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

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

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

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

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

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

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

Adicionalmente desde el punto de vista procesal considero que la absolucion por inexistencia de la obligación solo se extiende a Colpensiones por ser única apelante y sujeto en favor de quin se surtio la consulta.

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

LORENZO TORRES RUSSY

MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 002

I. ASUNTO A TRATAR

Se decide el grado jurisdiccional de **CONSULTA** a favor de Colpensiones en contra de la sentencia proferida el 06 de septiembre de 2019 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que **ANA JUDITH RODRÍGUEZ OLAYA** promoviese contra Protección S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional del RPM al RAIS efectuada a través de la AFP Colmena el 23 de agosto de 1996 y como consecuencia de ello se tenga como ineficaz la afiliación efectuada a Porvenir, ordenándose a esta última a trasladar el saldo de la cuenta de ahorro individual de la demandante por concepto de aportes pensionales, junto con sus rendimientos y a Colpensiones a registrar a la actora como su afiliada sin solución de continuidad desde el 1° de octubre de 1979.

Así mismo, solicita se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 1° de octubre de 2015, dando aplicación al régimen de transición, al reconocimiento y pago de los intereses moratorios y la indexación correspondiente.

259

Estriba el documento introductor 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, en uso del artículo 13 de la Ley 100/1993, de manera libre y voluntaria, escogió el régimen al cual quería pertenecer, además que a la entrada en vigencia de dicha norma, esto es para el 1° de abril de 1994 contaba con 34 años y menos de 750 semanas cotizadas, por lo que no es beneficiaria del régimen de transición, no pudiendo regresar al RPM en cualquier momento, dando aplicación a la sentencia SU 062 de 2010. Además, para la fecha de solicitud de traslado al RPM contaba con 59 años, habiendo cumplido con el requisito de edad para pensionarse, por lo que se encuentra inmersa dentro de una prohibición legal, al encontrarse a menos de 10 años para cumplir con el requisito de edad para pensionarse.

Menciona que, en el presente caso, no estamos frente a lo consagrado en el artículo 1740 del Código Civil, el cual establece que es nulo todo acto o contrato al que le falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo. Y que, si en gracia de discusión ello se aceptara, la nulidad no se alegó dentro del término dispuesto en el artículo 1750 ibídem. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que de existir la nulidad alegada, la misma se saneó en los términos del artículo 1752 de la codificación en mención, por la ratificación tácita de la demandante al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato que autorizó el traslado de régimen en su momento.

Propuso como excepciones las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, saneamiento de la nulidad alegada, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, no configuración al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de

290

intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración al derecho a la pensión de vejez y la genérica.

Por su parte, PORVENIR S.A también se opuso a las pretensiones de la demanda. En resumen, adujo, 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 para la fecha del traslado de la demandante los fondos privados no tenían la obligación de brindar la información en los términos en que lo solicita la demandante; 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 legitima que la lleve a ser cobijada bajo las mismas premisas de las dichas sentencias.

Propuso como excepciones las denominadas prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica.

291

Finalmente, **PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda contra esta incoadas. En síntesis, indicó que la demandante optó por afiliarse a la AFP Colmena, hoy Protección, una vez que los asesores le suministraron información precisa, veraz y de fondo sobre las implicaciones del traslado de régimen, entre ellas sus desventajas, ventajas y diferencias y con esta asesoría la demandante decide afiliarse suscribiendo la solicitud de vinculación. Menciona que para la fecha de vinculación en el mes de agosto de 1996 las AFPs no estaban obligadas a realizar proyecciones de expectativa pensional, surgiendo dicha obligación hasta el año 2014.

Indica que a la fecha del traslado la demandante suscribió formulario de afiliación, en el cual no obra constancia de situación anómala o constreñimiento, también que dicha entidad recibió aportes desde septiembre de 1996 hasta marzo de 1999, los cuales fueron trasladados a la AFP Porvenir ante la solicitud de la actora de traslado a dicha AFP, y menciona que, la señora Rodríguez Olaya ha adquirido otros productos con Protección, recibiendo permanentemente asesoría por parte de esta.

3. Providencia recurrida

El *A quo* dictó sentencia, en la cual declaró la nulidad de la afiliación al RAIS realizado por la demandante a través de Colmena (hoy Protección S.A.) y como consecuencia de ello condenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos, intereses, gastos de administración y a esta última a recibir los aportes, actualizando la historia laboral.

Así mismo, le ordenó a Colpensiones a realizar un pronunciamiento sobre el derecho pensional de la demandante, en el término de un mes.

En síntesis, se consideró que la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral ha venido construyendo una línea jurisprudencial frente al tema que hoy se estudia, recientemente con las sentencias SL 1421 y SL 1688 del 2019, en la cual indican que la acción que busca la nulidad del traslado no prescribe en el término trienal, dado al derecho irrenunciable a la seguridad social que está involucrado, también se refieren a la carga dinámica de la prueba en virtud de la cual corresponde a las AFPs probar que brindaron información suficiente, amplia y veraz acerca de las consecuencias del traslado.

292

Menciona que, si bien las demandadas aportaron el formulario de afiliación con la entonces Colmena, se evidencia que en dicho formato nada se advierte acerca de si la demandante para ese momento era o no beneficiaria del régimen de transición y, teniendo en cuenta la fecha de su nacimiento, por edad si era beneficiaria de este régimen, sin que pueda acogerse lo manifestado por el apoderado de Porvenir, pues no es que no tuviera 750 semanas al 1° de abril de 1994, sino que ese análisis de las 750 semanas es a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, para establecer si la persona conservaba o no el régimen de transición, en cuanto a si es beneficiaria o no de este, exigen 15 años a la entrada en vigencia de la Ley 100/1993, que son aproximadamente 772 semanas.

Conforme lo anterior, la demandante sí era beneficiaria del régimen de transición por edad para el año 1996, por lo que para la fecha del traslado debió habérsele explicado dicha situación, las consecuencias que esto conllevaba, que era nada menos que perder esa posibilidad, esto es la expectativa de pensionarse a los 55 años con 1.000 semanas conforme el Acuerdo 049 de 1990, siendo fácil colegir también, que este régimen lo conservó pues para el 28 de julio de 2005, fecha en que entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005, la demandante contaba con 750 semanas para conservar el régimen hasta el año 2014, por lo que, en tal sentido, al momento del traslado, dicha información era trascendental.

4. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, como fuese adversa a los intereses de COLPENSIONES, se surte a su favor el grado jurisdiccional de Consulta, el cual, fue admitido por esta Corporación mediante el auto del 10 de octubre de 2019.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

En virtud del grado jurisdiccional de consulta consagrado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, 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, procede la Sala a verificar la condena impuesta en su contra.

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado, pero por las razones expuestas por esta Colegiatura. 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 agosto de 1996 la demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de Colmena (hoy Protección S.A.) (fl. 17, 55, 208 y 226) a efectos de trasladarse de régimen pensional, pues anteriormente se encontraba cotizando al ISS.

Ahora bien, previo a resolver es menester precisar, en relación con la posibilidad de traslado de régimen, que el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, vigente para la época del traslado realizado por la actora, esto es 23 de agosto de 1996 (fl. 17, 55, 208 y 226), 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".*

2944

De cara a lo anterior, a folio 20 fue allegada copia del documento de identidad de la actora en donde se aprecia que nació el 03 de septiembre de 1958, 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 35 años 6 meses y 27 días, así como reportaba un aproximado de 303,43 semanas cotizadas (fl. 174 vto).

Así, es fácil constatar que la actora no contaba con los 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, según las probanzas incorporadas al plenario se itera, contaba con un aproximado de 303.43 semanas de cotización, equivalente a 5.9 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.

No obstante lo anterior, pretende la actora la declaratoria de nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad y en una primera ocasión, el 23 de agosto de 1996 (fls. 17, 55, 208 y 226) a efecto de permanecer afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida con fundamento en que al momento de realizar dicho traslado, la AFP Colmena (hoy 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.

Ante ello, se debe advertir que, los asuntos allí tratados NO difieren sustancialmente de este. Ante ello y dada la existencia de un caso donde una persona se encuentre un régimen de transición, pues al contar con una **expectativa legítima** de pensionarse bajo el régimen anterior, exige de las respectivas administradoras demandadas, la necesidad de que fuese informado el particular, de esas consecuencias no beneficiosas en materia del monto de su pensión al perder el régimen de transición.

En ese orden de ideas, dentro del presente asunto, esta información suficiente no se avizora, como quiera que una simple operación aritmética permite concluir que la actora era beneficiaria del régimen de transición y dado los contornos de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005, lo conservó hasta el año 2014, como quiera que superaba las 750 semanas (fl. 157-172) para su entrada en vigencia, lo que por supuesto permite predicar en ella que al momento de su traslado dada su edad -37 años-, no así el tiempo cotizado, permitía predicar en ella, la expectativa legítima de pensionarse bajo un régimen anterior más beneficioso.

Sobre este particular, podemos traer a colación la sentencia con Radicado 47.125 de la misma Corporación antes mencionada, la cual expone hechos muy cercanos a los narrados por la actora. Ciertamente, en este proveído se analizó la situación de una persona beneficiaria del Régimen de Transición de la Ley 100 de 1993 que dadas las condiciones del caso, en sede de instancia, la Corte Suprema de Justicia adopta una sentencia en la cual reconoce la pensión de vejez bajo la égida del Acuerdo 049 de 1990.

A lo anterior se aúna, que la sentencia con Radicado 47.125 y antes referida, precisó de forma expresa que la viabilidad de declarar la nulidad de un traslado contaba con una serie de requisitos, así: "*De manera que, conforme lo discurrido queda claro que existirá ineficacia de la afiliación cuando: (i) la insuficiencia de información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho, (ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad, (iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras allegar pruebas sobre los datos proporcionados a los afiliados ...y en los que deben constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y su incidencia pensional*".

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

En ese orden de ideas, y en el caso de estudio, se itera, dado sus contornos particulares, esas obligaciones generales y especiales que aparecen narradas en los

296

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, no puede suplirse con aquellas previsiones que como bien fueron narradas en la suscripción del formulario pertinente donde manifiesta su voluntad "libre, espontánea y sin presiones" (fl. 17, 55, 208 y 226).

Por ello, son las sentencias de nuestro máximo órgano de cierre a que hace un momento se hizo referencia, adosando aquellas con radicado 31.314 y 46.292, las que nos permiten concluir que una información a proporcionarse en materia de pensiones a un potencial de afiliado, debe ser materializada con la prudencia de quien sabe de ella, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, de tal manera que la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la actora a la entidad demandada.

Así las cosas, para que el cambio de Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tenga validez y se demuestre la existencia de la libertad informada, le corresponde a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el aludido cambio, so pena de declarar ineficaz ese tránsito, pues con simples expresiones genéricas no puede estimarse satisfecho tal requisito, máxime cuando en el interrogatorio de parte rendido por la demandante manifiesta que en la reunión a la que asistió nada le informaron acerca del régimen de transición, sin que las accionadas hubiesen allegado prueba en contrario.

Dichas consideraciones encuentran asidero en múltiples sentencias del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral, así como 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.

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.

Finalmente, habrá de precisarse que el traslado cuando es ineficaz desde un primer momento, no se convalida por los movimientos entre de administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues la decisión de escoger una u otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. Más grave aún en el caso en estudio, donde los restantes formularios suscritos no dan cuenta en sus apartes de que fuese explicado la pérdida del Régimen de Transición.

Serían suficientes las anteriores consideraciones, para efectos de confirmar la sentencia apelada, sin embargo, desde el inicio de esa providencia se anunció que ello sería por las razones expuestas por esta Corporación. Y ello deviene de la no claridad en la decisión de primera instancia cuando se dispone declarar la nulidad del traslado.

La nulidad e ineficacia son dos figuras -cuyo génesis es el derecho civil- que tienen elementos y consecuencias diametralmente diferentes, por ello, lo que es ineficaz jamás podrá ser nulo. Por ello, las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un **TRASLADO INEFICAZ**, al tenor de lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 12316 de 2014, razón por la cual se optará por modificar el numeral primero de la sentencia consultada para indicar que lo declarado es la ineficacia de la afiliación que no su nulidad.

Sobre el estudio del derecho pensional de la demandante, que en primera instancia se ordenó realizar a Colpensiones, no existe reparo alguno, como quiera que a la fecha de presentación de la demanda superaba la edad mínima para acceder a dicha prestación, por lo que acertada resulta la decisión proferida por el A Quo en tan sentido.

Ante ello, se abren paso las razones expuestas en la demanda, reiteradas en los alegatos allegados por la parte accionante, y ende, se dispone CONFIRMAR la sentencia apelada.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del CGP, no se impondrán costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- MODIFICAR el ordinal 1º de la sentencia consultada en el sentido que el TRASLADO materializado por la actora devino en INEFICAZ.

199

SEGUNDO.- CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: Devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

LORENZO TORRES RUSSY
(Salvamento de Voto)

ANTECEDENTES

TSB-SALA LABORAL

52374 17JUL'20 PM12:35

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda Laboral

SALVAMENTO DE VOTO

Proceso . 2018-00182 -01

ANA JUDITH RODRIGUEZ OLAYA VS COLPENSIONES Y OTRA.

Respetuosamente me aparto de la decisión mayoritaria de la sala, por las razones, que en sintesís, consigno a continuación:

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

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

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

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

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

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

LORENZO TORRES RUSSY

MAGISTRADO

TSB-SALA LABORAL
52373 17JUL'20 PM12:35

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 002

I. ASUNTO A TRATAR

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la **DEMANDADA COLPENSIONES**, en contra de la sentencia proferida el 13 de agosto de 2019 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, así como el grado jurisdiccional de **CONSULTA** a favor de Colpensiones, dentro del proceso ordinario laboral que **JUDITH GAMBA DE MORENO** promoviese contra Colfondos S.A. y Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare "la nulidad" de la afiliación realizada al RAIS a través de Colfondos, que es beneficiaria del régimen de transición, que no perdió el mismo y como consecuencia de ello se ordene a Colfondos anular la afiliación, a Colpensiones a integrar la historia laboral, a reconocer, liquidar y pagar la pensión de vejez a partir del 3 de febrero de 2005, así como los intereses moratorios.

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.

119

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción), expone, en síntesis, que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición por lo que no puede retornar al RPM en cualquier momento, debiendo haber realizado dicho traslado antes de que le faltaran 10 años o menos para cumplir la edad de pensión.

Refiere que en el presente asunto no se da el vicio del consentimiento alegado por error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto celebrado entre la demandante y el fondo privado, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que afecta la validez del acto, lo que conlleva a su anulación o rescisión judicial.

Finalmente aduce que, de existir una nulidad la misma no se alegó dentro del término a que se refiere el artículo 1750 del Código Civil, además que esta fue saneada en los términos del artículo 1752 de la misma codificación, pues la demandante ratificó tácitamente el acto, al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato que autorizó en su momento el traslado de régimen, ello conforme el artículo 1754 del Código Civil.

Colfondos S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda contra esta incoadas, presentando las excepciones que consideró tener a su favor (entre ellas la de prescripción), adujo, en síntesis, que la demandante suscribió formulario de afiliación el 1 de junio de 1994, mediante el cual solicitó su traslado de régimen, en el cual se corrobora, en el campo de voluntad de afiliación, que la misma tomó su decisión de traslado de manera libre, voluntaria y sin presiones.

Adujo que esa entidad le informó a la demandante de manera objetiva sobre el RAIS y su comparación con el RPM, con el fin de que tomara una decisión libre, voluntaria e informada, apreciando las ventajas y desventajas de los mismos e incluso la existencia del régimen de transición, decidiendo solicitar su traslado al RAIS.

Mencionó que el formulario suscrito por la demandante 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.

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

3. Providencia recurrida

La *A quo* dictó sentencia, en la cual declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, ordenando a Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores recibidos por concepto de cotizaciones pensionales junto con sus rendimientos financieros. Como consecuencia de ello, condenó a Colpensiones a reconocer y pagar a la actora la pensión de vejez a partir del 1° de diciembre de 2012, como beneficiaria del régimen de transición, en cuantía inicial de un SMMLV, junto con dos mesadas adicionales por año y los incrementos legales anuales, y declaró parcialmente probada la excepción de prescripción.

En síntesis, aclaró, en primer lugar, que durante el trámite del proceso no fue claro a qué entidad de pensiones del sector público se encontraba afiliada la demandante, que en la consulta en el SIAF se indicó que efectivamente se había afiliado al RAIS el 10 de junio de 1994, que se encuentra solicitud efectuada el 1 de agosto de 1996 en la que solicita la cancelación de su afiliación, la cual fue contestada el 08 de marzo de 2011 con la manifestación de que había sido trasladada al ISS el 13 de diciembre de 2010, que Colpensiones aportó un certificado expedido el 31 de enero de 2019 en el que indica que la demandante está afiliada a Colfondos, y que finalmente dicha AFP certificó que la actora se encuentra en un estado de afiliación activo a dicho fondo de pensiones, con ocasión del traslado de aportes que llevó a cabo Colpensiones, por lo que se estableció que para dicho momento la demandante estaba afiliada efectivamente al RAIS.

En cuanto a la manifestación realizada por la demandante frente a que la afiliación se hizo por parte de su empleador y sin su consentimiento, se observa que obra copia del formato de afiliación o solicitud de vinculación en la que aparece impuesta la firma

251

de la accionante, documento que no fue tachado de falsedad, por lo que no analizó el tema relativo a la falta de consentimiento y a una obligación del empleador, máxime cuando este no fue vinculado a la litis.

Respecto del punto planteado de la falta de asesoría o información al momento del traslado de régimen que adujo la demandante, menciona que la obligación o el deber de información se remonta a la propia Ley 100/93, deber que también aparece plasmado en el Decreto 663 de 1993 – Estatuto Orgánico del Sistema Financiero -, así como en la Ley 795/2003, el Decreto 2241/2010 y recientemente en la Ley 1748/2014 y el Decreto 2071/2015.

Refiere que, las decisiones que ha proferido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia frente al particular, al analizar casos de similares contornos al presente, como aquella con radicado No. 31989 del 9/9/2008, en la que se refirió a ese deber de las administradoras de pensiones de informar a sus interesados de manera completa y comprensible las consecuencias y las diferencias entre los dos regímenes a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad, lo cual se encuentra en varias decisiones, entre otras en la SL 12136 del 3/9/2014 rad 46292, SL 19447 27/9/2017 rad 47125, y más recientemente en las SL 1452 3/4/2019 radicado 68852 aunada a la SL 1688 8/5/2019 radicado 68388, estas últimas en las cuales la Corte hizo un recuento de la línea jurisprudencial respecto a estos casos, en donde recordó varias reglas a tener en cuenta como lo son la irrelevancia de si el accionante era o no beneficiario del régimen de transición, si tenía o no un derecho adquirido o una mera expectativa, si se encontraba próximo a acceder al derecho pensional, reafirmó la carga de la prueba en cabeza de las AFPs, así como el hecho que el cumplimiento al deber de información no puede extraerse de la sola firma impuesta en el formulario máxime cuando este es un formato prestablecido elaborado por la AFP, también el hecho que pese a que el afiliado reciba eventualmente una reasesoría durante el curso de su vinculación o su traslado a otra AFP lo relevante es analizar cuál fue la información que se le suministró en el momento que decidió trasladarse del RPM al RAIS, y que no es dable hablar en estricto sentido de un vicio del consentimiento ya que la consecuencia jurídica de la afiliación desinformada es la ineficacia, por lo que tampoco puede hablarse de un saneamiento de la nulidad por el paso del tiempo o por la ratificación expresa o tácita del acto y además que esta consecuencia jurídica

tampoco debe estar precedida de la demostración de un perjuicio económico por parte del afiliado.

Por lo anterior, la juzgadora de primer grado declaró la ineficacia del traslado de régimen, ya que no fue probado por la AFP Colfondos que dio la suficiente información a la demandante, en los términos legales y jurisprudenciales referidos, previo al diligenciamiento de esos formularios mediante los cuales se afilió al RAIS, y teniendo en cuenta que se decretó la ineficacia y con ello la exclusión de todo efecto de ese acto, no es posible permitir que la AFP obtenga algún tipo de beneficio.

De otro lado, como quiera que la demandante también reclamó el reconocimiento de la pensión de vejez, alegando ser beneficiaria del régimen de transición, indicó que conforme al documento de identidad allegado nació el 3 de febrero de 1950, por lo que para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 tenía 44 años y que conforme el reporte de semanas cotizadas allegado por Colpensiones, para el mismo día y mes del 2005 cuando alcanzó los 55 años de edad tenía 678.99 semanas cotizadas al RPM, por lo que al haber acreditado la edad requerida en el Acuerdo 049/1990 aprobado por el Decreto 758/1990, esto es 55 años en el caso de las mujeres, antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01/2005, y al tener más de 678 semanas cumple con la exigencia de tiempo cotizado, pues las mismas corresponden a los últimos 20 años anteriores al 03 de febrero de 2005.

En cuanto al monto de la prestación la fijó en un SMMLV atendiendo el IBC, así mismo indicó que deben reconocerse dos mesadas adicionales por año, pues la prestación se causó antes del 31 de julio de 2011, en lo que respecta al momento a partir del cual debe ser reconocida la prestación, se tiene que la actora efectuó aportes incluso hasta el mes de julio de 2009, por lo que atendiendo lo normado en el Acuerdo 049/90 debe verificarse una desafiliación del sistema y tener en cuenta la última cotización, máxime cuando no fue probado que la actora solicitara esta prestación.

Frente a los intereses moratorios, hizo referencias a la posición sostenida por la Corte Suprema de Justicia, la cual ha avalado el reconocimiento de los mismos cuando se trata de pensiones reconocidas a los beneficiarios del régimen de transición, además de indicar que se debe verificar si las demandadas actuaron al amparo de la Ley, sin aplicar criterios de orden interpretativo que solo están limitados a los operadores

103

judiciales, casos en los cuales es viable que no se imponga condena por los mismos, y para el caso particular, la demandante tuvo algunas imprecisiones en cuanto a la entidad para la cual efectivamente se encontraba afiliada y tan solo en días cercanos a la audiencia se logró establecer efectivamente esa circunstancia, y hasta la sentencia se pudo definir la ineficacia del traslado, por lo que no se puede entender que hubo una mora por parte de Colpensiones en el reconocimiento y pago de las mesadas en cabeza de la accionante por lo que se absuelve de estos y se condena a la indexación.

Finalmente, mencionó que la acción de ineficacia no prescribe y en lo atinente a las mesadas, se tiene que la accionante elevó por primera vez solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez el 01 de diciembre de 2015 y la demanda fue presentada el 30 de junio de 2016, con lo que se debe declarar probada esta excepción respecto de las mesadas causadas tres años antes del 1 de diciembre de 2012 y condena al pago de la misma a partir de esa fecha.

4. Argumentos del recurrente

COLPENSIONES

Indica que la noción de ineficacia está atada a los derechos mínimos irrenunciables de los trabajadores y que en este caso no se avizora que la demandante haya renunciado a ninguno de ellos, también menciona, que en este asunto no se tuvo en cuenta la presunción de legalidad de los actos jurídicos que en su momento fueron válidos y que por el transcurrir del tiempo la afiliada les dio plena acreditación, pues la afiliación duró alrededor de 20 años.

Menciona que con este tipo de decisiones se está poniendo en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema pensional que administra Colpensiones, recordando, que el equilibrio financiero se encuentra consagrado en el artículo 48 de la Constitución y fue recalcado en el Acto Legislativo 01/2005, lo cual tiene un impacto sobre el producto interno bruto y las reservas pensionales, sumado a que las constantes modificaciones y posiciones jurídicas de las altas Cortes respecto al ingreso base de liquidación, transición y los temas de nulidad, hacen más difícil esa sostenibilidad financiera, además dijo que, si bien la Juez tiene ciertas razones para motivar su decisión, los pronunciamientos de la Corte no son obligantes, son criterios orientadores para la toma de decisiones del operador judicial, sin que la primera

instancia tuviera en cuenta otras decisiones de esos mismos órganos de cierre en cuanto a la sostenibilidad del sistema financiero.

Por lo anterior, aduce que si bien es cierto se dio una ineficacia, en el transcurrir del proceso se logró evidenciar que, más que un reparo sobre el momento del traslado la demandante manifiesta su inconformidad es sobre el momento actual acerca de su situación pensional, pues al momento del traslado se estaba simplemente ante una mera expectativa y no era posible saber si al día de hoy le era más beneficioso estar en el RAIS o en el RPM.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto del 23 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 mediante auto de fecha 8 de junio de 2020. La parte demandante presentó sus alegaciones reiterando aquello expresado en la demanda.

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

Sea lo primero advertir que, revisado el expediente, de los hechos, pretensiones y pruebas adosadas al mismo, encuentra esta Sala que el tema a dilucidar en el presente no corresponde a la ineficacia de traslado entre regímenes pensionales, sino en determinar a qué fondo se encuentra vinculada la demandante y el reconocimiento de una pensión de vejez.

Ello como quiera y efectivamente, no puede someterse a discusión según dan cuenta los folios 208 a 222, es un hecho incontrovertible, por demás perdido de vista por la primera instancia, que la actora hoy en día se encuentra legalmente vinculada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Así las cosas, lo prudente resultaba ser analizar de forma debida lo planteado en demanda y contestación de cara a lo probado para efectos de decidir lo pretendido.

Por lo anterior, esta Sala de Decisión encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente

¿Cuál es el fondo de pensiones al que se encuentra afiliada la demandante y en consecuencia, quien se encuentra en la obligación de reconocer una pensión de vejez?

Efectuado lo anterior, ha de determinarse ¿Es la actora es beneficiaria del régimen de transición? y en caso positivo ¿tiene o no derecho a la pensión de vejez aplicando el régimen anterior?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado. Veamos las razones que llevan a la Sala mayoritaria a consentir en ello.

Afiliación

A efectos de dilucidar a que fondo de pensiones se encuentra actualmente afiliada la demandante, resulta relevante el material probatorio que a continuación se menciona:

- Folios 40 y 147 – "Solicitud de vinculación" a Colfondos, de fecha 01 de junio de 1994, donde se solicita el traslado de régimen de la actora.
- Folio 48 – solicitud de "cancelación de afiliación" dirigida a Colfondos y suscrita por la demandante, radicada el 1/8/1996.

156

- Folio 49 – Carta expedida por Colfondos el 08 de marzo de 2011 donde se informa que la afiliación suscrita se encuentra Inactiva
- Folios 114 a 118 - reporte de semanas cotizadas allegado por Colpensiones donde se evidencia que la demandante empezó a cotizar a dicha entidad desde el 09 de octubre de 1989 y hasta el 30 de junio de 1994.
- Folios 146 y 210 - "Historial de vinculaciones" de la demandante, en donde se evidencia que el 13 de diciembre de 2010 Colfondos efectuó un pago a Colpensiones por concepto de "Traslado de régimen"
- Folio 192 – Documento sin fecha, expedido por Colpensiones, donde informa el traslado de aportes a Colfondos con fecha de pago 11/10/2007, por concepto de Multiafiliación.
- Folios 207 a 209 – Certificación expedida por Colfondos donde se indica que *"la cuenta de ahorro individual de la demandante, se anuló el día 13 de diciembre de 2010, dando curso a la solicitud que radicó el 1° de agosto de 1996"*
- Interrogatorio de parte rendido por la demandante, en el que menciona que en el 2010 se acercó a Colfondos donde le dijeron que no estaba afiliada a esa AFP y que iban a trasladar los dineros a Colpensiones.

Así las cosas, de aquella documental visible a folios 49 y 207 a 209 se evidencia que desde el día 13 de diciembre de 2010 la cuenta individual de la demandante en la AFP Colfondos, fue **anulada** y su afiliación estaba inactiva, resolviendo con ello una solicitud que data del año 1996, es decir, Colfondos tardó aproximadamente 14 años en resolver la petición incoada por la hoy demandante, respecto a la anulación –valga la redundancia- de su afiliación a dicho fondo, situación que evidentemente tuvo ciertas repercusiones en cuanto a sus aportes pensionales, pues en razón a esa negligencia Colpensiones procedió en el año 2007 a efectuar un traslado de aportes a Colfondos por concepto de multiafiliación.

Adicionalmente, es importante tener en cuenta lo manifestado por Colfondos en la certificación obrante a folios 207 a 209, en donde se indica:

"(...) 6. Conforme las evidencias encontradas en nuestro sistema, lo que podemos concluir es que la cuenta de ahorro individual del demandante, se anuló el

207

día 13 de diciembre de 2010, dando curso a la solicitud que radicó el mismo día 1 de agosto de 1996. Sin embargo, por efecto de la acreditación del traslado que había realizado Colpensiones el día 11 de octubre de 2007 y que solo se acreditó el día 25 de febrero de 2011, nuestro sistema de afiliaciones, activó de nuevo la cuenta para permitir el ingresos (sic) de los aportes al fondo de pensiones obligatorias, pese a la anulación de la cuenta y el traslado de los aportes antes mencionados a Colpensiones en el año 2010.

7. En consecuencia, la reactivación de la cuenta que se presentó por la acreditación el 25 de febrero de 2011, según lo que se logró revisar en nuestros sistemas, no corresponde a un traslado o definición de conflicto de múltiple vinculación a Colfondos, ya que no tenemos evidencia de ello."

Con lo anterior, se evidencia que la entidad a la cual se encuentra válidamente afiliada la demandante es Colpensiones, pues desde el 1° de agosto de 1996 manifestó su decisión de anular su vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado en ese entonces por el otrora Instituto de Seguros Sociales, petición que luego de 14 años fue resuelta favorablemente por Colfondos, por lo que se procedió a **cancelar** su cuenta de ahorro individual, tal y como se puede evidenciar con la documental obrante a folios 49 y 207 a 209, sin que pueda endilgarse consecuencia alguna a la demandante a razón de la desidia de Colfondos en resolver la pluricitada "cancelación de la afiliación".

Máxime cuando la misma AFP Colfondos, en su certificación antes referida, reconoce que la reactivación de la afiliación no corresponde a un traslado o definición de conflicto por múltiple vinculación, sino que a modo propio y sin petición alguna de la actora, decidió reactivar su afiliación. A lo que se agrega, la no menos importante afirmación relativa a que lo pretendido por la demandante fue una "cancelación" y lo tramitado fue un "retracto o anulación", que sólo puede entenderse por ésta Colegiatura, como el hecho de nunca haberse trasladado para con ello poder darle aplicación al texto normativo que aparece narrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en sus incisos 4 y 5, y con ello predicar que perdió el Régimen de Transición.

258

Así las cosas, teniendo en cuenta que es Colfondos la entidad que actualmente tiene los aportes de la señora Gamba de Moreno, se le ordenará el traslado a Colpensiones de la totalidad de los dineros que tenga en la cuenta individual de la demandante y a esta última a recibirlos. Ello en un término no superior a un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

Establecido lo anterior, procede la Sala a verificar la prestación pensional deprecada por la demandante.

Pensión de vejez y régimen de transición

Al respecto, es menester destacar, que conforme la copia del documento de identidad de la actora y del Registro Civil de Nacimiento, obrantes a folios 29 y 30, nació el 03 de febrero de 1950, 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 44 años, de modo que, en principio sería beneficiaria del régimen de transición, al superar los 35 años, conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, atendiendo los requisitos establecidos en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, para efectos de acceder a la pensión de vejez deprecada, se tiene que los 55 años de edad los cumplió el 03 de febrero de 2005 y que dentro de los 20 años anteriores a dicha data tiene cotizadas 684.97 semanas (fls. 114-118 y 150-153), superando las 500 requeridas. Exigencias estas que se cumplen antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, conservando así el régimen de transición.

Así las cosas, se tiene que, como acertadamente lo indicó el juzgado de conocimiento, la demandante tiene derecho a que se le reconozca la pensión de vejez bajo la égida del Acuerdo 049 de 1990.

Ahora bien, en cuanto a la fecha de disfrute, se tiene que la última cotización al sistema data del mes de junio de 2009, sería entonces a partir de julio de dicha anualidad que tendría que reconocerse el derecho pensional. Sin embargo, la señora Gamba de Moreno presentó reclamación ante Colpensiones el 01/12/2015(fl. 59), y la demanda la interpuso el 30 de junio de 2017 (fl. 62), por lo que dicha prestación habrá de reconocerse desde el 1º de diciembre de 2012, atendiendo el fenómeno prescriptivo y bien como fue precisado por la primera instancia.

Frente al valor de la prestación, efectuadas las operaciones aritméticas del caso, se tiene que la pensión correspondería a una suma inferior al salario mínimo mensual vigente, pero como quiera que nadie puede devengar menos de dicho monto según lo dispone la Ley 100 de 1993, acertada resulta la decisión de primer grado en cuanto al valor de la misma.

En lo que respecta al número de mesadas, intereses moratorios e indexación, acertadas resultan las precisiones de la primera instancia. Ciertamente, el número de ellas es 14 como quiera y se causó el derecho antes de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

Finalmente, y como se dijo en precedencia, como quiera que Colpensiones no tiene los dineros correspondientes a los aportes de la demandante, una vez Colfondos de cumplimiento a la orden impartida en esta sentencia trasladando éstos últimos, Colpensiones deberá, dentro del mes siguiente de haber recibido los mismos, realizar el reconocimiento del derecho pensional de la señora Judith Gamba de Moreno siguiendo las precisiones indicadas en esta providencia.

Ante lo aquí analizado, se dispone MODIFICAR la sentencia apelada y consultada en su lugar, declarar que la demandante se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones, ordenando a Colfondos a trasladar la totalidad de los dineros que se encuentran en la cuenta individual de ahorro de la demandante en el término de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta sentencia, y una vez recibidos éstos últimos, Colpensiones deberá dar cumplimiento al reconocimiento que ha sido ordenado por ésta Corporación, ello en el término de un (1) mes.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del Código General del Proceso, sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE

BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,

R E S U E L V E

PRIMERO.- **MODIFICAR** la sentencia apelada y consultada. En su lugar:

1.1. Declarar que la señora Judith Gamba de Moreno se encuentra afiliada a Colpensiones.

1.2. Ordenar a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante en el término de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

1.3. Ordenar a Colpensiones que dentro del mes siguiente a la recepción de los dineros por parte de Colfondos, realice el reconocimiento de la pensión de la señora Judith Gamba Moreno, en los términos indicados en esta sentencia.

SEGUNDO.- CONFIRMAR, en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO – SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: DEVOLVER el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

LORENZO TORRES RUSSY

SALVO VOTO.

TSB-SALA LABORAL
52364 17JUL'20 PM12:18

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda Laboral

SALVAMENTO DE VOTO

Proceso . 2017-00422 -01

JUDITH GAMBA MORENO VS COLPENSIONES Y OTRA.

Respetuosamente me aparto de la decisión mayoritaria de la sala, por las razones, que en sintesís, consigno a continuación:

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

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

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

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

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

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

LORENZO TORRES RUSSY

MAGISTRADO

TSB-SALA LABORAL
82363 17JUL'20 PM12:18

173

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 002

I. ASUNTO A TRATAR

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la apoderada de **PORVENIR S.A.**, en contra de la sentencia proferida el 13 de septiembre de 2019 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, así como el grado jurisdiccional de **CONSULTA** a favor de Colpensiones, dentro del proceso ordinario laboral que **CESAR ALBERTO CASTELLANOS GARCIA** promoviese contra las precitadas demandadas.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare "la nulidad" e ineficacia de la afiliación realizada al RAIS a través de Porvenir y como consecuencia de ello, se ordene el traslado de la totalidad de capital, rendimientos y bonos o títulos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante, así como ordenar a Colpensiones activar la afiliación y recibir el capital a trasladar.

Estriba el documento introductor y de forma principal, en la "errada" información recibida por parte de los funcionarios de Porvenir S.A., así como en el presunto engaño que sufrió el actor, situaciones determinantes para que decidiera modificar su régimen pensional.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones. 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.

174

Así mismo menciona que, de una revisión de la historia laboral del demandante se evidencia que para el 1° de abril de 1994 no contaba con las semanas cotizadas requeridas en la sentencia SU 062-2010 para tener la posibilidad de trasladarse de régimen en cualquier momento.

Indica que el actor eligió libre y voluntariamente afiliarse al RAIS, tal y como lo permite el artículo 13 de la Ley 100/93 y que esa entidad, ha actuado en apego a los preceptos legales establecidos en la normatividad vigente.

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, al suscribir el formulario de solicitud de vinculación a Porvenir S.A. efectuó una declaración relacionada con su voluntad para afiliarse a este fondo, dejando expresa constancia que lo hizo de forma libre y sin presiones y con el conocimiento pleno de la información que a la fecha de su solicitud, debían brindar las administradoras, además, resalta que el hoy demandante no hizo uso del derecho de retracto que le concede la ley.

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 actor y la AFP, pues él sí pretendió afiliarse al RAIS.

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 legitima que lo lleve a ser cobijado bajo las mismas premisas de las dichas sentencias.

3. Providencia recurrida

El *A quo* dictó sentencia, en la cual declaró la nulidad del traslado, ordenando a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos, intereses y gastos de administración, y a esta última a recibir los aportes y actualizar la historia laboral del accionante.

En síntesis, aclaró, en primer lugar, que cuando el demandante firmó el formulario de traslado, esto es el 31 de agosto de 2005 contaba con 51 años de edad, por lo que dicho traslado sí podía efectuarse al faltarle más de 10 años para adquirir su derecho pensional, como quiera que para el 2014 la edad establecida para que los hombres se pensionaran era de 62 años, con lo que es claro que la afiliación a Porvenir se efectuó dentro de los parámetros legales.

Refiere que la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral ha venido construyendo una línea jurisprudencial frente al tema que hoy se estudia, recientemente con las sentencias SL 1421 y SL 1688 del 2019, en la cual indican que la acción que busca la nulidad del traslado no prescribe en el término trienal, dado al derecho irrenunciable a la seguridad social que está involucrado, también se refieren a la carga dinámica de la prueba en virtud de la cual corresponde a las AFPs probar que brindaron información suficiente, amplia y veraz acerca de las consecuencias del traslado, obligación que incluso, se plasmó en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, y la cual no se demuestra con la simple firma de un formato, que si bien para la época no existía norma legal que exigiera a las administradoras documentar qué clase y cómo le proveían la asesoría a los ciudadanos, indica que dicho deber establecido en la norma en mención, fue dejado por las AFPs a una simple asesoría verbal, debiendo asumir las consecuencias probatorias, tal y como ocurre actualmente, además, que ese deber de las AFPs a los ciudadanos debe darse de la misma forma, independiente si son o no beneficiarios del régimen de transición.

4. Argumentos del recurrente

PORVENIR S.A., indica que, el deber de información no fue negado ni evadido por esa entidad, pues dentro del mismo escrito de contestación se indicó que ese deber de información se encontraba en la primera fase, la cual resaltaba la información que debía suministrársele a los afiliados y que no evidenciaba la exigencia de un buen consejo, una doble asesoría, dejar constancia de manera escrita, realizar proyecciones o simulaciones pensionales, pues este tipo de criterios surgen con una posterioridad de desarrollo jurisprudencial y legal, por ello, Porvenir S.A. no faltó a ese deber de información.

Refiere que no se trata simplemente de mencionar el formulario de vinculación como un formato o con una simple firma del acto del afiliado de suscribir el mismo,

ya que este era el documento que constataba la Superintendencia Financiera como ente vigilar de las AFPs, formulario que cumplió todos los requisitos que en su momento exigió el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, con lo que resulta válido el traslado de régimen efectuado por el demandante, el cual con posterioridad se ratificó con los diferentes aportes que realizó al RAIS.

Menciona que no se comparte la decisión adoptada por el fallador de primera instancia, cuando un argumento para su decisión fue que al momento del traslado tenía 641 semanas, siendo claro que la Ley 100 no fija una prohibición de cantidad de semanas cotizadas al sistema para que los afiliados tengan la posibilidad de trasladarse de régimen pensional, con lo que el actor decidió hacer el traslado, el cual es válido.

Por último, indica su inconformidad frente a la condena en gastos de administración, al ser esta una decisión que desconoce la facultad legal y constitucional que se les dio a las AFPs, de realizar estos descuentos de gastos de administración teniendo en cuenta el aseguramiento a primas de seguros frente a las contingencias de invalidez y muerte, y la generación de rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de los afiliados, condena que generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor del demandante.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de 28 de octubre de 2019, se admite el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar mediante auto de fecha 8 de junio de 2020. Parte demandante y COLPENSIONES, presentaron sus alegatos de conclusión.

Finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

Tesis

Revocar la decisión de primer grado. Veamos las razones que llevan a la Sala mayoritaria a consentir en ello.

Ineficacia del traslado

Dentro del presente diligenciamiento, claro es que el 31 de agosto de 2005, el demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. (fl. 17, 36 y 100) 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 el actor, 31 de agosto de 2005 (fl. 17, 36 y 100), 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 12 fue allegada copia del documento de identidad del actor en donde se aprecia que nació el 09 de agosto de 1954, 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 39 años, 7 meses y 21 días, así como reportaba un aproximado de 327.29 semanas cotizadas (fl. 59-62)

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 327.29 semanas de cotización, equivalente a 6.3 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 Castellanos García.

No obstante estar el actor inmerso en tal escenario, pretende la declaratoria de "nulidad" del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Porvenir el 31 de agosto de 2005 (fl. 17, 36 y 100), a efecto de permanecer afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con fundamento en que al momento de realizar dicho traslado, la entidad Porvenir, no realizó proyección pensional, ni brindó información suficiente, amplia ni oportuna que le permitiera conocer al accionante las consecuencias, implicaciones y desventajas que le traía el traslado de régimen.

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

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

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

Puestas de este modo las cosas, en primer término debemos recordar que el artículo 112 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 5 del Decreto 692 de 1994, establecen en cabeza del afiliado la posibilidad de elección, y es tan así que expresamente señala

"Las personas que cumplan los requisitos para seleccionar el régimen de ahorro individual con solidaridad no podrán ser rechazadas por las administradoras del mismo". Lo que se acompasa con el inc. 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 estudia esta Sala, no se encontraba vigente al momento de efectuarse el traslado. Recordemos, ella sólo inició el 01 de julio de 2010, según lo dispuso el artículo 101 del mismo texto legal.

Teniendo claro lo anterior, se tiene que en el caso objeto de estudio, esas obligaciones generales y especiales que aparecen narradas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y a cargo de los Fondos de Pensiones, relativas al deber de información para con sus afiliados, se suple con aquellas previsiones que por demás aparecen aceptadas por el propio demandante al momento de suscribir el formulario que da cuenta los folios 17, 36 y 100, del plenario, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad *"libre, espontánea y sin presiones"*. Lo que por demás, se acompasa con la narración que hacen las normas anteriormente relacionadas.

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

Y es de cara a lo narrado, que surgen una serie de interrogantes tales como: (i) En el presente asunto al momento del traslado ¿Qué tipo de efecto nocivo puede causarse al accionante quien contaba con 51 años, había cotizado un poco más de 641 semanas y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?, por demás, (ii) durante más de 10 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 de manera libre y voluntaria, que le fue explicado que existía un régimen privado y uno público, que el seguro social se iba a extinguir –lo que efectivamente sí aconteció- y que su motivación fue claramente proteger sus recursos más no informa que haya sido objeto de inducción a error.

Y siendo lo anterior así adquiere una mayor connotación lo plasmado en el formulario de afiliación suscrito por el demandante y que obra a folios 17, 36 y 100, sin que sea argumento para esta Sala de Decisión la desidia que alega el 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."* Por demás, no puede desconocerse que según interrogatorio de parte, el demandante al momento de su traslado tenía la edad considerable de 51 años, sin embargo, sólo acreditaba alrededor de 600 semanas cotizadas y confesó tener grado de escolaridad doctorado.

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 decidió su traslado el 31 de agosto de 2005.

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 conllevan a consecuencias jurídicas distintas, tales como: la suscripción de un formulario de afiliación de forma libre, voluntaria y espontánea, que conforme a lo expuesto, a lo largo de esta providencia, obligaba al fondo privado a su recepción; es la ley la que establece cuales son las características del RAIS; y se desconocía para el momento del traslado, 20 años atrás, la mesada que le correspondería a la accionante por concepto de pensión de vejez.

Aunado a ello, establece que es necesario observar desde el punto de vista de la acción identificar la causa de la ineficacia del acto, como lo sería el contexto en el que

el mismo se celebró, esto es, si hubo o no desidia del afiliado, o si obró ilicitud en el objeto, aspectos que son abordados a través de diferentes hipotéticos.

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

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

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

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

Así las cosas, el supuesto vicio del consentimiento por omisión de información sólo surge cuando se le impide su traslado y parte de una información que desconoce PORVENIR S.A. en su momento, cual son los salarios reportados por el demandante del año 2006 hacia adelante, entre otras variables. Ante ello, imposible resulta ser el pregonar, que haya existido una omisión de la prementada proyección cuando los elementos para realizar ésta última no se conocían al momento en que se materializa la movilidad del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Se consulta entonces ésta Colegiatura, cuáles fueron esas consecuencias que se anuncian como no advertidas al demandante ora la desventaja de trasladarse a un régimen, si se insiste se encontraba en plena formación el derecho a pensionarse. ¿Sería prudente suponer que el trabajador que decidió su traslado siempre tendría el

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

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

Inquieta entonces a esta Colegiatura, el determinar qué tan ajustado a la ley y al principio de solidaridad que gobierna nuestro sistema pensional, de cara a las previsiones del artículo 48 Superior sobre la sostenibilidad de éste último, sería el aceptar que, un particular a quien sólo habiendo cumplido la edad para pensionarse – puesto que a la fecha de presentación de la demanda (fl. 49) contaba con 63 años -, es que pretende retornar a un régimen donde nunca contribuyó al pago de las pensiones "de cada vigencia" y sólo, so pretexto de no habérsele proyectado una prestación económica cuando le faltaban aproximadamente 11 años en edad y un aproximado de más de 650 semanas para causar tal derecho justifica un vicio del consentimiento, el que resultaría ser inexistente para tal momento. Por demás, es claro el tiempo tardía en que este particular inicia sus cotizaciones, se recuerda, cuando tenía la edad de 51 años, sólo tenía un total de un poco más de 11 años de trabajo.

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

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

Por otra parte, debe expresarse por esta Magistrada, que dada la nueva integración de la Sala Segunda de Decisión Laboral, se acogen ampliamente esos argumentos

expuestos por el Dr. Lorenzo Torres Russy y propuestos en el Código Único de Radicación: 11001310500720170025 9-01, fecha de sentencia 8 de julio de 2020, que a la letra se expresan así y se acompasan plenamente al criterio que viene siendo sostenido por ésta funcionaria y la llevan a las mismas conclusiones presentadas por el prementado funcionario.

En síntesis, se plantean en esa decisión, las siguientes conclusiones y a la letra:

"*CONCLUSIONES I:*

...la afiliación al sistema general de pensiones es un acto jurídico unilateral y de adhesión a las condiciones previstas en la ley para el RPM y para el RAIS; que la afiliación no tiene naturaleza contractual; que la elección debe ser libre y voluntaria; que las contingencias y obligaciones originadas en el acto de afiliación están contenidas en la ley y pueden ser modificadas por el legislador cuando las circunstancias lo ameriten; que la elección de un régimen pensional tiene por objeto escoger una forma de financiar la pensión y no un monto pensional; que la determinación de condiciones pensionales y expectativa de un monto pensional al momento de la afiliación no es posible; que no hay posibilidad de señalar como mejores unas que otras al momento de la afiliación; que los afiliados a la seguridad social no ostentan un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras, esto es, las pensiones respecto de las cuales no se ha producido el hecho que las causa; que las condiciones de afiliación a un de régimen son un asunto de orden legal y no constitucional.

...

CONCLUSIONES II.

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

...

CONSLUSIONES III.

De lo expuesto resulta fundado concluir que:

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

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

...

CONCLUSIONES IV. .

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

En ese orden de ideas, siguiendo las anteriores conclusiones de cara lo adicionalmente analizado en líneas superiores, se tiene que se abre paso REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar, declarar probada la excepción de EFICACIA DE LA AFILIACIÓN 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,**

R E S U E L V E

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia apelada y consultada. En su lugar, se declara probada la excepción de EFICACIA DE LA AFILIACIÓN 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 CHAVEZ 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-SALA LABORAL

52372 17JUL'20 PM12:34

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

SALVAMENTO DE VOTO

MARCELIANO CHAVEZ AVILA

Magistrado

Sala Segunda de Decisión Laboral

Ref.: Expediente Rad-0520180027901 Proceso: Ordinario Laboral
DTE: CESAR ALBERTO CASTELLANOS .DDO: COLPENSIONES Y OTRO
MP: RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA /Fallo de JULIO 17 de 2020.

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

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

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

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

TSB-SALA LABORAL

52371 17JUL'20 PM12:34

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda Laboral

ACLARACION DE VOTO

Proceso 2018-0279-01

CESAR ALBERTO CASTELLANOS VS COLPENSIONES Y OTRA.

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

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

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

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

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

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

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

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

LORENZO TORRES RUSSY

MAGISTRADO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05020201800439-01
Demandante: MARÍA DEL SOCORRO IBAGON BARRETO
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

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

Discutido y Aprobado según Acta No. 002

AUTO

Atendiendo los documentos allegados, se resuelve:

PRIMERO: Téngase como apoderada general de Colpensiones a la firma Cal & Naf Abogados Asociados S.A.S., en los términos y para los efectos de la Escritura Pública No. 3368 del 02 de septiembre de 2019.

SEGUNDO: Téngase como apoderada sustituta de la demandada Colpensiones a la Doctora Laura Rocio Martínez Lizarazo, con T.P No. 280.323 del C.S. de la J., en los términos y para los efectos de la sustitución extendida.

TERCERO: Téngase como apoderada general de Porvenir S.A. a la firma Lopez & Asociados S.A.S., en los términos y para los efectos de la Escritura Pública No. 1717 del 16 de octubre de 2019.

CUARTO: Téngase como apoderado de la demandada Porvenir S.A. al Doctor Alejandro Miguel Castellanos López, con T.P No. 115.849 del C.S. de la J., en los términos y para los efectos del Certificado de Existencia y Representación Legal de la firma Lopez & Asociados S.A.S.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05020201800439-01
Demandante: MARÍA DEL SOCORRO IBAGON BARRETO
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

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 02 de diciembre de 2019 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, así como el grado jurisdiccional de **CONSULTA** a favor de Colpensiones, dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA DEL SOCORRO IBAGON BARRETO** promoviese contra las precitadas demandadas.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare "la nulidad" de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y como consecuencia de ello ordenar a Porvenir S.A. remitir el valor de los saldos o aportes que se encuentren consignados en la cuenta de ahorro individual de la accionante y a Colpensiones aceptar la vinculación. Así mismo solicita el reconocimiento de la pensión conforme el Decreto 758 y Acuerdo 049 de 1990, junto con los intereses moratorios e indexación.

Estriba el documento introductor y de forma principla, 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 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 (a) afiliado (a) 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 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 legitima que la lleve a ser cobijada bajo las mismas premisas de las dichas sentencias.

3. Providencia recurrida

El *A quo* dictó sentencia, en la cual declaró la nulidad y/o ineficacia del traslado, condenando a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones de la demandante, junto con los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiese. Así mismo, ordenó a Colpensiones a efectuar el correspondiente estudio del derecho pensional de la actora.

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

Mencionó que era Porvenir quien tenía el deber inexcusable de brindar a la afiliada (hoy demandante), información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias de abandonar el régimen al cual se encontraba vinculada, pese a lo cual, en el expediente no obra medio de prueba alguno que demuestre el cumplimiento de dicha obligación, razón por la cual, no puede predicarse la existencia de consentimiento libre y voluntario al momento del traslado de régimen de la accionante.

Frente a la pretensión del reconocimiento de la pensión, aduce que, conforme las pruebas arrimadas al proceso, la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, por lo que en ejercicio de las facultades ultra y extra petita se estudia el cumplimiento de los requisitos pensionales a la luz de la Ley 100 de 1993, los cuales cumple, por lo que una vez se efectúe el traslado de los recursos y sus rendimientos a Colpensiones, esta deberá hacer el estudio pertinente del derecho pensional de la demandante, teniendo en cuenta que la misma deberá reconocerse desde la fecha del retiro del sistema.

4. Argumentos de los recurrentes

Porvenir S.A.

Solicita, en síntesis, que se estudie cada una de las figuras correspondientes a ineficacia y traslado, atendiendo lo resuelto en el fallo de primer grado, lo anterior como quiera que ese es el punto de discusión del proceso, ya que estas son dos figuras diferentes pues la nulidad es absoluta o relativa, correspondiendo esta última a los vicios del consentimiento, siendo claro que en el presente asunto estos no se presentan, en cuanto a la ineficacia, la misma tampoco se presenta ya que esta debe derivarse de la existencia del dolo, el cual no se evidencia en este asunto.

En cuanto al deber de información menciona, que debe remontarse al año en el cual la demandante efectuó su traslado, esto es el año 2000, fecha para la cual el deber de información existía de manera verbal, sin ser ese deber como la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia lo ha desarrollado y lo ha venido exigiendo, de una manera más rigurosa. Por ello, no puede estudiarse ese deber de información como hoy les asiste a las administradoras de pensiones, por cuanto para el año 2000 no se efectuaba de la misma manera, ya que este se hacía a través de los asesores y de manera verbal, tal y como ocurrió en el presente caso, encontrándose acreditado con el interrogatorio de parte de la demandante, que efectivamente fue asesorada por los funcionarios de Porvenir S.A.

Menciona que, para que la demandante hubiere suscrito un formulario de afiliación fue porque hablo con algún asesor de la entidad y recibió asesoramiento por parte del mismo en donde se le indicaron las condiciones de dicha afiliación y se le explicó el funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual, información que se

dio a la demandante de forma verbal, atendiendo las exigencias de la época del traslado y en aceptación de ello fue que firmó el formulario de afiliación.

Aduce que el deber de información debe estudiarse para la fecha en la que la demandante efectuó el traslado, sin que se pretenda que el asesor que hace 20 años atendió a la demandante recuerde específicamente que fue lo que le dijo a la hoy demandante. Así las cosas, teniendo en cuenta que la accionante manifestó que fue a una reunión en la que tuvo la posibilidad de escoger entre varios fondos de pensiones, es claro que fue asesorada por una persona, con lo que su voluntad se vio plasmada y reflejada en la suscripción del formulario de afiliación, siendo la demandante quien debe probar la existencia de un error, fuerza o dolo, lo cual no fue demostrado.

Así, menciona que no hay lugar a que se declare la ineficacia y/o nulidad del acto de afiliación, máxime cuando de existir una nulidad la misma es relativa, la cual es saneable, situación que se presentó con la ratificación del acto, efectuando los aportes mes a mes. Adicionalmente, se desconoce que la Ley 797 de 2003 otorgó un año de gracia a las personas que no quisieran continuar en los fondos privados, sin que la demandante hubiere hecho uso de tal facultad, pese a las publicaciones que se efectuaron en periódicos a nivel nacional, con lo que no puede argumentarse el desconocimiento de la Ley como justificación de sus actos.

Adicionalmente indica, que las condiciones para acceder a la pensión tanto en el Régimen de Prima Media como en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se encuentran establecidas en la Ley, con lo que no se entiende cual es el error que aduce la demandante a la que fue inducida, además, porque después de 20 años de estar afiliada a Porvenir, realizando los aportes mes a mes, aduce que uno de los regímenes establecido en la ley es más beneficioso para ella, cuando, se reitera, las condiciones de cada uno están determinadas en la ley.

Finalmente indica que, si bien la cuenta de ahorro individual de la demandante generó unos rendimientos, existieron unos gastos en los que incurrió esta entidad como buen administrador del dinero, razón por la cual un porcentaje de estos le corresponden a Porvenir S.A.

Colpensiones

Aduce, en resumen, que Colpensiones ha actuado de buena fe y lo que se pretende al no aceptar la declaración de nulidad y/o ineficacia del traslado es evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media, el cual se presenta al permitirse a las personas que no han contribuido al fondo común se trasladen cuando estén próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

Menciona, que no se encuentra probada la falta de información, y que por el contrario, la demandante dejó transcurrir más de 19 años sin acudir a las normas pertinentes para hacer efectivo su traslado al régimen de prima media, máxime cuando la libre escogencia conlleva la aceptación de cada uno de los requisitos propios de cada régimen, teniendo en cuenta que el desconocimiento de la ley no es excusa y que no puede pretenderse que una persona que no ha sido solidaria con el sistema pretenda un reconocimiento de mesadas pensionales en el régimen de prima media.

Frente al estudio pensional, indica que la demandante cuenta con la edad pensional y una afiliación válida al régimen de ahorro individual, por lo que es Porvenir la entidad encargada de realizar dicho estudio.

Manifiesta, que su representada ha actuado de buena fe, por lo que no debe ser condenada en costas.

Finalmente, menciona que, en caso de confirmarse la sentencia, solicita se ordene a Porvenir a no realizar ningún tipo de deducciones por cuotas de administración, ni descuentos por conceptos de seguros de invalidez y vejez, a efectos de no contribuir con la descapitalización del sistema pensional.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto del 14 de febrero de 2020, se admiten los recursos de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar mediante auto de fecha 8 de junio del mismo año. Las demandadas, presentaron sus alegaciones reiterando aquello expresado en las contestaciones.

Finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP 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 10 de febrero de 2000 la demandante suscribió formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Porvenir (fl. 116) 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, 10 de febrero de 2000 (fl. 116), 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 43 fue allegada copia del documento de identidad de la actora en donde se aprecia que nació el 1° de noviembre de 1960, 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 y 5 meses, así como reportaba un aproximado de 620.43 semanas cotizadas (fl. 127 vto)

Así, es fácil constatar que la actora no contaba con los 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, según las probanzas incorporadas al plenario se itera, contaba con un aproximado de 620.43 semanas de cotización, equivalente a 12 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*

216

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 Ibagon Barreto.

No obstante estar la actora inmersa en tal escenario, pretende la declaratoria de "nulidad" del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Porvenir el 10 de febrero de 2000 (fl. 116), 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 mayoritaria, la fecunda jurisprudencia de nuestro máximo órgano de cierre, quien ha sostenido lo anteriormente reseñado. V.gr. en la Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011, en la cual se ratificó lo señalado en las sentencias con Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y 31.314, donde se reitera la necesidad de que se brinde información suficiente y veraz sobre las consecuencias de un traslado.

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

no se encontraban acordes con la realidad, acreditándose la inducción al error por parte del asesor del fondo, que determinó el traslado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Finalmente habrá de recordarse esa norma consignada en el literal b del artículo 11 de la Ley 1328/2009 y que realmente, resulta ser aquella que desarrolló en un primer momento, lo que como hoy conocemos ese deber de asesoría, en el caso que 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 116, 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 39 años, había cotizado 731.86 semanas y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?, por demás, (ii) durante más de 19 años se benefició de aquellas prerrogativas que otorgaba el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pero es hoy cuando desde su punto de vista no le resulta beneficioso y (iii) acepta en su interrogatorio de parte el hecho de haber leído el formulario de afiliación y recibido información sobre el hecho de poder pensionarse a la edad que quisiera después de los 50 años y de que la pensión podía ser "heredable", es decir, **confiesa** que recibió asesoría del Fondo. Y que claramente esta información no pugna con aquella prevista en la Ley 100 de 1993..

Adicionalmente, la firma plasmada en el pluricitado formulario de afiliación no fue tachada de falsa, y con la misma la demandante consintió en lo allí manifestado, esto es: *"Hago constar que realizo de forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al Régimen de Ahorro Individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de mi decisión. Así mismo he seleccionado a Porvenir S.A. para que sea la única que administre mis aportes pensionales. También declaro que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos. Igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud."*

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 116, sin que sea argumento para esta Sala de Decisión la desidia que alega la accionante, máxime cuando en el interrogatorio de parte rendido manifestó haber leído el formulario de afiliación, aceptando además, **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

221

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 la accionante tomó la decisión de su traslado el 10 de febrero de 2000.

Por su parte, y de una forma más amplia el H. Magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán, luego de hacer un estudio de las características propias del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y Régimen de Prima Media con Prestación Definida, así como de las razones o móviles de su creación, expone que sólo los afiliados que perdieron el régimen de transición son aquellos que pueden sufrir un daño en su expectativa pensional, lo que se puede deducir del Decreto 1642 de 1995, que permitió el retorno de afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida hasta el 01 de julio de 1996, con el ánimo de conservar su expectativa; criterio que sea dicho de paso, resulta consecuente con el literal e) del artículo 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 conllevan 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 AFP PORVENIR, le indicaron que podría pensionarse anticipadamente y que la pensión podía ser heredable.

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 Porvenir, ni la ineficacia prevista en el art. 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se acreditó que persona alguna hubiese atentado contra el derecho de la trabajadora a seleccionar el régimen pensional.

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

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

Por otra parte, se indicará que la naturaleza del fondo privado de pensiones se traduce en el claro acrecimiento de un patrimonio propio, que se nutre de los

aportes y para el beneficio personal de quien lo materializa hasta el momento de decidir pensionarse, no así el régimen de prima media con prestación definida donde "*Los aportes de los afiliados y sus rendimientos, constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley.*" (artículo 32 de la Ley 100 de 1993)

Inquieta entonces a esta Colegiatura, el determinar qué tan ajustado a la ley y al principio de solidaridad que gobierna nuestro sistema pensional, de cara a las previsiones del artículo 48 Superior sobre la sostenibilidad de éste último, sería el aceptar que, un particular a quien sólo habiendo cumplido la edad para pensionarse – puesto que a la fecha de presentación de la demanda (fl. 47) contaba con 57 años -, es que pretende retornar a un régimen donde nunca contribuyó al pago de las pensiones "de cada vigencia" y sólo, so pretexto de no habérsele proyectado una prestación económica cuando le faltaban aproximadamente 18 años en edad y un aproximado de más de 500 semanas para causar tal derecho justifica un vicio del consentimiento, el que resultaría ser inexistente para tal momento.

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."*

Por otra parte, debe expresarse por esta Magistrada, que dada la nueva integración de la Sala Segunda de Decisión Laboral, se acogen ampliamente esos argumentos

expuestos por el Dr. Lorenzo Torres Russy y propuestos en el Código Único de Radicación: 11001310500720170025 9-01, fecha de sentencia 8 de julio de 2020, que a la letra se expresan así y se acompasan plenamente al criterio que viene siendo sostenido por ésta funcionaria y la llevan a las mismas conclusiones presentadas por el prementado funcionario.

En síntesis, se plantean en esa decisión, las siguientes conclusiones y a la letra:

"*CONCLUSIONES I:*

...la afiliación al sistema general de pensiones es un acto jurídico unilateral y de adhesión a las condiciones previstas en la ley para el RPM y para el RAIS; que la afiliación no tiene naturaleza contractual; que la elección debe ser libre y voluntaria; que las contingencias y obligaciones originadas en el acto de afiliación están contenidas en la ley y pueden ser modificadas por el legislador cuando las circunstancias lo ameriten; que la elección de un régimen pensional tiene por objeto escoger una forma de financiar la pensión y no un monto pensional; que la determinación de condiciones pensionales y expectativa de un monto pensional al momento de la afiliación no es posible; que no hay posibilidad de señalar como mejores unas que otras al momento de la afiliación; que los afiliados a la seguridad social no ostentan un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras, esto es, las pensiones respecto de las cuales no se ha producido el hecho que las causa; que las condiciones de afiliación a un de régimen son un asunto de orden legal y no constitucional.

...

CONCLUSIONES II.

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

...

CONSLUSIONES III.

De lo expuesto resulta fundado concluir que:

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

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

...

CONCLUSIONES IV.

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

Ante ello, se abren paso a las razones expuestas en la apelación y a los alegatos del extremo pasivo, a los que se da repuesta con esta providencia y por contera, se dispone, REVOCAR la sentencia la providencia apelada- 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.

I. 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.

II. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

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

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

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
(Salvamento de Voto)

LORENZO TORRES RUSSY
ACLARO VOTO.

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de un salario y medio mínimo legal mensual vigente a cargo de la parte actora y el cual será distribuido por partes iguales entre las demandadas.

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

TSB-SALA LABORAL

'62357 17JUL'20 PM12:14

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda Laboral

ACLARACION DE VOTO

Proceso 2018-00439-01

MARIA DEL SOCORRO IBAGON VS COLPENSIONES Y OTRA.

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

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

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

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

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

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

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

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

LORENZO TORRES RUSSY

MAGISTRADO

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

SALVAMENTO DE VOTO

MARCELIANO CHAVEZ AVILA

Magistrado

Sala Segunda de Decisión Laboral

Ref.: Expediente Rad-02020180043901 Proceso: Ordinario Laboral
DTE: MARIA DEL SOCORRO IBAGON /DDO: COLPENSIONES Y OTRO
MP: RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA /Fallo de JULIO 17 de 2020.

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

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

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

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

o afiliación no prescribe, siendo susceptibles de prescripción las mesadas; - y que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia.

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

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

Fecha ut supra,

MARCELIANO CHAVEZ AVILA

Magistrado

TSB-SALA LABORAL

52358 17JUL'20 pm12:14

Código Único de Identificación: 11001310503520180064O -01
Demandante: ANA QUINTERO VERGARA
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., diecisiete (17) de julio de dos mil veinte (2020).

Discutido y Aprobado según Acta No. 002

I. ASUNTO A TRATAR

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la **DEMANDADA COLFONDOS**, en contra de la sentencia proferida el 21 de agosto de 2019 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, así como el grado jurisdiccional de **CONSULTA** a favor de Colpensiones, dentro del proceso ordinario laboral que **ANA QUINTERO VERGARA** promoviese contra las entidades Colpensiones y Colfondos S.A.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare "la nulidad" del traslado realizado al RAIS a través de Colfondos por cuanto existió un error de hecho que vició el consentimiento de la demandante. Como consecuencia de ello, se condene a Colfondos a devolver a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos, y a Colpensiones a activar la afiliación en pensión de la actora, así como actualizar su historia laboral.

Estriba entonces el documento introductor y de forma principal, en el presunto engaño que sufrió la demandante, el que fue determinante para que decidiera modificar su régimen pensional.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción), expone, en síntesis, que la demandante en uso del artículo 13 de la Ley 100/93, de manera libre y voluntaria escogió el régimen al cual quería pertenecer. Así mismo, menciona que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100/93 la demandante contaba con 30 años de edad y menos de 750 semanas de cotización, no siendo beneficiaria del régimen de transición, con lo que no podía trasladarse de régimen en cualquier tiempo conforme la sentencia SU 062/2010 y que se encontraba frente a una mera expectativa.

Expone, que al momento de solicitar el cambio de régimen – años 2018, a la demandante le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad para acceder a la pensión de vejez, por lo que se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado de régimen, además que la afiliada no hizo uso del derecho de retracto que tiene por ley.

Menciona que, al haber fundado la demandante su pretensión en el hecho de haber sido engañada por los asesores de la AFP a la que se afilió, de conformidad con los artículos 1516 del Código Civil y 167 del Código General del Proceso, le correspondía la carga de probar dicho supuesto, lo cual brilla por su ausencia.

Colfondos S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideró tener a su favor (entre ellas la de prescripción), adujo, en síntesis, que esa entidad le informó a la demandante de manera adecuada y completa, con anterioridad a su vinculación, acerca de las condiciones bajo las cuales operaba el RAIS, situación que quedó demostrada con la suscripción del formulario de afiliación, donde dejó constancia que su afiliación fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones, formulario que se ajusta a la Ley y contiene la información

requerida para el efecto, y no se hizo uso del derecho de retracto que la ley le concede.

Menciona que, como principio procesal la demandante debe probar el supuesto engaño u omisión de la información, sin que en el presente caso la accionante aporte alguna prueba tendiente a demostrar tal afirmación, además, de no especificarse claramente en qué consistió la acción fraudulenta de esa entidad y en caso de referirse a un error de derecho, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 1509 del Código Civil no produce vicio en el consentimiento así mismo un error de hecho, por virtud del artículo 1510 ibídem, solo 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 parte demandante y Colfondos, ya que la señora Quintero Vergara sí pretendió afiliarse al fondo de pensiones del RAIS.

Finalmente dijo, que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, ni por edad ni por tiempo de cotización, por lo que no es procedente su traslado automático en cualquier tiempo al RPM, en los términos de la sentencia SU 062/2010.

3. Providencia recurrida

El *A quo* dictó sentencia, en la cual declaró la ineficacia del traslado al RAIS realizado por la demandante, ordenando a Colfondos trasladar a Colpensiones todos los aportes efectuados por la actora, junto con sus rendimientos y a esta última a volver a afiliar a la demandante al RPM y recibir todos los aportes que hubiese efectuado a Colfondos.

En síntesis, dijo que, cuando se habla de la ineficacia del traslado se debe recordar lo indicado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia 1688 del 2019, en la que se dijo que la reacción a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto jurídico del traslado, y por esta razón el examen del cambio de régimen pensional por transgresión al deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia, por lo que los argumentos del fondo privado de que la demandante no demostró vicios del consentimiento es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto.

Resalta, que correspondía a Colfondos, en virtud de la inversión de la carga de la prueba, haber demostrado que le dio a la demandante la información o los datos necesarios para que adoptara la decisión que le resultara más favorable en cuanto al régimen pensional al que quería estar afiliada, ello teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en la que se ha dicho que las cargas probatorias se han flexibilizado, para que la parte que alega un hecho o la persona que tenga una prueba está en el deber de aportarla si pretende acreditar un supuesto fáctico que le favorece.

Refiere que la afiliación conlleva un derecho de información a la parte demandante, señalándole en el caso particular las ventajas y desventajas del régimen, sin menoscabarle los derechos pensionales, lo que implicaría por ejemplo la pérdida del acceso a una pensión en cualquiera de sus modalidades o los tiempos o el monto de la pensión.

Aduce que la Corte ha sido enfática en indicar que la información no es solamente una básica, sino que debe abordar todas las etapas del proceso para determinar las condiciones del disfrute de la pensión, además, que debe tenerse en cuenta la posición de asimetría en la que se encuentra la AFP frente al afiliado, independientemente de la condición socioeconómica o cultural de este, información que debe brindarse con una prudencia suficiente para evitarle perjuicios, dándole a conocer las alternativas con los beneficios e inconvenientes del traslado de uno a otro régimen.

Por lo anterior, Colfondos debió demostrar que le dio a la demandante la información suficiente para su traslado al RAIS, circunstancia que no aparece acreditada, pese a que existe un formulario de afiliación, el cual no da cuenta que a la demandante se le haya dado la información para optar por uno u otro régimen bajo un análisis intelectual comparativo.

4. Argumentos del recurrente

Colfondos S.A.

Alude, que no fueron probados los elementos fácticos y jurídicos que permiten configurar la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por el contrario, se tiene

certeza de que la afiliación cumplió con el lleno de los requisitos legales, habiendo actuado de conformidad con las normas vigentes para el momento de la afiliación de la demandante, además, que la afiliación de la demandante se efectuó de manera libre y voluntaria, tal y como ella misma lo confesó al rendir su interrogatorio de parte.

Menciona que el formulario de afiliación tuvo un objeto y causa lícita, sin que fuera tachado de falso, la demandante era legalmente capaz y no se probó ningún vicio del consentimiento, sin que pueda alegarse la existencia del error como vicio del consentimiento, pues el artículo 1509 del Código Civil estableció que un error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento.

Refiere que la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamientos recientes ha señalado que cada caso debe analizarse en concreto, y en el presente se tiene certeza de que la demandante recibió una información suficiente, oportuna y veraz, lo cual no solo se prueba con la existencia de un formulario de afiliación, sino con el interrogatorio de parte, en el cual, la actora confesó haber permanecido en el RAIS durante más de 10 años de manera libre y voluntaria, conociendo que estaba afiliada a un régimen de capitalización, pues recibía extractos informativos por parte de Colfondos.

Aduce que la Sala Laboral de la mencionada Corporación reconoció la existencia de varias etapas normativas respecto de la obligación de archivar documentación adicional al formulario de afiliación, sin embargo, para la fecha del traslado de la demandante no existía obligación de archivar documentación adicional, situación que no puede ser óbice para concluir que no se le dio una información suficiente, oportuna y veraz.

Indica que la demandante no puede retornar al RPM, como quiera que se encuentra incursa en la prohibición legal del artículo 13 de la Ley 100/93.

Finalmente, dice no encontrarse de acuerdo con la condena en costas, como quiera que esa entidad ha actuado de buena fe y al no existir una nulidad de la afiliación de la demandante y respecto de los gastos de administración, pues se desconoce que durante todo el tiempo la demandante ha estado protegida de las contingencias de invalidez y sobrevivencia.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

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

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

Finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

Tesis

Revocar la decisión de primer grado. Veamos las razones que llevan a la Sala mayoritaria a consentir en ello.

Ineficacia del traslado

Dentro del presente diligenciamiento, claro es que el 23 de enero de 2002 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. 42 y 166).

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 enero de 2002 (fl. 42 y 166), 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 28 fue allegada copia del documento de identidad de la actora en donde se aprecia que nació el 25 de octubre de 1963, 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 30 años, 5 meses y 4 días, así como reportaba un aproximado de 240.68 semanas cotizadas (fl. 125)

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 240.68 semanas de cotización, equivalente a 4.7 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la

298

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 Quintero Vergara.

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 23 de enero de 2002 (fls. 42 y 166), 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 al accionante las consecuencias, implicaciones y desventajas que le traía el traslado de régimen.

Sobre el tópico, no desconoce esta Sala mayoritaria, la fecunda jurisprudencia de nuestro máximo órgano de cierre, quien ha sostenido lo anteriormente reseñado. V.gr. en la Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011, en la cual se ratificó lo señalado en las sentencias con Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y 31.314, donde se reitera la necesidad de que se brinde información suficiente y veraz sobre las consecuencias de un traslado.

Sin embargo, se debe advertir que, los asuntos allí tratados difieren sustancialmente de este, encontrándose los afiliados en cada caso, en circunstancias muy distintas respecto del sistema pensional, en la última citada, cuando el afiliado se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual, contaba 58 años y 1286 semanas cotizadas, por lo que consideró la Alta Corporación que era *"claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS,*

por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos" y que era *"evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición"*; y además en todos estos asuntos, se acreditó que la información dada por los fondos no fue veraz, pues se allegaron proyecciones que no se encontraban acordes con la realidad, acreditándose la inducción al error por parte del asesor del fondo, que determinó el traslado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Finalmente habrá de recordarse esa norma consignada en el literal b del artículo 11 de la Ley 1328/2009 y que realmente, resulta ser aquella que desarrolló en un primer momento, lo que como hoy conocemos ese deber de asesoría, en el caso que estudia esta Sala no se encontraba vigente al momento de efectuarse el traslado. Recordemos,

ella sólo inició su vigencia el 01 de julio de 2010, según lo dispuso el artículo 101 del mismo texto legal.

Teniendo claro lo anterior, se tiene que en el caso objeto de estudio, esas obligaciones generales y especiales que aparecen narradas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y a cargo de los Fondos de Pensiones, relativas al deber de información para con sus afiliados, se suple con aquellas previsiones que por demás aparecen aceptadas por la propia demandante al momento de suscribir el formulario que dan cuenta los folios 42 y 166, del plenario, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad *"libre, espontánea y sin presiones"*. Lo que por demás, se acompasa con la narración que hacen las normas anteriormente 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 38 años, había cotizado 621.29 semanas y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?, por demás, (ii) durante más de 10 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 afiliado libremente, firmado el formulario de afiliación y recibido información sobre un monto mayor en su mesada pensional, además expone que desde hace 21 años trabaja en una empresa capacitando a "asalariados" donde indica además que era su función *"formar al personal que se quería afiliar a las cooperativas"*, lo que permite concluir a ésta Sala mayoritaria, que no puede ser pregonada como una persona totalmente ajena al tema del sistema general de pensiones.

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 42 y 166, sin que sea argumento para esta Sala de Decisión la desidia que alega la accionante, máxime cuando en el interrogatorio de parte rendido manifestó haberse afiliado libremente y firmado el formulario de afiliación habiendo solamente revisado en este su nombre y número de cédula, aceptando 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 optó por su su traslado el 23 de enero de 2002.

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 conllevan 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 una pensión en mayor cuantía, y el extinto Instituto de Seguros Sociales *"se iba a 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 Colfondos, 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 2002 hacia adelante, entre otras variables. Ante ello, imposible resulta ser el pregonar, que haya existido una omisión de la prementada proyección cuando los elementos para realizar ésta última no se conocían al momento en que se materializa la movilidad del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

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

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

Inquieta entonces a esta Colegiatura, el determinar qué tan ajustado a la ley y al principio de solidaridad que gobierna nuestro sistema pensional, de cara a las previsiones del artículo 48 Superior sobre la sostenibilidad de éste último, sería el aceptar que, un particular a quien sólo encontrándose ad portas de cumplir la edad para pensionarse – puesto que a la fecha de presentación de la demanda (fl. 111) contaba con 54 años -, es que pretende retornar a un régimen donde nunca contribuyó al pago de las pensiones "de cada vigencia" y sólo, so pretexto de no habérsele proyectado una prestación económica cuando le faltaban aproximadamente 19 años en edad y un aproximado de más de 670 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."*

Por otra parte, debe expresarse por esta Magistrada, que dada la nueva integración de la Sala Segunda de Decisión Laboral, se acogen ampliamente esos argumentos expuestos por el Dr. Lorenzo Torres Russy y propuestos en el Código Único de Radicación: 11001310500720170025 9-01, fecha de sentencia 8 de julio de 2020, que a la letra se expresan así y se acompasan plenamente al criterio que viene siendo sostenido por ésta funcionaria y la llevan a las mismas conclusiones presentadas por el prementado funcionario.

En síntesis, se plantean en esa decisión, las siguientes conclusiones y a la letra:

"*CONCLUSIONES I:*

...la afiliación al sistema general de pensiones es un acto jurídico unilateral y de adhesión a las condiciones previstas en la ley para el RPM y para el RAIS; que la afiliación no tiene naturaleza contractual; que la elección debe ser libre y voluntaria; que las contingencias y obligaciones originadas en el acto de afiliación están contenidas en la ley y pueden ser modificadas por el legislador cuando las circunstancias lo ameriten; que la elección de un régimen pensional tiene por objeto escoger una forma de financiar la pensión y no un monto pensional; que la determinación de condiciones pensionales y expectativa de un monto pensional al momento de la afiliación no es posible; que no hay posibilidad de señalar como mejores unas que otras al momento de la afiliación; que los afiliados a la seguridad social no ostentan un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras, esto es, las pensiones respecto de las cuales no se ha producido el hecho que las causa; que las condiciones de afiliación a un de régimen son un asunto de orden legal y no constitucional.

...

CONCLUSIONES II.

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

...

CONSLUSIONES III.

De lo expuesto resulta fundado concluir que:

La estructura de la norma contendida en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, al proteger el derecho a la libre elección de régimen pensional, señalar las autoridades competentes para

hacerlo efectivo y disponer sus consecuencias jurídicas, impone su aplicación sin fraccionamiento alguno y hace improcedente acudir a estatutos distintos, como el civil y el comercial para determinar sus efectos.

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

...

CONCLUSIONES IV.

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

En ese orden de ideas, siguiendo las anteriores conclusiones de cara lo adicionalmente analizado en líneas superiores, se tiene que se abre paso REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar, declarar probada la excepción de EFICACIA DE LA AFILIACIÓN 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,**

R E S U E L V E

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

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-SALA LABORAL
52378 17JUL'20 PM12:32

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

SALVAMENTO DE VOTO

MARCELIANO CHAVEZ AVILA

Magistrado

Sala Segunda de Decisión Laboral

Ref.: Expediente Rad-03520180064001 Proceso: Ordinario Laboral
DTE: ANA QUINTERO VERGARA .DDO: COLPENSIONES Y OTRO
MP: RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA /Fallo de JULIO 17 de 2020.

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

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

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

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

TST-SALA LABORAL
52369 17JUL'20 PM12:32

312

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda Laboral

ACLARACION DE VOTO

Proceso 2018-00640-01

ANA QUINTERO VERGARA VS COLPENSIONES Y OTRA.

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

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

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

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

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

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

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

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



LORENZO TORRES RUSSY

MAGISTRADO

Código Único de Identificación: 11001310500920180002 52 -01
Demandante: RODRIGO MATALLANA GUTIÉRREZ
Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 002.

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: **RECONOCER** personería adjetiva a la doctora JEIMMY CAROLINA BUITRAGO PERALTA identificada con Tarjeta Profesional 199.923 del Consejo Superior de la Judicatura como procuradora de la parte demandada COLFONDOS S.A. en los términos y para los efectos del poder conferido.

I. ASUNTO

Se decide los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos y estudiar en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de noviembre de 2019 dentro del proceso ordinario laboral que RODRIGO MATALLANA GUTÍERREZ promoviese contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare "la nulidad" del traslado del actor del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y con ello, se le tenga como legalmente vinculado a Colpensiones. Consecuencial a ello, se depreca porque la

sociedad que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S. acumulado en la cuenta de ahorro incluidos los rendimientos.

Estriba el documento introductor y de forma principal, en la presunta falta de información que no suministró el fondo privado al momento de efectuarse el traslado del actor.

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 actor es una persona con capacidad, lo que significa que puede realizar actos jurídicos, los cuales tienen plena validez; y que no se encuentran presentes vicios del consentimiento, y por el contrario la decisión del demandante fue libre, espontánea y sin presiones.

Indica que, al demandante la faltan menos de 10 años para cumplir la edad pensional, por lo que no es posible acceder a su traslado según prohibición legal.

Finalmente expresa que, el accionante ni por edad ni por tiempo de servicios era Régimen de Transición.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías 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 legitima que la lleve a ser cobijado bajo las mismas premisas de las dichas sentencias.

Así mismo, **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 existía causal de nulidad del acto jurídico de afiliación dado que no existía ningún tipo de error al que hubiese sido inducido el demandante, situación que se agrava en el caso en estudio donde la vinculación a esa entidad no provino del Régimen de Prima Media con Prestación Definida sino de otro fondo privado, este es, PORVENIR S.A. Agregó, lo relativo a la vigencia de la información que echa de menos el demandante, la que planteó sólo existía desde la Ley 1748 de 2014 y el Decreto Reglamentario 2071 de 2015.

Adicional a lo anterior, se expone que el traslado entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no puede entenderse como un traslado de régimen y en este caso, cuando el actor modificó su entonces administradora a OLD MUTUAL, fue debidamente asesorado por sus funcionarios.

Finalmente, refiere que dados los supuestos fácticos narrados por el actor, no se encuentra en una de las situaciones que ha sido abordada por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral.

Finalmente, **Colfondos S.A** también 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 actor manifestó en dos anualidades diferentes -2002 y 2013- su intención de vincularse a esa entidad.

Que no existió ningún tipo de presión o injerencia en la afiliación y se brindó la asesoría completa, por lo que el demandante suscribió los formularios respectivos sin reparo por lo que no existe ningún tipo de vicio del consentimiento.

Expone sobre el deber de asesoría, y relativo a la forma en que se solicita en la demanda sólo fue desarrollado mediante la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

De otro lado, menciona que esa entidad le informó al demandante de manera adecuada y completa, con anterioridad a su vinculación, acerca de las condiciones bajo las cuales operaba el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, además que con la suscripción del formulario la actora dejó constancia que su elección fue realizada de manera libre, espontánea y sin presiones, formulario que se ajusta a la Ley y contiene la información requerida para el efecto, además de que el demandante no hizo uso del derecho de retracto que la ley le concede.

Finalmente, expone lo relativo a la prescripción y el hecho de que el demandante no era Régimen de Transición ni por edad ni tiempo de servicios.

3. Providencia recurrida

La *A quo* dictó sentencia condenatoria:

PRIMERO. - DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó el demandante entre el régimen de prima media representado por el entonces ISS hoy Colpensiones al RAIS representado por Porvenir S.A el 25 de febrero de 1999

SEGUNDO. - ORDENAR a Colfondos S.A a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con los rendimientos, así como las demás sumas que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual del demandante, y se ORDENARÁ a Colpensiones a reactivar la afiliación y recibir los conceptos que le fueren trasladados

TERCERO. – DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por la parte pasiva en sus contestaciones

En síntesis, refirió que conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Superior de Bogotá las entidades administradoras de pensiones tienen el deber de información, estando estas obligadas a suministrar en términos de transparencia la verdad objetiva sobre los regímenes, haciendo mención de bueno, lo malo, y lo neutro del RAIS. Además que, la información debe versar sobre los beneficios del régimen que pretende trasladarse, el monto de la pensión que se proyecte, diferencia en el pago de los aportes que se realizarían, implicaciones y conveniencia de la decisión, y la declaración de aceptación.

Expone que, la falta de información es una negación indefinida que no puede ser demostrada por quien la invoca, y en consecuencia le corresponde a la contraparte acreditar que sí la prestó.

Frente al caso particular que, el primer traslado se hizo con Porvenir S.A, por lo que esta debía suministrar la información clara, veraz, y oportuna, sin embargo la leyenda del formulario resulta ilegible, por lo que no se puede establecer lo que dice. Señala, que si bien en las posteriores solicitudes de traslado aparece que la selección de régimen es libre, espontánea y sin presiones, no se acredita el suministro de información suficiente; que con el interrogatorio de parte de al accionante se puede determinar que al actor lo llamaron a llenar el formulario y lo firmó, que el ISS se iba a quebrar, que los traslados obedecían a políticas de donde trabajaba; y que con el interrogatorio de la representante legal de Porvenir S.A queda claro que solo se les solicitaba copia de la cédula de ciudadanía.

Señala que no obran prueba documental que soporte que la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad fue libre y voluntaria, que no se le hizo un estudio para determinar si era o no beneficiario del régimen de transición ni una proyección pensional

Indica que, no se puede tener por convalida la voluntad del actor por el traslado posterior realizada entre fondos, pues la actuación viciada no se sanea por ello, según criterio de la Corte Suprema de Justicia.

Explica que el derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable, por lo que no puede ser abolido por el paso del tiempo ni por los particulares.

Finiquita expresando que, se deben trasladar todas las sumas que tenga el fondo privado.

4. Argumentos de los Recurrentes

Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. Adujo que, en la medida que el fallo se fundamentó en la jurisprudencia, se debe tener presente que para la época del traslado del actor, la norma aplicable era la ley 100 de 1993, artículo 13, la que establecía que se requería la voluntad de afiliación y los requisitos del Decreto 692 de 1994, esto es, firma y suscripción del formulario de afiliación, y el cual debía contener como mínimo el lugar y fecha, nombre de la razón social del empleador, nombre del afiliado, número de cédula o NIT del afiliado, entidad administradora del régimen de pensiones a la cual se iba afiliar, datos de los cónyuges, y compañera o compañero permanente e hijos o beneficiarios, formulario debía ser diligenciado en 2 copias, la original para administradora, y copias para el empleador y el afiliado.

Agrega que, el demandante suscribió formulario de afiliación de manera libre y voluntaria; que hizo traslados, ratificando su deseo de permanecer en el RAIS, recibiendo información con respecto a las características propias de este régimen en

cada uno de ellos; y que si bien es cierto se manifestó que el ISS se iba acabar, dicha afirmación cae de su propio peso, en atención a que este se liquidó en 2012, pudiendo el accionante trasladarse en el término de ley,

Por su parte **Colfondos S.A.** Expone que, la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia para que se tenga como precedente judicial y sea de obligatorio cumplimiento, se tiene que estar frente a las mismas circunstancias fácticas y jurídicas, de modo que en el asunto, no procedía la carga dinámica de la prueba al no estar frente al mismo caso, ya que el actor no es beneficiario del régimen de la transición, por demás que en el Consejo de Estado, refiere tal posibilidad a personas que hacen el traslado cuando han acreditado un requisito, edad o tiempo.

Señala que, no aplica lo correspondiente a gastos de administración, ya que, de conformidad con el Decreto 2555 de 2010, los gastos de administración son vigilados por la Superintendencia Financiera de Colombia, y los mismos son para comprar los seguros de invalidez y sobrevivientes, de los que siempre estuvo amparado el demandante, y los otros son invertidos para generar la rentabilidad exigida dicho ente, de modo que con ellos se materialicen inversiones en bolsa y se generaran rendimientos financieros que se han depositados mes a mes en la cuenta de ahorro individual. Aunado a ello, los gastos de administración no hacen parte del patrimonio del fondo, por los que no pueden ser devueltos; y que generan mayor rentabilidad que Colpensiones según circulares de la Superintendencia Financiera.

Finalmente **Colpensiones** expresa que, no puede endilgarse responsabilidad derivada de los traslados efectuados por el actor pacífico de mi representada en los traslados efectuados por el demandante, máxime cuando no tea cómo saber que se encontraba viciada la voluntad del afiliado a la hora de trasladarse.

Concluye indicado que, la condena resulta gravosa de cara a la sostenibilidad del sistema financiero.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 20 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, quienes reiteran lo expuesto en sus demandas y contestaciones así como recursos interpuestos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

Tesis

Revocar la decisión de primer grado.

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

INEFICACIA DEL TRASLADO

Dentro del presente diligenciamiento, claro es que el 25 de febrero de 1999 el demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A (fl. 46) 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, 25 de febrero de 1999 (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 2 fue allegada copia del documento de identidad de la actora en donde se aprecia que nació el 13 de octubre de 1960, 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, 5 meses y 18 días, así como reportaba un aproximado de 239.99 semanas cotizadas al ISS hoy Colpensiones (fl. 190).

Así, es fácil constatar que el actor no contaba con los 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, según las probanzas incorporadas al plenario se itera, contaba con un aproximado de 239.99 semanas de cotización, equivalente a 4.6 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 Matallana Gutiérrez.

No obstante estar el actor inmerso en tal escenario, pretende la declaratoria de ineficacia del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A el 25 de febrero de 1999 (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 Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, no realizó proyección pensional, ni brindó información suficiente, amplia ni oportuna que le permitiera conocer al accionante las consecuencias, implicaciones y desventajas que le traía el traslado de régimen.

Sobre el tópico, no desconoce esta Sala de Decisión la fecunda jurisprudencia de nuestro máximo órgano de cierre, quien ha sostenido lo anteriormente reseñado. V.gr. en la Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011, en la cual se ratificó

lo señalado en Sentencia con Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y donde se reitera la necesidad de que se brinde información suficiente y veraz sobre las consecuencias de un traslado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Teniendo claro lo anterior, se tiene que en el caso objeto de estudio, esas obligaciones generales y especiales que aparecen narradas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y a cargo de los Fondos de Pensiones – normas vigentes al momento del traslado-, relativas al deber de información para con sus afiliados, se suple con aquellas previsiones que por demás aparecen aceptadas por el propio demandante al momento de suscribir el formulario de afiliación al fondo privado da

cuenta el folio 46 del plenario, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad *"libre, espontánea y sin presiones"*.

El anterior escenario, también quedó ratificado al efectuarse traslados y suscribirse los correspondientes formularios de afiliación a Colfondos en fecha 25 de febrero de 2002 y luego nuevamente el retorno a Porvenir S.A. el 27 de febrero de 2004 (fl. 244 reverso) y finalmente Skandia hoy OLD MUTUAL el 29 de junio de 2011 (fl.209). Todos ellos realizados aún en momentos en que podía retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Es decir, no puede predicarse una total desatención al sistema pensional del demandante y su ignorancia del mismo, cuando el traslado entre administradoras pues denota que no resultaba ser una persona ajena a su futuro pensional.

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

Y es de cara a lo narrado, que surgen una serie de interrogantes tales como: (i) En el presente asunto al momento del traslado ¿qué tipo de efecto nocivo puede causarse al accionante quien contaba con 39 años, había cotizado 458 semanas en el 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 y (iii) en interrogatorio de parte establece que el motivo principal para trasladarse fueron las políticas de las empresas donde laboraba, pero de ella no existe prueba y que firmó sin leer un formulario de afiliación, lo que de cara a lo por el consignado en el formulario obrante a folio 244 –traslado de 1999- resulta ser poco creíble dado sus condiciones y cargo ejercido.

Ciertamente, el demandante consigno en tal documental, que el cargo por el desarrollado era el de Director de Planeación de una empresa constructora, lo que impide realmente consentir que fuese totalmente ajeno e incauto a las decisiones que sobre su vida debía adoptar.

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 244 como ya se dijo, sin que sea argumento para esta Sala de Decisión la desidia que se alega por este extremo procesal, máxime cuando en interrogatorio de parte encontramos que el actor es Ingeniero Civil, se insiste, Director de Planeación de una constructora; y que sus traslados obedecieron a políticas de las empresas donde laboraba (que valga decir no fueron convocadas a juicio), y no a la falta de información que pudiere endilgársele al fondo, más aún si se tiene en cuenta que acepta que conocía que el ISS

se iba a acabar y que no leyó el formulario de afiliación por el afán de continuar con los servicios que prestaba como Ingeniero de Obras. Suscribió además, formularios quedan cuenta de que efectivamente sí le fueron explicados los aspectos del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

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 decidió su traslado el 25 de febrero de 1999.

Por su parte, y de una forma más amplia el H. Magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán, luego de hacer un estudio de las características propias del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y Régimen de Prima Media con Prestación Definida, así como de las razones o móviles de su creación, expone que sólo los afiliados que perdieron el régimen de transición son aquellos que pueden sufrir un daño en su expectativa pensional, lo que se puede deducir del Decreto 1642 de 1995, que permitió el retorno de afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida hasta el 01 de julio de

1996, con el ánimo de conservar su expectativa; criterio que sea dicho de paso, resulta consecuente con el literal e) del artículo 2° de la Ley 797 de 2003 que concedió un año de gracia para trasladarse entre regímenes sin importar los términos de permanencia, así con la referida sentencia C-789 de 2002 y la expedición del Decreto 3800 de 2003, norma que consintió el retorno de beneficiarios del régimen de transición que tenían al 01 de abril de 1994, 15 años de servicios, lo que también fue objeto de desarrolló por la H. Corte Constitucional, a través de las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013, salvaguardando únicamente intereses de los beneficiarios del régimen de transición.

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

De igual manera, advierte que se debe determinar la causa que genera la ineficacia del traslado para establecer sus efectos, ya sea inexistencia del acto, nulidad absoluta debidamente declarada por el juez, nulidad relativa que no se saneó, 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 conllevan 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, 21 años atrás, la mesada que le correspondería al accionante por concepto de pensión de vejez.

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

Del mismo modo, rememora el H. Magistrado que las razones que llevaron a condicionar la escogencia del régimen y establecer una limitación de trasladarse entre regímenes dentro de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad son de orden financiero, que las consecuencias del traslado ya han sido abordadas en sentencias de constitucionalidad, y que se debe evaluar principios constitucionales como la seguridad

jurídica y la sostenibilidad financiera; este último que conforme a los lineamientos de la sentencia SU-140 de 2019, impone el deber de inaplicar las decisiones que le sean contrarias por ser adversas a los principios de universalidad y de solidaridad que desarrolla la Ley 100 de 1993.

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

Tampoco se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en el demandante para su afiliación, por parte de la AFP, en consonancia con el art. 1515 del CC, pues de las afirmaciones efectuadas en los hechos de la demanda, y al absolver interrogatorio de parte, encontramos que en el actor es Ingeniero Civil donde fungía como Director de Planeación, y que sus traslados obedecieron a políticas de las empresas donde laboraba, y no a la falta de información que pudiere endilgársele al fondo, más aún si se tiene en cuenta que acepta que conocía que el ISS se iba a acabar y que no leyó el formulario de afiliación por el afán de continuar con los servicios que prestaba como Ingeniero de Obras.

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 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 el fondo privado hubiese atentado contra el derecho del trabajador a seleccionar el régimen pensional, así como tampoco su empleador, pues en tal aspecto resultaría insuficiente el acervo probatorio recolectado al contarse únicamente con su interrogatorio de parte.

Así las cosas, el supuesto vicio del consentimiento por omisión de información sólo surge cuando se le impide su traslado y parte de una información que desconoce 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 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 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.

Nótese lo particular de este caso, en el interrogatorio de parte cuando se le pregunta por su estado civil al año 2019 expone que es casado, pero cuando suscribió el formulario obrante a folio 244, indica que su beneficiaria era su señora madre quien nació en el año 1922. Con ello, se demuestra que en es tipo de asuntos, no siempre esa es una información que permita proyectar la pensión de forma real en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, toda vez que la situación narrada en el año 1999 difiere ampliamente a aquella que se presenta en la actualidad.

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 practicámente habiendo cumplido la edad para pensionarse – puesto que a la fecha de presentación de la demanda (fl. 72) contaba con 57-, 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 23 años en edad y un aproximado de más de 840 semanas para causar tal derecho justifica un vicio del consentimiento que resultaría ser inexistente al momento del traslado, o alega que no se acató el correspondiente deber de información frente a presupuestos que resultarían impredecibles en dicho momento.

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

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

Por otra parte, debe expresarse por esta Magistrada, que dada la nueva integración de la Sala Segunda de Decisión Laboral, se acogen ampliamente esos argumentos expuestos por el Dr. Lorenzo Torres Russy y propuestos en el Código Único de Radicación: 11001310500720170025 9-01, fecha de sentencia 8 de julio de 2020, que a la letra se expresan así y se acompasan plenamente al criterio que viene siendo sostenido por ésta funcionaria y la llevan a las mismas conclusiones presentadas por el prementado funcionario.

En síntesis, se plantean en esa decisión, las siguientes conclusiones y a la letra:

"*CONCLUSIONES I:*

...la afiliación al sistema general de pensiones es un acto jurídico unilateral y de adhesión a las condiciones previstas en la ley para el RPM y para el RAIS; que la afiliación no tiene naturaleza contractual; que la elección debe ser libre y voluntaria; que las contingencias y obligaciones originadas en el acto de afiliación están contenidas en la ley y pueden ser modificadas por el legislador cuando las circunstancias lo ameriten; que la elección de un régimen pensional tiene por objeto escoger una forma de financiar la pensión y no un monto pensional; que la determinación de condiciones pensionales y expectativa de un monto pensional al momento de la afiliación no es posible; que no hay posibilidad de señalar como mejores unas que otras al momento de la afiliación; que los afiliados a la seguridad social no ostentan un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras, esto es, las pensiones respecto de las cuales no se ha producido el hecho que las causa; que las condiciones de afiliación a un de régimen son un asunto de orden legal y no constitucional.

...

CONCLUSIONES II.

Bajo las anteriores premisas es posible concluir: Que la competencia para imponer las sanciones previstas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 está asignada a las instancias administrativas allí señaladas; que la sanción prevista es la multa y dejar sin efecto la afiliación

para que el interesado realice ***una nueva;*** *que las sanciones aquí previstas solo la pudo establecer el legislador en ejercicio de sus competencias; que en aplicación del debido proceso la sanción debe existir de manera previa al hecho que la origina; que en virtud del principio de legalidad no pueden aplicarse sanciones recurriendo a la analogía, ni remitirse a normas sancionatorias que regulen otros casos; que no pueden aplicarse las normas fraccionadamente y construirse una tercera que favorezca el derecho del accionante, que hay norma expresa sobre la responsabilidad que compete a las AFP por los perjuicios cometidos por la acción u omisión de sus agentes, y, que las sanciones deben ser aplicadas en la forma prevista en la Ley.*

...

CONSLUSIONES III.

De lo expuesto resulta fundado concluir que:

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

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

...

CONCLUSIONES IV.

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

Ante ello, se abren paso a las razones expuestas en la apelación y a los alegatos del extremo pasivo, a los que se da repuesta con esta providencia y por contera, se dispone, REVOCAR la sentencia la providencia apelada y consultada, y en su lugar DECLARAR

DE OFICIO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE EFICACIA DEL ACTO DE AFILIACIÓN DEL DEMANDANTE y, en consecuencia, ABSOLVER a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

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

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

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

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

Los Magistrados,

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
(Salvamento de Voto)

LORENZO TORRES RUSSY
ACLARO VOTO

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de un salario y medio mínimo legal mensual vigente a cargo de la parte actora y el cual será distribuido por partes iguales entre las demandadas.

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

TSB-SALA LABORAL

52366 17JUL'20 PM12:21

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda Laboral

ACLARACION DE VOTO

Proceso 2018-00252-01

RODRIGO MATALLANA GUTIERREZ VS COLPENSIONES Y OTRA.

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

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

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

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

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

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

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

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

LORENZO TORRES RUSSY

MAGISTRADO

62366 17JUL'20 PM12:21

TSB-SALA LABORAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

SALVAMENTO DE VOTO

MARCELIANO CHAVEZ AVILA

Magistrado

Sala Segunda de Decisión Laboral

Ref.: Expediente Rad-00920180025201 Proceso: Ordinario Laboral
DTE: RODRIGO MATALLANA GUTIERREZ /DDO: COLPENSIONES Y OTRO
MP: RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA /Fallo de JULIO 17 de 2020.

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

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

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

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

o afiliación no prescribe, siendo susceptibles de prescripción las mesadas; - y que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia.

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

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

Fecha ut supra,

MARCELIANO CHAVEZ AVILA

Magistrado

TSB-SALA LABORAL
52365 17JUL'20 PM12:21

329

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

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

Discutido y Aprobado según Acta No. 002

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 CAL & NAF ABOGADOS S.A.S.

TERCERO: RECONOCER personería adjetiva al abogado CARLOS ALBERTO BERMÚDEZ GARCÍA con Tarjeta Profesional 238.188 como procurador sustituto de Colpensiones.

I. ASUNTO A TRATAR

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la apoderada de la **DEMANDADA COLPENSIONES**, en contra de la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2019 por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, así como el grado jurisdiccional de **CONSULTA** a favor de Colpensiones, dentro del proceso ordinario laboral que **HÉCTOR ARANGO VILLEGAS** promoviese contra las precitadas demandadas.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la resolución del contrato de administración de aportes pensionales celebrado entre el demandante y Porvenir S.A.; en consecuencia, se ordene el retorno a Colpensiones, así como a Porvenir trasladar la totalidad de los aportes y demás sumas entregadas por el

accionante a Colpensiones y pagar cualquier diferencia económica que surja para asegurar la financiación de la pensión.

Estriba entonces el diligenciamiento y de forma principal, en el presunto engaño que sufrió la actora, el que fue determinante para que decidiera modificar su régimen pensional.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

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

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

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.

Refiere que el error de hecho sólo vicia el consentimiento cuando se yerra en cuanto a la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa específica, errores que no aparecen como cometidos en el contrato celebrado entre el demandante y la AFP, pues él 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 legitima que la lleve a ser cobijada bajo las mismas premisas de las dichas sentencias.

331

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 no contaba con la edad ni con el tiempo de servicios, esto es 15 años o más, para ser beneficiario del régimen de transición, con lo que su traslado resulta improcedente como lo dispuso la sentencia C-062 de 2010.

Menciona que para la fecha del traslado del actor la condición previa de brindar asesoría no estaba establecida dentro del ordenamiento jurídico vigente, por lo que procedería únicamente para traslados entre regímenes que se efectuaran a partir del año 2014. Expone que esa entidad ni tuvo injerencia alguna en el traslado efectuado por el actor, por lo que en caso de una eventual condena no es la llamada a responder.

Así mismo dijo que, el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS, al firmar el formulario de afiliación de manera consciente, libre y voluntaria, además, el actor se encuentra inmerso en la prohibición dispuesta en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 al estar a menos de 10 años de cumplir la edad para pensionarse en el RPM.

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

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

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

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

3. Providencia recurrida

La *A quo* dictó sentencia, en la cual declaró la nulidad del traslado realizado en el año 1997 al RAIS por el demandante, así como los posteriores, condenó a Porvenir a reintegrar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que hubieren causado, y a Colpensiones a recibir todos los valores que reintegre Porvenir.

En síntesis, indicó que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 otorga a los afiliados la opción de escoger el régimen pensional, siempre y cuando dicha decisión se base en la libre elección y que la misma será manifestada por escrito. Por lo anterior las AFPs deben garantizar que existió una decisión informada y que esta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado, lo cual debe ser objetivamente verificable en el entendido de que potencial afiliado debe conocer los riesgos, beneficios y desventajas del traslado pues de lo contrario no puede entenderse el cambio de régimen.

Refiere que la demandada Protección S.A. no presenta pruebas documentales conducentes que lleven a verificar la información suministrada al demandante al momento de su traslado en el año 1997, además, se echa de menos la documental que da cuenta del contenido de la información que se le brindó al demandante respecto de las condiciones precisas por medio de las cuales entraría a ser parte del RAIS pues solamente obra el interrogatorio de parte rendido por el actor en el que indicó que su decisión de traslado se suscitó con ocasión de unas asesorías suministradas en una asamblea general de empleados, en donde les fue presentado el RAIS, y se les dio una información general sobre el sistema pensional, sin tener en cuenta su situación particular, información esta que solo contempla datos personales y laborales que no representan el carácter serio y diáfano que debe comportar la decisión de traslado de régimen pensional, observándose así una falta directa al deber de información que las AFPs están llamadas a atender.

Además, mencionó que de la manifestación vertida por el demandante en su interrogatorio de parte al ser consultado si suscribió de manera voluntaria el formulario de afiliación, lo cual aceptó, pese a lo cual, de dicha manifestación no puede deducirse esa manifestación libre, espontánea y sin presiones del afiliado, pues queda en evidencia la falta u omisión al deber de proveer la información suficiente para tomar una decisión informada respecto al traslado de régimen pensional.

Agrega que, se remite a lo indicado por la Corte Suprema de Justicia cuando menciona que a las AFPs les asiste el deber de brindar información suficiente sobre el traslado de régimen pensional, información que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, teniendo en cuenta que el deber de información siempre ha existido, con lo que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen la incidencia que aquella puede tener frente a sus derechos pensionales y que la misma no puede estimarse satisfecha con la simple expresión genérica de aceptación.

Así, del acervo documental allegado se infiere la absoluta falta de información al afiliado acerca de las consecuencias de abandonar el RPM y las condiciones que afrontaría a futuro frente al cambio de régimen, además, la demandada no presentó prueba de haber cumplido con la obligación de entregar al afiliado el reglamento de funcionamiento de la entidad y el plan de pensión, con lo cual se advierte que la AFP omitió el compromiso debido, por cuanto es en la entrega de su modelo pensional donde el afiliado puede verificar plenamente que aquella ilustración ofrecida de forma preliminar se torna suficiente.

Refiere que en el presente caso, existe error de hecho cuando la parte demandada enseñó de manera distorsionada las calidades del producto que ofrecía, para el caso, un plan de pensión difuso, sin comparación concreta con aquel que hubiese podido adquirir bajo el RPM, así como cuando omite los datos que marcan la condición prestacional presente y futura, toda vez que resulta asimismo alterada la realidad del derecho al que se aspira, además, que la información fue imprecisa por cuanto no realizó ningún tipo de estudio pertinente ni proyección de la expectativa pensional.

Finalmente, aduce que el presente caso no se rige por el término previsto por la nulidad del acto jurídico propiamente dicho como quiera que el derecho afectado es de orden fundamental lo que lo hace irrenunciable y por ende imprescriptible.

4. Argumentos del recurrente

Colpensiones.

Alude que, si bien es cierto por parte de Protección S.A. no se allegó prueba documental que permitiera establecer de manera escrita la información dada al demandante, debe tenerse en cuenta que mediante su interrogatorio de parte, se pudo establecer que el actor tenía conocimiento de las características propias del RAIS, tan es así que afirmó que en la reunión a la que indica haber asistido le informaron sobre la pensión anticipada, que tendría unos rendimientos, que sus irían a una cuenta de ahorro individual, lo que permite establecer que Protección S.A. en su momento le brindó la información necesaria con el fin de que su traslado no se torne nulo.

De no tener en cuenta el anterior argumento, menciona que debe tenerse en cuenta que el error de hecho no vicia el consentimiento, en la medida que las características propias del RAIS se encuentran consagradas en la Ley 100/93, sin que se hubiese estudiado por la juzgadora de primer grado dicho tópico presentado como excepción, lo cual sería un error de derecho, el cual, no vicia el consentimiento.

Así mismo, solicita que en caso de mantener la decisión se ordene a Porvenir devolver los gastos de administración, con el fin de financiar en un futuro la mesada pensional del actor.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de 28 de octubre de 2019, se admite el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar mediante auto de fecha 8 de junio de 2020. Tanto la parte demandante como las demandadas Colpensiones y, 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 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

335

Dentro del presente diligenciamiento, claro es que el 21 de enero de 1997, el demandante suscribió formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Protección S.A. (fl. 122, 223 y 228) 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, 21 de enero de 1997 (fl. 122, 223 y 228), 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 17, 49, 97 fueron allegados copias de formularios de afiliación en donde se plasmó que el demandante nació el 07 de noviembre de 1997, lo cual se acompasa con la información que da cuenta el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones y que obra a folio 167, 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 36 años, 4 meses y 23 días, así como reportaba un aproximado de 634 semanas cotizadas (fl. 123 vto y 167)

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 634 semanas de cotización, equivalente a 12.3 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 Arango Villegas.

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 21 de enero de 1997 (fl. 122, 223 y 228), 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 Protección S.A., no realizó proyección pensional, ni brindó información suficiente, amplia ni oportuna que le permitiera conocer al accionante las consecuencias, implicaciones y desventajas que le traía el traslado de régimen.

Sobre el tópico, no desconoce esta Sala mayoritaria, la fecunda jurisprudencia de nuestro máximo órgano de cierre, quien ha sostenido lo anteriormente reseñado. V.gr. en la Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011, en la cual se ratificó lo señalado en las sentencias con Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y 31.314, donde se reitera la necesidad de que se brinde información suficiente y veraz sobre las consecuencias de un traslado.

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

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

Puestas de este modo las cosas, en primer término debemos recordar que el artículo 112 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 5 del Decreto 692 de 1994, establecen en cabeza del afiliado la posibilidad de elección, y es tan así que expresamente señala *"Las personas que cumplan los requisitos para seleccionar el régimen de ahorro individual con solidaridad no podrán ser rechazadas por las administradoras del mismo"*. Lo que se acompasa con el inc. 1° del art. 114 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 11 del Decreto 692 de 1992. El primero, impone como exigencia a los trabajadores y

337

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 estudia esta Sala no se encontraba vigente al momento de efectuarse el traslado. Recordemos, ella sólo inició su vigencia el 01 de julio de 2010, según lo dispuso el artículo 101 del mismo texto legal.

Teniendo claro lo anterior, se tiene que en el caso objeto de estudio, esas obligaciones generales y especiales que aparecen narradas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y a cargo de los Fondos de Pensiones, relativas al deber de información para con sus afiliados, se suple con aquellas previsiones que por demás aparecen aceptadas por el propio demandante al momento de suscribir el formulario que da cuenta los folios 122, 223 y 228, del plenario, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad *"libre, espontánea y sin presiones"*. Lo que por demás, se acompasa con la narración que hacen las normas anteriormente relacionadas.

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

Y es de cara a lo narrado, que surgen una serie de interrogantes tales como: (i) En el presente asunto al momento del traslado ¿Qué tipo de efecto nocivo puede causarse al accionante quien contaba con 39 años, había cotizado 765 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 asistido a una reunión en la que le presentaron un formulario preimpreso con los datos básicos, el cual fue por él firmado, y que en esta le pusieron de presente que los aportes irían a una cuenta de ahorro individual, que tendría una mejor mesada pensional, también le mencionaron sobre la rentabilidad que iba a tener ese ahorro y que los aportes eran heredables al momento del fallecimiento?

Y siendo lo anterior así adquiere una mayor connotación lo plasmado en el formulario de afiliación suscrito por el demandante y que obra a folios 122, 223 y 228, sin que sea argumento para esta Sala de Decisión la desidia que alega el accionante, máxime cuando, se itera, en su interrogatorio de parte manifestó haber firmado el formulario preimpreso de afiliación que le presentaron y que en la reunión a la que asistió le informaron acerca de algunos aspectos puntuales del Régimen de

Ahorro Individual con Solidaridad, como en antecedencia se dijo. Ergo, si fue asesorado al confesar ello en la prementada diligencia. Explicó entonces que sí fue asesorado en su momento del sistema de cara a la situación del seguro social así como que a sus voces: "*La reflexión que nos hacían era que, si uno cotizaba lo mismo y fuera hacer rendimientos iba a tener la posibilidad de tener unas mejores mesadas que tenerla en el fondo público, entonces basados en esa información general pues tome la decisión de cambiarme.*"

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 decidió su traslado el 21 de enero 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 conllevan a consecuencias jurídicas distintas, tales como: la suscripción de un formulario de afiliación de forma libre, voluntaria y espontánea, que conforme a lo expuesto, a lo largo de esta providencia, obligaba al fondo privado a su recepción; es la ley la que establece cuales son las características del RAIS; y se desconocía para el momento del traslado, 20 años atrás, la mesada que le correspondería a la accionante por concepto de pensión de vejez.

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

Del mismo modo, rememora el H. Magistrado que las razones que llevaron a condicionar la escogencia del régimen y establecer una limitación de trasladarse entre regímenes dentro de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad son de orden financiero, que las consecuencias del traslado ya han sido abordadas en sentencias de constitucionalidad, y que se debe evaluar principios constitucionales como la seguridad

jurídica y la sostenibilidad financiera; este último que conforme a los lineamientos de la sentencia SU-140 de 2019, impone el deber de inaplicar las decisiones que le sean contrarias por ser adversas a los principios de universalidad y de solidaridad que desarrolla la Ley 100 de 1993.

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

Tampoco se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en el demandante para su afiliación, por parte de la AFP, en consonancia con el art. 1515 del CC, pues de las afirmaciones efectuadas al absolver el interrogatorio de parte, es factible inferir que conocía algunas de las posibilidades que ofrece el RAIS, al admitir que los asesores de la AFP Protección, le indicaron que obtendría una mejor rentabilidad en sus ahorros, una pensión en mayor cuantía, y que sus aportes era heredables.

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 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 el 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.

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. 84) contaba con 59 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 habérsele proyectado una prestación económica cuando le faltaban aproximadamente 23 años en edad y un aproximado de más de 500 semanas para causar tal derecho justifica un vicio del consentimiento, el que resultaría ser inexistente para tal momento.

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

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

Por otra parte, debe expresarse por esta Magistrada, que dada la nueva integración de la Sala Segunda de Decisión Laboral, se acogen ampliamente esos argumentos expuestos por el Dr. Lorenzo Torres Russy y propuestos en el Código Único de Radicación: 11001310500720170025 9-01, fecha de sentencia 8 de julio de 2020, que a la letra se expresan así y se acompasan plenamente al criterio que viene siendo sostenido

por ésta funcionaria y la llevan a las mismas conclusiones presentadas por el prementado funcionario.

En síntesis, se plantean en esa decisión, las siguientes conclusiones y a la letra:

"*CONCLUSIONES I:*

...la afiliación al sistema general de pensiones es un acto jurídico unilateral y de adhesión a las condiciones previstas en la ley para el RPM y para el RAIS; que la afiliación no tiene naturaleza contractual; que la elección debe ser libre y voluntaria; que las contingencias y obligaciones originadas en el acto de afiliación están contenidas en la ley y pueden ser modificadas por el legislador cuando las circunstancias lo ameriten; que la elección de un régimen pensional tiene por objeto escoger una forma de financiar la pensión y no un monto pensional; que la determinación de condiciones pensionales y expectativa de un monto pensional al momento de la afiliación no es posible; que no hay posibilidad de señalar como mejores unas que otras al momento de la afiliación; que los afiliados a la seguridad social no ostentan un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras, esto es, las pensiones respecto de las cuales no se ha producido el hecho que las causa; que las condiciones de afiliación a un de régimen son un asunto de orden legal y no constitucional.

...

CONCLUSIONES II.

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

...

CONSLUSIONES III.

De lo expuesto resulta fundado concluir que:

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

Los principios constitucionales plasmados en el artículo 29 de nuestra Carta Política y los legales consagrados en el estatuto de seguridad social, refrendados en un millar de sentencias de nuestra Sala de Casación Laboral, sustentan la conclusión anterior, porque han pregonado el principio de inescindibilidad en la aplicación de las normas; la imposibilidad de tomar de una y otra norma lo que convenga a la pretensión del accionante, para dar paso a

una tercera construida por el juez con tal propósito; todo lo cual debe cumplirse con mayor rigor cuando se trata de normas de carácter sancionatorio.

...

CONCLUSIONES IV.

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

En ese orden de ideas, siguiendo las anteriores conclusiones de cara lo adicionalmente analizado en líneas superiores, se tiene que se abre paso REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar, declarar probada la excepción de EFICACIA DE LA AFILIACIÓN 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,**

R E S U E L V E

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia apelada y consultada. En su lugar, se declara probada la excepción de EFICACIA DE LA AFILIACIÓN 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.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-034-2016-00628 -01
Demandante: HÉCTOR ARANGO VILLEGAS
Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

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

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-SALA LABORAL

52371 17JUL'20 PM12:32

348

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda Laboral

ACLARACION DE VOTO

Proceso 2016-0628-01

HECTOR ARANGO VILLEGAS VS COLPENSIONES Y OTRA.

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

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

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

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

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

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

En lo que a la AFP demandada corresponde, aunque no debió imponerse condena, en la medida en que no se probaron los perjuicios causados, cuyo resarcimiento les correspondería a la luz del artículo 10 del Decreto 720 de 1994, no se debia revocar la sentnecia por cuanto procesalmente es un sujeto pasivo no apelante.

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

LORENZO TORRES RUSSY

MAGISTRADO

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

SALVAMENTO DE VOTO

MARCELIANO CHAVEZ AVILA

Magistrado

Sala Segunda de Decisión Laboral

Ref.: Expediente Rad-3420160062801 Proceso: Ordinario Laboral
DTE: HECTOR ARANGO VILLEGAS .DDO: COLPENSIONES Y OTROS
MP: RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA /Fallo de JULIO 17 de 2020.

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

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

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

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

TSB-SALA LABORAL

52378 17JUL'20 PM12:32

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción), expone, en síntesis, que la demandante se encuentra válidamente afiliada a Colfondos S.A como quiera que no se ha probado error, fuerza, o dolo en su afiliación, por el contrario, se observa un acto de voluntad de la actora de trasladarse.

Indica que que nadie puede alegar su propia culpa para beneficiarse. La accionante fue negligente durante 16 años para preguntar o averiguar si lo manifestado por el asesor del fondo privado era o no cierto.

Expresa, que el desconocimiento de la ley no es excusa y que la afiliación RAIS data de 1994, subsanándose cualquier error con el paso del tiempo.

Finalmente, aduce que el Decreto 3800 de 2003 permitió a las personas que les faltare menos de 10 años para cumplir la edad trasladarse entre regímenes.

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

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

Discutido y Aprobado según Acta No. 002

AUTO DE SUSTANCIACIÓN

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

SEGUNDO: **RECONOCER** personería adjetiva a la Dra. MARÍA ELENA FIERRO GARCÍA, identificada con Tarjeta Profesional No. 291.785 como procuradora sustituta de Colpensiones.

I. ASUNTO

Se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá el 22 de octubre de 2019 dentro del proceso ordinario laboral que LUCINDA MARTÍNEZ ARIAS 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 la afiliación al RAIS por haber sido la actora víctima de engaño por parte de Colfondos S.A, al no realizarse la correspondiente asesoría, de acuerdo con la realidad de su situación pensional; y que debe permanecer afiliada al régimen de prima media.

[redacted]

El *A quo* dictó sentencia condenatoria:

PRIMERO. - **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado del régimen pensional que efectuó la demandante y que realizó desde el RPMPD hacia al RAIS, el 08 de septiembre de 2004, con destino a COLFONDOS S.A. Por lo tanto, se condena a COLFONDOS S.A a que traslade la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante hacia COLPENSIONES, lo que incluye el traslado de la totalidad de los recursos que haya recibido con motivo de la afiliación que se declara ineficaz, lo cual incluye los rendimientos correspondientes y sin que sea dable el descuento por concepto de los gastos de administración.

SEGUNDO. – **CONDENAR** a COLPENSIONES a recepcionar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, según se ordenó en el numeral primero que antecede y a reflejar los mismo en la historia laboral de cotizaciones de la demandante, para lo cual se declara que la única afiliación válida al régimen pensional de la demandante es la de que corresponde al RPMPD y respecto de la cual se afilió al ISS desde el 08 de abril de 1983.

TERCERO. – **DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas

En síntesis, refirió que según criterio de la Corte Suprema de Justicia le corresponde al fondo privado acreditar que suministró información a los afiliados, siendo insuficiente el formulario de suscripción porque a lo sumo establece un consentimiento, pero no que el afiliado estuviere suficientemente informado; que no opera prescripción por estar frente a acciones pensionales; y que ser beneficiario del régimen de transición, este no es requisito para determinar si hay o no lugar a declarar la ineficacia de su traslado

Frente al caso particular, aduce, que la actora se vinculó a Colfondos en septiembre de 2004, a través de formulario de afiliación que cumple los requisitos del Decreto 692 de 1994, y por ende el consentimiento allí plasmado no se considera viciado, sin embargo, considera que no observa que el fondo privado hubiere cumplido su deber de información, esto es, que se le diera a conocer a la actora las características del RAIS, así como sus ventajas y desventajas.

Indica que, del interrogatorio de parte no se puede establecer confesión acerca del cumplimiento del deber de información que le correspondía al fondo privado.

Refiere que, para el momento del traslado la demandante ya tenía cumplido el requisito de semanas, pues acumulaba más de las 1000 de semanas que exigía la Ley 100 de 1993 original, de modo que se podría considerar que tenía una expectativa legítima.

4. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por 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 08 de septiembre de 2004 la demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de Colfondos (fl. 180) 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, 08 de septiembre de 2004 (fl. 180), prescribía que los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada

5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", este último aparte citado textualmente, fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1024 de 2004, "exclusivamente por el cargo analizado en esta oportunidad y bajo el entendido que las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden regresar a éste -en cualquier tiempo-, conforme a los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

De cara a lo anterior, a folio 35 fue allegada copia del documento de identidad de la actora en donde se aprecia que nació 18 de noviembre de 1959, 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 34 años, 4 meses y 14 días, así como reportaba según historia laboral un aproximado de 573,14 semanas cotizadas al ISS (fls. 76 a 80).

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 573,14 semanas de cotización, equivalente a 10,98 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 Martínez Arias.

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 el 08 de septiembre de 2004 (fl. 180), 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.

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

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

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

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

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por

escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

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

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

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

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

Por su parte, el 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, no se suple con aquellas previsiones que da cuenta el folio 180 del plenario, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de la voluntad *"libre, espontánea y sin presiones"*.

Siendo así las cosas, en el presente asunto al momento del traslado, la accionante contaba con 44 años y al haber cotizado un poco más de 1111,43 semanas, contaba prácticamente con un derecho consolidado al restarle dada la reforma del año 2003 en pensiones, a lo sumo 2 años, 2 meses y 11 días; es decir, sólo debía atenerse a cumplir la edad. Siendo del caso acotar, que, de su interrogatorio de parte, no se extrae confesión sobre el asesoramiento.

Ahora bien, aún cuando se informa en el interrogatorio de parte que es contadora y con posgrado en gestión financiera, al ser indivisible la confesión, no puede perderse de vista que su cargo al momento del traslado, conforme fue confesado, era el de Técnica en un área de cartera.

Por ello, si bien firmó el formulario de afiliación y ha tenido un tiempo de permanencia en el fondo privado de 13 años (a la presentación de la demanda), encontramos que la accionante al momento de efectuar su traslado contaba con una expectativa legítima de pensionarse bajo el régimen anterior al traslado.

En ese sentido, se considera razonable la carga impuesta en las sentencias antes enunciadas, al fondo privado, esto es, de ser la encargada de acreditar que suministró la correspondiente información al afiliado acerca de las implicaciones y desventajas que traía consigo el traslado de régimen, debido a que al estar la accionante en el escenario narrado, no bastaba con dar a conocer las características del régimen pensional sino que era menester poner de presente todas las consecuencias de tal afiliación de manera seria, y veraz, se itera, por cuanto ya se estaba frente a una expectativa legítima de pensión.

La anterior situación cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que Colpensiones rechazó el traslado, señalando que se efectuaba en razón de lo establecido en el artículo 1° del Decreto 3800 de 2003 y el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, normas que establecen que después de un (1) año de la vigencia de la última normatividad, 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 (fl.32). De modo que adicionalmente, tenemos que existió una advertencia del administrador de régimen de prima media, a la que hizo caso omiso el fondo privado.

Así las cosas, y en la medida que no se avizora que la pasiva hubiere acreditado que se suministró la información a la accionante en los términos expuestos, dado que del interrogatorio de parte no se logra establecer confesión al respecto, y por el

377

contrario informa que la información fue vaga y precaria, se considera acertada la decisión de declarar la ineficacia del traslado.

Conceptos por devolver a cargo de COLPENSIONES

El *A quo* impuso el deber de devolver los aportes y rendimientos a Colpensiones, y se condena a esta entidad a recibirlos como si no hubiere existido traslado, lo cual, debido a la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación se considera acertado.

Del mismo modo, se considera acertado no imponer condena por gastos de administración, en la medida que, la restitución que debe realizar el fondo privado debe versar de lo que se deriva de la cuenta de ahorro individual y del saldo de los aportes, y no de forma alguna, conceptos que tienen una destinación diferente a la de consolidar dicha cuenta; labor que por demás se reconoce al fondo privado por generar rendimientos frente a los aportes de la afiliada y carece de una fuente jurídica que obligue a restituir los mismos.

Corolario de lo dicho, se CONFIRMARÁ la sentencia consultada.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia consultada.

SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia.

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.

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

LORENZO TORRES RUSSY

SALVO VOTO.

TSB-SALA LABORAL

52368 17JUL'20 PM12:24

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda Laboral

SALVAMENTO DE VOTO

Proceso 2017-00524-01

LUCINDA MARTINEZ ARIAS VS COLPENSIONES Y OTRA.

Respetuosamente me aparto de la decisión mayoritaria de la sala, por las razones, que en sintesís, consigno a continuación:

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

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

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

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

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

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

LORENZO TORRES RUSSY

MAGISTRADO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05029201900009-01
Demandante: OSCAR ALBERTO DEL RÍO ROJAS
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 002

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 abogada MARÍA MARCELA PÉREZ MONTERO con Tarjeta Profesional 35.497 como procuradora sustituta de Colpensiones.

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto y estudiar en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de septiembre de 2019 dentro del proceso ordinario laboral que OSCAR ALBERTO DEL RÍO ROJAS promoviese contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y PORVENIR S.A.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la "nulidad" del traslado del actor del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y se disponga su retorno a

Colpensiones. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se ordene a Colfondos S.A trasladar al demandante junto con su saldo de la cuenta de ahorro individual de ahorro pensional y rendimientos.

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

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

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

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

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

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

Indicó que la información suministrada a los afiliados del 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.

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

AFP, pues él 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 legitima que la lleve a ser cobijada bajo las mismas premisas de las prementadas sentencias.

3. Providencia recurrida

La *A quo* dictó sentencia condenatoria:

PRIMERO: Declarar la ineficacia de la afiliación de Oscar Alberto Del Rio Rojas identificado con la cedula de ciudadanía 19.353.443 a Porvenir S.A. suscrita el 28 de septiembre de 2001, por los motivos expuestos, en consecuencia, declara que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por lo mismo, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

SEGUNDO: Ordenar a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones todos los valores recibidos por concepto de afiliación del demandante Oscar Alberto del Rio Rojas cotizaciones, rendimientos y cuotas de administración, sin lugar a descuento alguno para lo cual se le concede un término de 30 días hábiles contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia.

TERCERO: Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, a recibir de Fondo de pensiones y cesantías Porvenir S.A. todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del actor como cotizaciones, rendimientos y gastos de administración que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.

Para llegar a esa conclusión, se inicia por hacer un breve recuento de lo expuesto en demanda y contestaciones Después de ello, recapitula el problema jurídico a resolver el que planteó en determinar si había lugar a decretar "la nulidad" del traslado de régimen hiciese el señor demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Rememora que el fundamento de tal pretensión fue la falta de información necesaria para decidir su traslado.

Clara en lo anterior, expone por enunciar que Ley 100 de 1993 estableció 2 regímenes pensionales en Colombia, los cuales son distintos, obedecen a características

diferentes y traen consecuencias diferentes en cuanto al reconocimiento y pago de la pensión. Así mismo, trajo a colación que desde la misma promulgación de la ley 100 de 1993, pues se exigió a los fondos al momento de la afiliación que proporcionara la información debida a los afiliados para que tuvieran un consentimiento informado respecto del traslado de régimen.

Enunció de forma posterior los radicados 31989 de 2008, 33083 de 2011, 68852 de esta anualidad, 68838, entre otras, de prima media, donde se ha abordado el deber de información.

Expuso entonces que no era posible hablar de regímenes ventajosos o desventajosos sino era necesario analizar cada caso en concreto. Aborda lo relativa al deber de la carga de la prueba del asesoramiento, la que establece a cargo de las entidades financieras.

Analiza entonces el caso en estudio y expone que ante la ausencia de duda sobre la afiliación era un deber del Fondo privado convocado, el demostrar su deber de asesoramiento y como ello no aparecía acreditado, pues se abrían paso las pretensiones.

4. Argumentos del Recurrente.

PORVENIR S.A., indica que, el deber de información no fue negado ni evadido por esa entidad, pues dentro del mismo escrito de contestación se indicó que ese deber de información se encontraba en la primera fase, la cual resaltaba la información que debía suministrársele a los afiliados y que no evidenciaba la exigencia de un buen consejo, una doble asesoría, dejar constancia de manera escrita, realizar proyecciones o simulaciones pensionales, pues este tipo de criterios surgen con una posterioridad de desarrollo jurisprudencial y legal, por ello, Porvenir S.A. no faltó a ese deber de información.

Menciona además, que el traslado no puede materializarse como quiera y el demandante se encuentra a diez años o menos de cumplir la edad para obtener su pensión.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 20 de enero de 2019 se admite el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de las demandadas, quienes reiteraron lo precisado en sus contestaciones así como en el recurso presentado.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

Tesis

Revocar la decisión de primer grado.

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

INEFICACIA DEL TRASLADO

Dentro del presente diligenciamiento, claro es que el 29 de septiembre de 2001 el demandante suscribió formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Porvenir (fl. 71) a efectos de trasladarse de régimen pensional, pues anteriormente se encontraba cotizando al ISS.

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

régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden regresar a éste -en cualquier tiempo-, conforme a los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

De cara a lo anterior, a folio 54 fue allegada copia del documento de identidad del actor en donde se aprecia que nació el 15 de abril de 1957, 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 36 años, 11 meses y 16 días, así como reportaba un aproximado de 348.96 semanas cotizadas al ISS (fl. 54).

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 número de semanas igual a 348 semanas de cotización, equivalente a 6,78 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 Del Río Rojas.

No obstante estar el actor inmerso en tal escenario, pretende la declaratoria de ineficacia del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de Porvenir S.A. el 21 de septiembre de 2001 (fl. 71), a efecto de permanecer afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con fundamento en que al momento de realizar dicho traslado, la entidad Porvenir, no realizó proyección pensional, ni brindó información suficiente, amplia ni oportuna que le permitiera conocer al accionante las consecuencias, implicaciones y desventajas que le traía el traslado de régimen.

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

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

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

Puestas de este modo las cosas, en primer término, debemos recordar que el artículo 112 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 5 del Decreto 692 de 1994, establecen en cabeza del afiliado la posibilidad de elección, y es tan así que expresamente señala *"Las personas que cumplan los requisitos para seleccionar el régimen de ahorro individual con solidaridad no podrán ser rechazadas por las administradoras del mismo"*. Lo que se acompasa con el inc. 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 artículo 271 de la Ley 100 de 1993 dispone que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

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

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

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 44 años, había cotizado un poco más de 738,86 semanas en el ISS y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?, por demás, (ii) durante más de 18 años se benefició de aquellas prerrogativas que otorgaba el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pero es hoy cuando desde su punto de vista no le resulta beneficioso y (iii) en la documental obrante a folio 71 se consignó que era jefe de planeación de Bancafé, por lo que jamás podrá ser catalogado como un afiliado lego.

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 71sin que sea argumento para esta Sala de Decisión la desidia que se alega por este extremo procesal, máxime cuando en éste documento, el actor deja constancia de su nivel de educación y del cargo de Jefe de Planeación en una entidad financiera.

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.

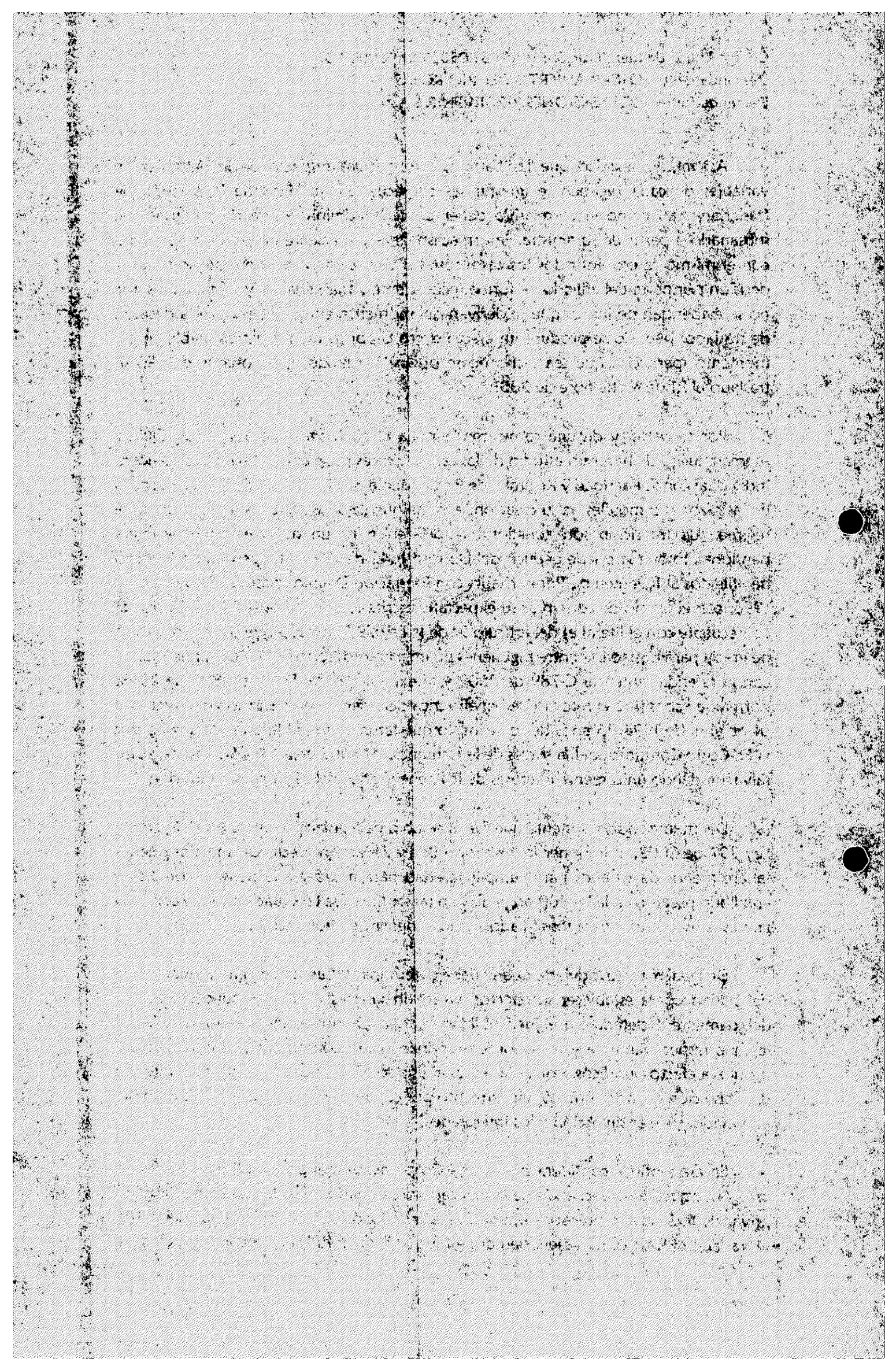
Así mismo, explicó que las barreras informativas respecto de la naturaleza y variables de cada régimen, e ignorar las consecuencias jurídicas de la decisión de trasladarse, así como el correlativo deber de cada administradora de pensiones de subsanarlo a partir de suministrar información clara y suficiente 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 decidió su traslado el 21 de septiembre 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 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 conllevan 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, 19 años atrás, la mesada que le correspondería al accionante por concepto de pensión de vejez.

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

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

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

Tampoco se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en el 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 el formulario de afiliación se extracta que era Contador Público, era jefe de departamento y pertenecía a la actividaddoc "financiera- Bancaria".

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 firma un formulario donde además de plasmar su consentimiento, se indica que es una persona no ajena al sistema financiero, 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 2001 hacia adelante, entre otras variables. Ante ello, imposible resulta ser el pregonar, que haya existido una omisión de la prementada proyección cuando los elementos para realizar ésta última no se conocían al momento en que se materializa la movilidad del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Se consulta entonces 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 habiendo cumplido la edad para pensionarse – puesto que a la fecha de presentación de la demanda (fl. 33) contaba con 61 años, es que pretende retornar a un régimen donde nunca contribuyó al pago de las pensiones "de cada vigencia" y sólo, so pretexto de no habérsele proyectado una pensión cuando le faltaban aproximadamente 20 años en edad y un aproximado de más de 550 semanas para causar tal derecho justifica un vicio del consentimiento que resultaría ser inexistente al momento del traslado, o alega que no se acató el correspondiente deber de información frente a presupuestos que resultarían impredecibles en dicho momento.

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

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

Por otra parte, debe expresarse por esta Magistrada, que dada la nueva integración de la Sala Segunda de Decisión Laboral, se acogen ampliamente esos argumentos expuestos por el Dr. Lorenzo Torres Russy y propuestos en el Código Único de Radicación: 11001310500720170025 9-01, fecha de sentencia 8 de julio de 2020, que a la letra se expresan así y se acompasan plenamente al criterio que viene siendo sostenido por ésta funcionaria y la llevan a las mismas conclusiones presentadas por el prementado funcionario.

En síntesis, se plantean en esa decisión, las siguientes conclusiones y a la letra:

"CONCLUSIONES I:

...la afiliación al sistema general de pensiones es un acto jurídico unilateral y de adhesión a las condiciones previstas en la ley para el RPM y para el RAIS; que la afiliación no tiene naturaleza contractual; que la elección debe ser libre y voluntaria; que las contingencias y obligaciones originadas en el acto de afiliación están contenidas en la ley y pueden ser modificadas por el legislador cuando las circunstancias lo ameriten; que la elección de un régimen pensional tiene por objeto escoger una forma de financiar la pensión y no un monto pensional; que la determinación de condiciones pensionales y expectativa de un monto pensional al momento de la afiliación no es posible; que no hay posibilidad de señalar como mejores unas que otras al momento de la afiliación; que los afiliados a la seguridad social no ostentan un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras, esto es, las pensiones respecto de las cuales no se ha producido el hecho que las causa; que las condiciones de afiliación a un de régimen son un asunto de orden legal y no constitucional.

...

CONCLUSIONES II.

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

...

CONSLUSIONES III.

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

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

...

CONCLUSIONES IV.

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

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

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

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

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

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

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

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

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

Los Magistrados

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
(Salvamento de Voto)

LORENZO TORRES RUSSY
SALVO 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-SALA LABORAL
52362 17JUL'20 PM12:17

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

SALVAMENTO DE VOTO

MARCELIANO CHAVEZ AVILA

Magistrado

Sala Segunda de Decisión Laboral

Ref.: Expediente Rad-02920190000901 Proceso: Ordinario Laboral
DTE: OSCAR ALBERTO DEL RIO ROJAS .DDO: COLPENSIONES Y OTRO
MP: RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA /Fallo de JULIO 17 de 2020.

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

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

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

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

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

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

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

Fecha ut supra,

MARCELIANO CHAVEZ AVILA
Magistrado

TSB-SALA LABORAL

52361 17JUL'20 PM12:17

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda Laboral

ACLARACION DE VOTO

Proceso 2019-00009-01

OSACAR ALBERTO DEL RIO ROJAS VS COLPENSIONES Y OTRA.

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

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

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

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

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

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

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

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

LORENZO TORRES RUSSY

MAGISTRADO

Código Único de Identificación: 11001310503920180000392 -01
Demandante: TITO GILBERTO GONZÁLEZ CÁRDENAS
Demandado: COLPENSIONES, Y A LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 002

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 CAL & NAF ABOGADOS S.A.S.

TERCERO: **RECONOCER** personería adjetiva al abogado LILIAN PATRICIA GARCÍA GARCÍA con Tarjeta Profesional 187.952 como procurador sustituto de Colpensiones.

I. ASUNTO

Se decide los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos y estudiar en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el 15 de octubre de 2019 dentro del proceso ordinario laboral que TITO GILBERTO GONZÁLEZ CÁRDENAS promoviese contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la ineficacia del traslado del actor del régimen de prima media con prestación definida al RAIS; que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A devuelva los saldos de todos y cada uno de los valores consignados en la cuenta de

ahorro individual, cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, y cualquier suma adicional; y que se efectué su retorno a Colpensiones, quien debe tramitar el recaudo de dineros que posee en el fondo privado y activar al actor como independiente.

Estriba entonces el documento introductor y de forma principal, en la presunta falta de información que no suministró el fondo privado al momento de efectuarse el traslado del actor.

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 actor es una persona con capacidad, lo que significa que puede realizar actos jurídicos, los cuales tienen plena validez; y que no se encuentran presentes vicios del consentimiento, y por el contrario la decisión del demandante fue libre, espontánea y sin presiones.

Indica que, al demandante la faltan menos de 10 años para cumplir la edad pensional, por lo que no es posible acceder a su traslado según prohibición legal.

Finalmente expresa que, el accionante no acumula 15 años de servicios al 01 de abril de 1994 para ser beneficiario del régimen de transición.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A se opuso a las pretensiones incoadas en la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción), adujo, en síntesis, que al momento de realizarse la afiliación al RAIS se informó al actor que la pensión pendía del capital reunido en la cuenta de ahorro individual, pudiéndose acceder a ella, a cualquier edad, siempre y cuando se tuviera una adecuada planeación pensional; que los aportes generan rendimientos; y que para pensionarse es necesario tener el 110% del salario mínimo, y en caso de no lograrse, es posible acceder a una pensión de garantía mínima.

Refiere que, solo hasta la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015 nació el deber de poner a disposición de los afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado.

Indica, que las reglas dela experiencia y de la sana crítica enseñan que cuando entre particulares se suscriben diferentes negocios jurídicos, en virtud de la autonomía de la voluntad privada, no resulta razonable que se preste el consentimiento sin que genere compromisos.

Expone que, sus asesores comerciales reciben capacitaciones periódicas con la finalidad de brindar información completa e idónea para que el potencial afiliado realice el proceso de traslado de manera informada y consciente, lo que evidencia con la rúbrica del formulario de afiliación.

Manifiesta que, la información suministrada al demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia.

Explica que, el artículo 835 del C.Co determina que quien tiene la carga de la prueba es de quien alega la culpa o mala fe, de modo que, en cabeza de la parte actora recae tal situación.

Finalmente expresa que, el accionante no es beneficiario del régimen de transición, no tiene un derecho adquirido, ni una expectativa legítima, para considerar que sean aplicables las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia.

3. Providencia recurrida

La *A quo* dictó sentencia condenatoria:

PRIMERO. - **DECLARAR** que el traslado que hizo el actor del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad a partir del 01 de octubre de 1999 a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, es ineficaz y por ende, no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto se debe entender que el actor jamás se separó del régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO. - **CONDENAR** a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A a que transfiera al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración, sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes, con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

TERCERO. – **ORDENAR** a Colpensiones a que reciba de parte de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A los recursos de que trata el numeral anterior y reactive la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad.

CUARTO.- **DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandas.

En síntesis, refirió que conforme a la Corte Suprema de Justicia existía a cargo de los fondos privados el deber de información, la que debe ser suministrada, de manera transparente, objetiva, y comparada, dado que el Estatuto Orgánico Financiero establecía tal obligación desde la creación de los fondos privados.

Expone que el afiliado lego versa sobre los conocimientos y experticia que se tienen respecto de una materia, de modo que en tal sentido, lo importante es el conocimiento que tiene el afiliado para poder acceder a la prestación pensional, lo que pone de presente que su capacidad es libre y voluntaria.

Señala que por lo anterior, y en la medida que se está frente a una negación indefinida, la carga de la prueba recae en los fondos privados. Además, no se exige que el afiliado debe estar frente a una persona como beneficiario del régimen de transición o con una expectativa legítima.

Frente al caso particular, menciona que no obra prueba de la que se pueda establecer que al demandante se le brindó información acerca del funcionamiento del RAIS, pues del interrogatorio de parte se extrae que el empleador suministró el formulario, el cual debió ser suscrito por el trabajador; y que al momento de la afiliación presentaba una densidad importante de semanas, 741,14.

Finiquita expresando que, el formulario de afiliación no señala el derecho de retracto, y que conforme a la Corte Suprema de Justicia que en caso que la afiliación haya sido obstruida por el empleador no deja sin piso la ineficacia del traslado y que genera unas sanciones, que no es prescriptible por ser un derecho conexo a la pensión, y que no se convalida o ratifica la conducta del afiliado.

4. Argumentos de los Recurrentes

Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. Adujo que, la información se suministró a los afiliados al momento de efectuarse el traslado, independiente que el actor haya sido presionado por el empleador, ya que, no existe prueba de ello. Además, el accionante gozaba de la capacidad de obligarse, no adolece de vicios del consentimiento.

Agrega que, para la época del traslado no estaba obligada a dejar constancia escrita de la información suministrada.

Indica que, el accionante no era beneficiario del régimen de transición, así como tampoco tenía una expectativa legítima o derecho causado de una pensión de vejez.

Finiquita, señalando que el fondo actuó de buena fe, generando rendimientos de los aportes, de modo que, si se condena al traslado de estos, también se les debe

devolver los gastos de administración por las gestiones que desplegó para su generación.

Por su parte **Colpensiones.** Expone que, es desproporcional la carga de la prueba en cabeza de la AFP, ya que han transcurridos 20 años, lo que configura un imposible de probar las circunstancias entorno al traslado, de modo que, nadie está obligado a probar lo imposible.

Concluye indicado que, la Corte Suprema de Justicia tiene adoctrinado que el régimen de transición no se recupera con la edad.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 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 el extremo pasivo quienes reiteraron lo expuesto en sus contestaciones, así como recursos presentados.

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

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

Tesis

Revocar la decisión de primer grado.

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

INEFICACIA DEL TRASLADO

Dentro del presente diligenciamiento, claro es que el 27 de agosto de 1999 el demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A (fl. 155) 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, 27 de agosto de 1999 (fl. 155), 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 36 fue allegada copia del documento de identidad del actor en donde se aprecia que nació el 21 de agosto de 1957, 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 36 años, 7 meses y 4 días, así como reportaba un aproximado de 464,43 semanas cotizadas al ISS (fl. 67).

Así, es fácil constatar que el actor no contaba con los 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, según las probanzas incorporadas al plenario se itera, contaba con un aproximado de 464,43 semanas de cotización, equivalente a 8.90 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 González Cárdenas.

No obstante estar el actor inmerso en tal escenario, pretende la declaratoria de ineficacia del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A el 27 de agosto de 1999 (fl. 155), a efecto de permanecer afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con fundamento en que al momento de realizar dicho traslado, la entidad Colfondos, no realizó proyección pensional, ni brindó información suficiente, amplia ni oportuna que le permitiera conocer al accionante las consecuencias, implicaciones y desventajas que le traía el traslado de régimen.

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

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

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

Puestas de este modo las cosas, en primer término, debemos recordar que el artículo 112 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 5 del Decreto 692 de 1994, establecen en cabeza del afiliado la posibilidad de elección, y es tan así que expresamente señala *"Las personas que cumplan los requisitos para seleccionar el régimen de ahorro individual con solidaridad no podrán ser rechazadas por las administradoras del mismo"*. Lo que se acompasa con el inc. 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 artículo 271 de la Ley 100 de 1993 dispone que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

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

Teniendo claro lo anterior, se tiene que en el caso objeto de estudio, esas obligaciones generales y especiales que aparecen narradas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y a cargo de los Fondos de Pensiones – normas vigentes al momento del traslado-, relativas al deber de información para con sus afiliados, se suple con aquellas previsiones que por demás aparecen aceptadas por el propio demandante al momento de suscribir el formulario de afiliación al fondo privado da cuenta el folio 155 del plenario, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su 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 42 años, había cotizado un poco más de 741,14 semanas en el ISS y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?, por demás, (ii) durante más de 18 años se benefició de aquellas prerrogativas que otorgaba el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pero es hoy cuando desde su punto de vista no le resulta beneficioso y (iii) en interrogatorio de parte señala que el móvil principal de su cambio de régimen fue la presión que ejerció su empleador, que no era una persona diferente a una entidad financiera.

Ergo, no puede ser predicado como un afiliado lego con relación al sistema, valga la redundancia, financiero.

En efecto, en este asunto, adquiere una mayor connotación lo plasmado en el formulario de afiliación suscrito por el demandante y que obra a folio 155 sin que sea argumento para esta Sala de Decisión la desidia que se alega por este extremo procesal, máxime cuando en interrogatorio de parte el accionante confesó que el motivo por el cual se traslado fue por su empleador, Banco Popular, que pasó a ser privado y a hacer parte del Grupo Aval, persona jurídica que lo presionó a suscribir el formulario de afiliación, y que además no fue llamada a juicio para que diera cuenta de la coacción alegada.

Ante ello, claro es que el demandante al momento del traslado tenía un número de semanas cotizadas significativo, pero perdió de vista la primera instancia, el hecho de haber confesado que resultaba ser una persona que al momento del traslado laboraba para una entidad financiera.

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 decidió su traslado el 27 de agosto de 1999.

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

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

De igual manera, advierte que se debe determinar la causa que genera la ineficacia del traslado para establecer sus efectos, ya sea inexistencia del acto, nulidad absoluta debidamente declarada por el juez, nulidad relativa que no se saneó, 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 conllevan 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, 18 años atrás, la mesada que le correspondería al accionante por concepto de pensión de vejez.

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

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

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

Tampoco se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en el actor para su afiliación, por parte de la AFP, en consonancia con el art. 1515 del CC, pues de las afirmaciones efectuadas en los hechos de la demanda, y al absolver interrogatorio de parte, el accionante señaló que el motivo por el cual se traslado fue por su empleador, Banco Popular, que pasó a ser privado y a hacer parte del Grupo Aval, persona jurídica que lo presionó a suscribir el formulario de afiliación, y que además no fue llamada a juicio para que diera cuenta de la coacción alegada.

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 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 el fondo privado hubiese atentado contra el derecho de la trabajadora a seleccionar el régimen pensional, así

como tampoco su empleador, pues en tal aspecto resultaría insuficiente el acervo probatorio recolectado al contarse únicamente con su interrogatorio de parte.

Así las cosas, el supuesto vicio del consentimiento por omisión de información sólo surge cuando se le impide su traslado y parte de una información que desconoce la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, en su momento, cual son los salarios reportados por el actor desde 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 el trabajador que decidió su traslado siempre tendría el mismo ingreso o que ésta sería superior, que nunca tendría hijos, o si conformaría un matrimonio ora unión marital de hecho? Pues la respuesta es negativa a estos interrogantes porque de pensar ello así, sería autorizar a los juzgadores que edifiquen sus fallos en suposiciones que contrarían nuestra seguridad jurídica y debido proceso.

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

Inquieta entonces a esta Colegiatura, el determinar qué tan ajustado a la ley y al principio de solidaridad que gobierna nuestro sistema pensional, de cara a las previsiones del artículo 48 Superior sobre la sostenibilidad de éste último, sería el aceptar que, un particular a quien sólo habiendo cumplido la edad para pensionarse – puesto que a la fecha de presentación de la demanda (fl. 72) contaba con 60 años, 11 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 habérsele proyectado una pensión cuando le faltaban aproximadamente 20 años en edad y un aproximado de más de 558,86 semanas para causar tal derecho justifica un vicio del consentimiento que resultaría ser inexistente al momento del traslado, o alega que no se acató el correspondiente deber de información frente a presupuestos que resultarían impredecibles en dicho momento.

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

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

Por otra parte, debe expresarse por esta Magistrada, que dada la nueva integración de la Sala Segunda de Decisión Laboral, se acogen ampliamente esos argumentos expuestos por el Dr. Lorenzo Torres Russy y propuestos en el Código Único de Radicación: 11001310500720170025 9-01, fecha de sentencia 8 de julio de 2020, que a la letra se expresan así y se acompasan plenamente al criterio que viene siendo sostenido por ésta funcionaria y la llevan a las mismas conclusiones presentadas por el prementado funcionario.

En síntesis, se plantean en esa decisión, las siguientes conclusiones y a la letra:

"CONCLUSIONES I:

...la afiliación al sistema general de pensiones es un acto jurídico unilateral y de adhesión a las condiciones previstas en la ley para el RPM y para el RAIS; que la afiliación no tiene naturaleza contractual; que la elección debe ser libre y voluntaria; que las contingencias y obligaciones originadas en el acto de afiliación están contenidas en la ley y pueden ser modificadas por el legislador cuando las circunstancias lo ameriten; que la elección de un régimen pensional tiene por objeto escoger una forma de financiar la pensión y no un monto pensional; que la determinación de condiciones pensionales y expectativa de un monto pensional al momento de la afiliación no es posible; que no hay posibilidad de señalar como mejores unas que otras al momento de la afiliación; que los afiliados a la seguridad social no ostentan un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras, esto es, las pensiones respecto de las cuales no se ha producido el hecho que las causa; que las condiciones de afiliación a un de régimen son un asunto de orden legal y no constitucional.

...

CONCLUSIONES II.

Bajo las anteriores premisas es posible concluir: Que la competencia para imponer las sanciones previstas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 está asignada a las instancias administrativas allí señaladas; que la sanción prevista es la multa y dejar sin efecto la afiliación

para que el interesado realice **una nueva;** *que las sanciones aquí previstas solo la pudo establecer el legislador en ejercicio de sus competencias; que en aplicación del debido proceso la sanción debe existir de manera previa al hecho que la origina; que en virtud del principio de legalidad no pueden aplicarse sanciones recurriendo a la analogía, ni remitirse a normas sancionatorias que regulen otros casos; que no pueden aplicarse las normas fraccionadamente y construirse una tercera que favorezca el derecho del accionante, que hay norma expresa sobre la responsabilidad que compete a las AFP por los perjuicios cometidos por la acción u omisión de sus agentes, y, que las sanciones deben ser aplicadas en la forma prevista en la Ley.*

...

CONSLUSIONES III.

De lo expuesto resulta fundado concluir que:

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

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

...

CONCLUSIONES IV.

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

Ante ello, se abren paso a las razones expuestas en la apelación y a los alegatos del extremo pasivo, a los que se da repuesta con esta providencia y por contera, se dispone, REVOCAR la sentencia la providencia apelada y consultada, y en su lugar DECLARAR DE OFICIO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE EFICACIA DEL ACTO DE AFILIACIÓN DEL

DEMANDANTE y, en consecuencia, ABSOLVER a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

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

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

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

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

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

Los Magistrados,

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
(Salvamento de Voto)

LORENZO TORRES RUSSY
ACLARACION VOTO

AUTO

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

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

TSB-SALA LABORAL
52859 17JUL'20-PM12:15

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

SALVAMENTO DE VOTO

MARCELIANO CHAVEZ AVILA

Magistrado

Sala Segunda de Decisión Laboral

Ref.: Expediente Rad-03920180039201 Proceso: Ordinario Laboral
DTE: TITO GILBERTO GONZALEZ /DDO: COLPENSIONES Y OTRO
MP: RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA /Fallo de JULIO 17 de 2020.

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

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

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

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

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

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

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

Fecha ut supra,

MARCELIANO CHAVEZ AVILA

Magistrado

52359 17JUL'20 PM12:15

52358 17JUL'20 PM12:15

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda Laboral

ACLARACION DE VOTO

Proceso 2018-00392-01

TITO GILBERTO GONZALEZ VS COLPENSIONES Y OTRA.

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

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

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

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

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

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

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

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

LORENZO TORRES RUSSY

MAGISTRADO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05033201700805 -01
Demandante: MARTHA BEATRIZ CRUZ BANOY
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., diecisiete (17) de julio de dos mil veinte (2020).

Discutido y Aprobado según Acta No 002

AUTO DE SUSTANCIACIÓN

PRIMERO: **RECONOCER** personería adjetiva al Dr. IVÁN DARIO BLANCO ROJAS identificado con Tarjeta Profesional 205.113 del Consejo Superior de la Judicatura como procurador sustituto de la demandada COLPENSIONES en los términos y para los efectos del poder conferido.

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá el 02 de diciembre de 2019 dentro del proceso ordinario laboral que MARTHA BEATRIZ CRUZ BANOY 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 traslado de la actora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, éste último a la entidad Colfondos.

Si bien se solicitó el reconocimiento y pago de una pensión de vejez, se tiene que la parte interesada desistió del estudio de tal prestación.

Estriba el documento introductor y de forma principal, en la presunta falta de información que no suministró el fondo privado al momento de efectuarse el traslado del actor.

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 actora se vinculó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de forma libre y voluntaria, sin presiones. Agrega la imposibilidad de proyección de pensiones, so pretexto de edificar en ellas un vicio del consentimiento, como quiera y el traslado se verificó hace más de 15 años, por lo que el fondo privado no contaba con la información necesaria para ello.

Indica que, al demandante la faltan menos de 10 años para cumplir la edad pensional, por lo que no es posible acceder a su traslado según prohibición legal.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A. Adujo que esa entidad le informó a la demandante de manera objetiva sobre el RAIS y su comparación con el RPM, con el fin de que tomara una decisión libre, voluntaria e informada, apreciando las ventajas y desventajas de los mismos e incluso la existencia del régimen de transición, decidiendo solicitar su traslado al RAIS.

Mencionó que el formulario suscrito por la demandante 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.

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

3. Providencia recurrida

El *A quo* dictó sentencia condenatoria:

PRIMERO. - **DECLARAR** la ineficacia del traslado del RAIS administrado por Colfondos S.A y con esto la afiliación realizada a la demandante el 05 de junio de 2001.

SEGUNDO. – **DECLARAR** que la demandante se encuentra efectivamente afiliada a Colpensiones.

TERCERO. – ORDENAR a Colfondos S.A realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la actora a Colpensiones junto con sus respectivos interese, rendimientos, incluso con sus cuotas de administración

CUARTO. – ORDENAR a Colpensiones a recibir las sumas anteriormente descritas, así como reactivar la afiliación de la accionante

QUINTO. – ORDENAR a Colfondos S.A pagar, de ser el caso, las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalencia en el régimen de prima media, los cuales serán asumidos a cargo de su propio patrimonio, para esto se conmina a Colpensiones a efectuar a efectos de realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas si a ello hubiere lugar.

SEXTO. - DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por las demandadas especialmente las de inexistencia de la obligación y prescripción.

En síntesis, refirió que las entidades vigiladas, como lo son los fondos de pensiones, tienen el deber de suministrar a sus usuarios la información, de manera que permita a través de elementos de juicio claro y objetivos escoger las mejores opciones del mercado; que se debe brindar información a través de extractos; y que los reglamentos deben estar de forma tal que se permita su fácil comprensión.

Indica que, la elección de régimen debe ser libre y voluntario, y que su desconocimiento acarrea las sanciones del artículo 171 de la Ley 100 de 1993; y que en el formulario debe constar que la selección de régimen es libre, voluntaria y sin presiones.

Menciona que, la Corte Suprema de Suprema ha establecido que para que haya ineficacia del traslado no es requisito ser beneficiario del régimen de transición o una expectativa legítima; que existen varias etapas respecto de los deberes de los fondos privados, estando en cabeza de este, desde el principio el de informar, dando a conocer sus ventajas y desventajas, características y riesgos; y que la carga de la prueba recae en el fondo.

Frente al caso particular apunta que, según acervo probatorio no se documentó la información que se suministró a la actora para su traslado, y que en el interrogatorio de parte del representante legal de Colfondos S.A es genérica y basada en suposiciones.

Menciona que, el formulario de afiliación sólo da unos datos de la potencial afiliada, pero no da cuenta de la situación pensional de la actora; y que el consentimiento vertido en tal documento es insuficiente según jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Agrega que, la respuesta dada por el fondo a la accionante de 2017 no es coincidente con lo expuesto en interrogatorio de parte de la demandada, y hace alusión a situaciones actuales, más no de la época en que se llevó a cabo el traslado de la actora.

Concluye expresando que, se debe aplicar el precedente sin más; y que se aparta de las Salas del Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral que establecen un criterio diferente, por considerar que el asunto debe ser resuelto conforme lo expone la Corte Suprema de Justicia; que la solicitud de ineficacia del traslado no es prescriptible, dado que se está frente a un derecho en construcción; y que si hay diferencias entre las cuentas del RAIS y del régimen de prima media se deberá pagar la correspondiente diferencia por parte de la afiliada a fin de no desfinanciarse el sistema pensional.

4. Argumentos del Recurrente

Colpensiones. Adujo que, pese a que la parte resolutiva de la sentencia conminó a la entidad a que se realizara operaciones administrativas, se les causa un perjuicio o un daño, dado el posible reconocimiento pensional a la actora.

Expresa que, no se llegó a comprobar los vicios del consentimiento, error, fuerza o dolo con relación a la vinculación que se surtió en el año 2001, y que debía de comprobarse por parte de la demandante, dado a que ella es la persona que está aduciendo el hecho; y que si bien es cierto hay una inversión de la carga de la prueba, está no puede ser absoluta, por demás que, debe de analizarse cada caso en particular y para la época no se hacía necesario dejar soporte documental con respecto de las asesorías verbales que se daban por parte de Colfondos.

Concluye señalando que, la aplicación del precedente jurisprudencial solamente aplica a personas, beneficiarias del régimen de transición, con expectativas legítimas cumplidas o próximas por estarse cerca de acreditar los requisitos de pensión, y que se les haya causado un daño grave y reparador en cuanto a los derechos pensionales.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 12 de marzo 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 todos los extremos procesales quienes reiteraron lo expuesto en la demanda y su contestación.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

Tesis

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 05 de junio de 2001 la demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de Colfondos S.A (fl. 124) a efectos de trasladarse de régimen pensional, pues anteriormente se encontraba cotizando al ISS.

Ahora bien, previo a resolver es menester precisar, en relación con la posibilidad de traslado de régimen, que el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, vigente para la época del traslado realizado por la actora, 05 de junio de 2001 (fl. 124), prescribía que los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", este último aparte citado textualmente, fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1024 de

2004, "exclusivamente por el cargo analizado en esta oportunidad y bajo el entendido que las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden regresar a éste -en cualquier tiempo-, conforme a los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

De cara a lo anterior, a folio 12 fue allegada copia del documento de identidad de la actora en donde se aprecia que nació el 12 de noviembre 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[1]– contaba con 33 años, 7 meses y 18 días, así como reportaba un aproximado de 518.57 semanas cotizadas al ISS (fl. 67).

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 518.57 semanas de cotización, equivalente a 10 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.

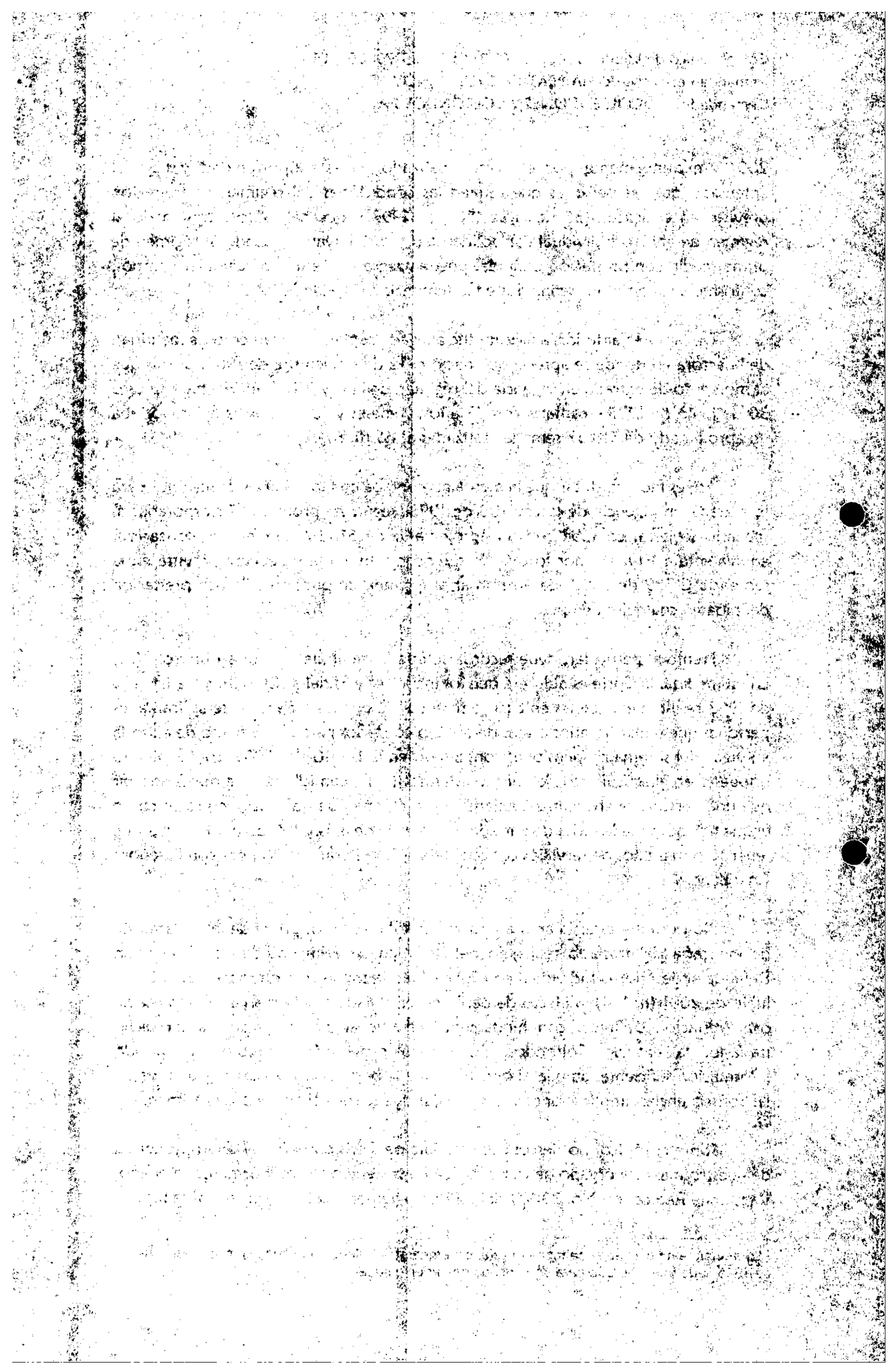
Frente al particular, debe recordarse que la mentada sentencia dispuso: "(...) En tal medida, la Corte establecerá que los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 resultan exequibles en cuanto se entienda que los incisos no se aplican a las personas que tenían 15 años o más de trabajo cotizados 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 Cruz Banoy.

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 05 de junio de 2001 (fl. 124), a efecto de permanecer afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con fundamento en que al momento de realizar dicho traslado, la entidad Colfondos, 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

---

[1] La demanda no contiene esa fecha exacta, sin embargo, se tiene como fecha límite 30 de junio de 1995 dado que laboraba para una entidad del orden distrital.



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.

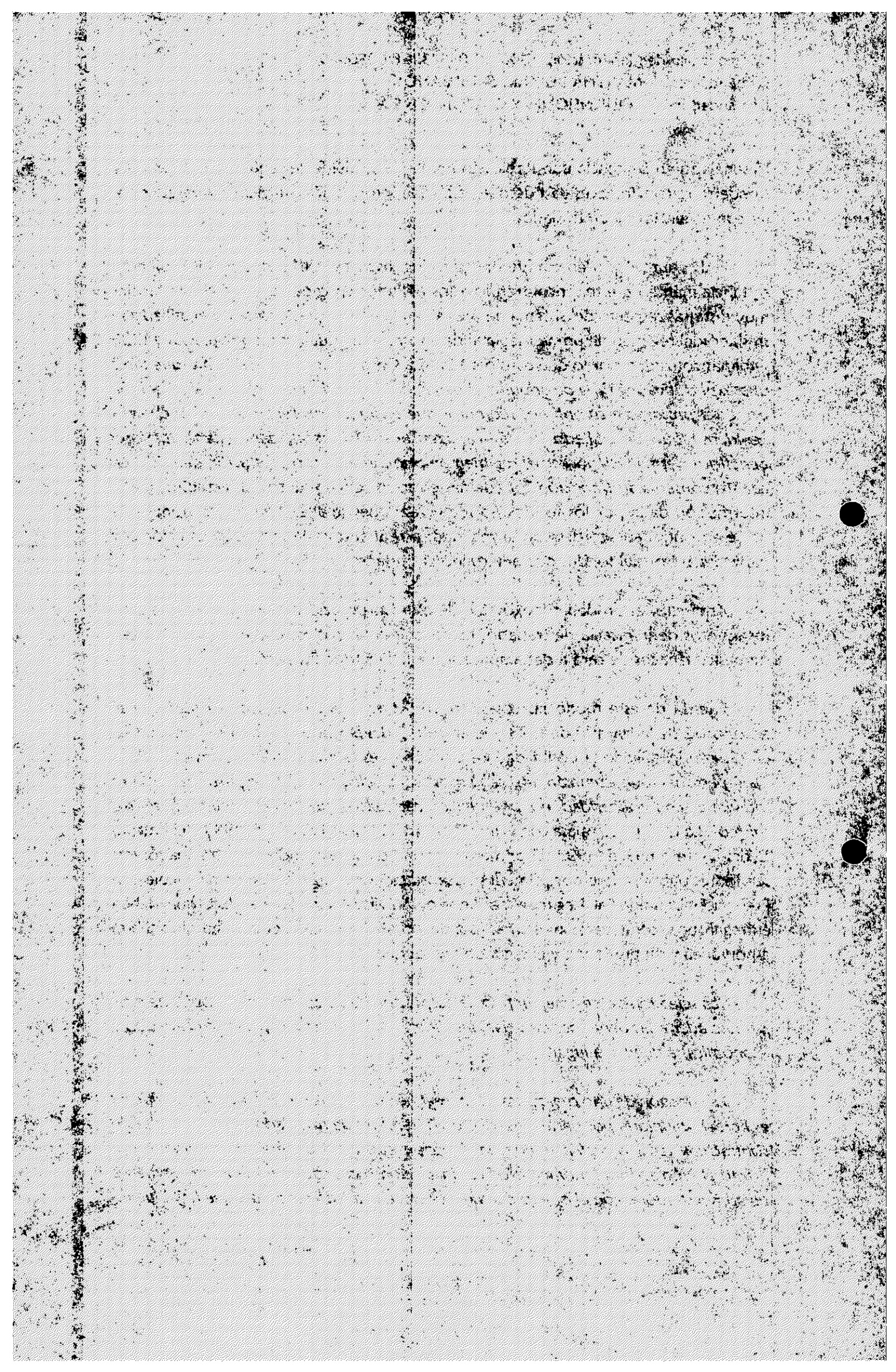
Al punto, se debe advertir que, los asuntos allí tratados NO difieren sustancialmente de este, encontrándose los afiliados en cada caso, en circunstancias muy distintas respecto del sistema pensional, en la última citada, cuando el afiliado se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual,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

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

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

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

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



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

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

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

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

Por su parte, el 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, no se suple con aquellas previsiones que da cuenta el folio 124 del plenario, donde se

expresa que con su suscripción se deja constancia de la voluntad *"libre, espontánea y sin presiones"*.

Siendo así las cosas, en el presente asunto al momento del traslado, la accionante contaba con 40 años, 6 meses y 13días y al haber cotizado un poco más de 850 semanas, contaba prácticamente con un derecho consolidado al restarle dada la reforma del año 2003 en pensiones, a lo sumo en tiempo 150 semanas para obtener su pensión, sólo debía atenerse a cumplir la edad. Siendo del caso acotar, que, de su interrogatorio de parte, no se extrae confesión sobre el asesoramiento. Se insiste en el presente asunto, no puede abordarse la reforma de la ley 100 prementada como quiera y no estaba vigente a la fecha de traslado.

Por ello, si bien firmó el formulario de afiliación y ha tenido un tiempo de permanencia en el fondo privado de 15 años (a la presentación de la demanda), encontramos que la accionante al momento de efectuar su traslado contaba con una expectativa legítima de pensionarse bajo el régimen anterior al traslado.

En ese sentido, se considera razonable la carga impuesta en las sentencias antes enunciadas, al fondo privado, esto es, de ser la encargada de acreditar que suministró la correspondiente información al afiliado acerca de las implicaciones y desventajas que traía consigo el traslado de régimen, debido a que al estar la accionante en el escenario narrado, no bastaba con dar a conocer las características del régimen pensional sino que era menester poner de presente todas las consecuencias de tal afiliación de manera seria, y veraz, se itera, por cuanto ya se estaba frente a una expectativa legítima de pensión.

Así las cosas, y en la medida que no se avizora que la pasiva hubiere acreditado que se suministró la información a la accionante en los términos expuestos, dado que del interrogatorio de parte no se logra establecer confesión al respecto, y por el contrario informa que la información fue vaga y precaria, se considera acertada la decisión de declarar la ineficacia del traslado.

Sea del caso acotar, que aun cuando la primera instancia realiza ordenaciones que no comparte esta Colegiatura, como lo correspondientes devolución de gastos de administración ora el pago de las equivalencias que pudieran presentarse entre el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como quiera y ello no fue apelado por COLFONDOS S.A.

Corolario de lo dicho, se CONFIRMARÁ la sentencia apelada y consultada.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia consultada y apelada, pero por las razones expuestas por ésta Corporación.

SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia.

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.

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

LORENZO TORRES RUSSY

SALVO VOTO.

TSB-SALA LABORAL
52369 17JUL'20 PM12:30

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda Laboral

SALVAMENTO DE VOTO

Proceso . 2017-00805-01

MARTHA BEATRIZ CRUZ BANOY VS COLPENSIONES Y OTRA.

Respetuosamente me aparto de la decisión mayoritaria de la sala, por las razones, que en sintesís, consigno a continuación:

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

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

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

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

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

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

LORENZO TORRES RUSSY

MAGISTRADO

52358 17JUL'20 PM12:38

TSB-SALA LABORAL

199

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 002

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.

I. ASUNTO

Se decide los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos y estudiar en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá el 04 de octubre de 2019 dentro del proceso ordinario laboral que MARTHA LUZ SALCEDO BARRERA promoviese contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la "nulidad" del traslado que la actora materializó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y en consecuencia de ello, se "*retrotaigan las cosas a su estado anterior*" por lo que COLPENSIONES debía "tener" por afiliada a la prementada demandante.

Estriba el documento introductor y de forma principal, en la presunta falta de información que no suministró el fondo privado al momento de efectuarse el traslado de la actora.

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 no se encuentran presentes vicios del consentimiento, y por el contrario la decisión de la demandante fue libre, espontánea y sin presiones.

Indica que, la demandante la faltan menos de 10 años para cumplir la edad pensional, por lo que no es posible acceder a su traslado según prohibición legal.

Finalmente expresa que, la actora no acumula 15 años de servicios al 01 de abril de 1994 para ser beneficiario del régimen de transición, ni tampoco este último podía predicársele en razón de su edad.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, se opuso a las pretensiones incoadas en la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción), adujo, en síntesis, que al momento de realizarse la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se informó a la actora que la pensión pendía del capital reunido en la cuenta de ahorro individual, pudiéndose acceder a ella, a cualquier edad, siempre y cuando se tuviera una adecuada planeación pensional.

Refiere que, solo hasta la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015 nació el deber de poner a disposición de los afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado.

Indica, que las reglas dela experiencia y de la sana crítica enseñan que cuando entre particulares se suscriben diferentes negocios jurídicos, en virtud de la autonomía de la voluntad privada, no resulta razonable que se preste el consentimiento sin que genere compromisos.

Expone que, sus asesores comerciales reciben capacitaciones periódicas con la finalidad de brindar información completa e idónea para que el potencial afiliado realice el proceso de traslado de manera informada y consciente, lo que evidencia con la rúbrica del formulario de afiliación.

207

Manifiesta que, la información suministrada al demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia.

Explica que, el artículo 835 del C.Co determina que quien tiene la carga de la prueba es de quien alega la culpa o mala fe, de modo que, en cabeza de la parte actora recae tal situación.

Finalmente expresa que, el accionante no es beneficiario del régimen de transición, no tiene un derecho adquirido, ni una expectativa legítima, para considerar que sean aplicables las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia.

3. Providencia recurrida

La *A quo* dictó sentencia condenatoria:

PRIMERO. - **DECLARAR** la ineficacia del traslado que realizó la demandante del régimen de prima media con prestación definida representado en ese entonces por el ISS hoy al RAIS representado por Porvenir S.A el 02 de agosto de 1999.

SEGUNDO. - **ORDENAR** a Porvenir S.A a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante junto con los intereses y rendimientos que se hubieren causado, así como las demás sumas que se encuentren depositadas en su cuenta de ahorro individual sin deducciones por gastos de administración o seguros de invalidez o sobrevivencia; y se ORDENARÁ a Colpensiones a reactivar la afiliación y a recibir los conceptos que le fueren trasladados.

TERCERO. – **DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por la parte pasiva en sus contestaciones

En síntesis, refirió que conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia las entidades administradoras de pensiones tienen el deber de información, estando estas obligadas a suministrar en términos de transparencia las verdad objetiva sobre los regímenes, haciendo mención de bueno y lo malo del RAIS. Además que, el formulario de afiliación no es suficiente para dar por demostrado el deber de información, pues no garantiza un verdadero consentimiento informado, ya que, lo que se requiere probar por parte del fondo, al estarse frente a una negación indefinida, es información de los beneficios del régimen que pretende trasladarse, el monto de la pensión que se proyecte, diferencia en el pago de los aportes que se realizarían, implicaciones y conveniencia de la decisión, y la declaración de aceptación.

Frente al caso particular que, del interrogatorio de parte lo que se logra establecer es que la actora se trasladó por las ventajas que le plantearon al momento de hacer el

102

traslado, y porque le dijeron que el ISS se iba acabar, que su cuenta era heredable, y que recibiría mejores beneficios. Además, que no le informaron que sus aportes iban a una cuenta de ahorro individual que generaba rendimientos, y según testigos que la información suministrada era insuficiente por parte de los fondos.

Señala que no obran prueba documental en la cual se edifique que la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad fue libre y voluntaria, ya que, no se evidencia prueba con la que se pueda determinar que se le suministro información clara, veraz y oportuna, o que se le hubiera hecho proyección pensional.

Indica que, no opera prescripción, ya que el derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable, y la solicitud de ineficacia está íntimamente ligada a esta.

Finiquita expresando que, se deben trasladar todas las sumas que tenga la entidad demandada con excepción de los gastos de administración.

4. Argumentos de los Recurrentes.

Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. Adujo que, el deber de información no fue desconocido por el fondo. Al punto, explica que la Corte Suprema de Justicia ha dicho que el deber de evolución ha evolucionado, de modo que, a este debe dársele aplicación, de conformidad con el contexto actual o frente al deber que le asistía al momento del traslado, sin que existiera obligación para 1998 de dejar documentado la información que se suministraba ni hacer proyecciones pensionales, lo que surge con la Ley 1748 de 2014, de modo que, se está estableciendo una indebida carga probatoria y se están fijando deberes descontextualizados.

Agrega que, si no es con el formulario de afiliación y el interrogatorio de parte que se puede probar el deber de información, no se sabe con qué otro medio probatorio se logre realizar, ya que, no había exigencias adicionales, más aún cuando el interrogatorio de parte se acepta que se recibió una asesoría por más de 2 horas, tiempo más que suficiente para indicarles características del RAIS, lo que se puede contrastar con la prueba testimonial.

Indica que por lo anterior, aunado a los extractos, los canales de información a los que tuvo acceso la actora, y el comunicado que se allegó que anunciaba la posibilidad de retornar al régimen de prima media, se debe, considerar acreditado el deber de información.

Finiquita, señalando que los gastos de administración y los seguros de invalidez y sobrevivencia no fueron fijados en el litigio, y con esa condena se desconoce la facultad que se le dio a las AFP en la Ley 100 de 1993 para el pago de primas de seguros frente a las contingencias mencionadas, respecto de las cuales siempre estuvo

protegida, así como para la generación de rendimientos, por ende la devolución genera un enriquecimiento sin justa causa.

Por su parte **Colpensiones.** Expone que, se debe revocar la condena en costas toda vez que no puede endilgársele responsabilidad derivado del actuar pacífico de la entidad, quien desconocía la forma como fue asesora la actora. Concluye indicado que, la condena en costas afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

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 los apoderados de las partes.

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

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

INEFICACIA DEL TRASLADO

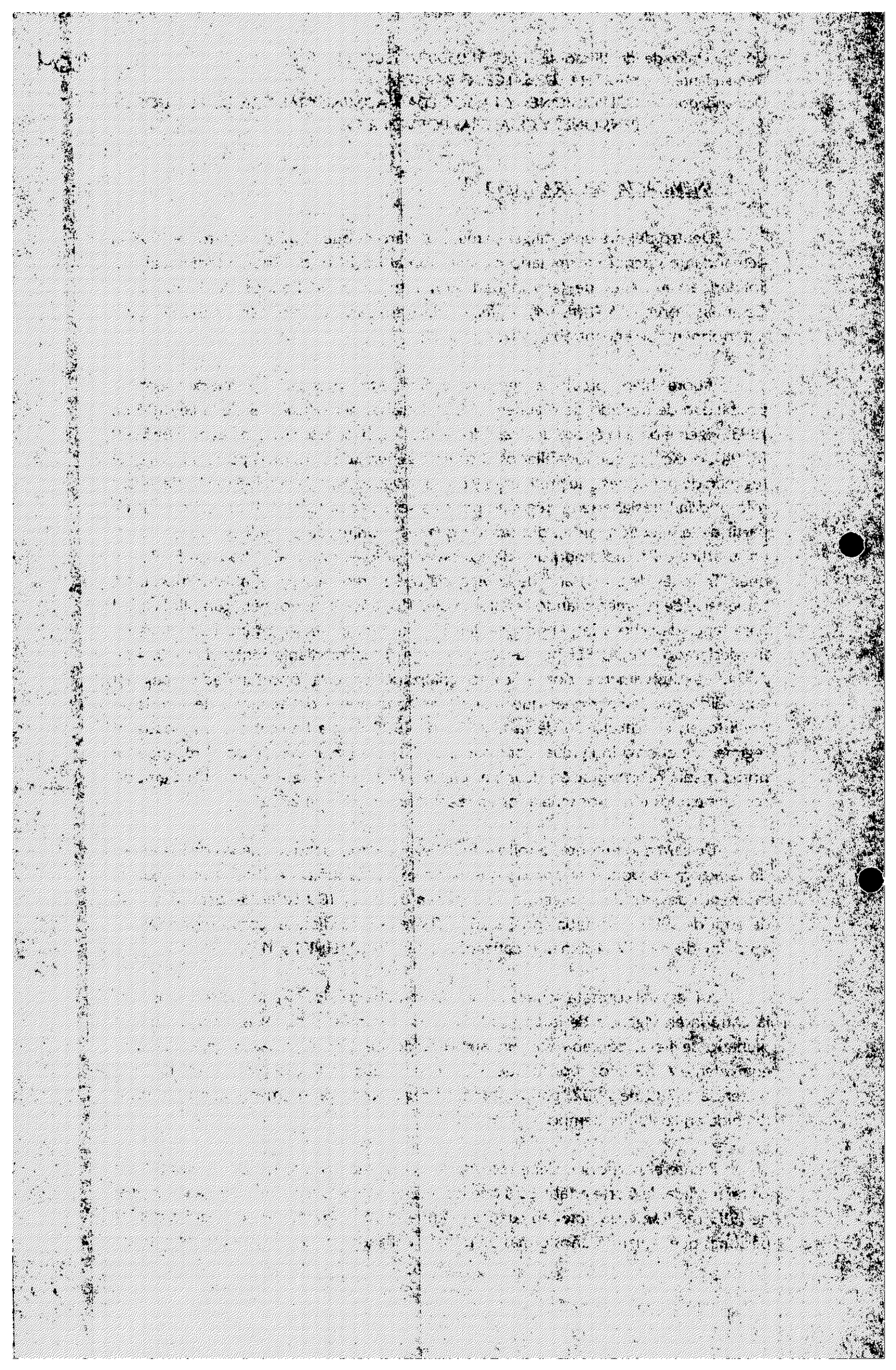
Dentro del presente diligenciamiento, claro es que el 02 de agosto de 1999 la demandante suscribió formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A (fl. 94) a efectos de trasladarse de régimen 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, 02 de agosto de 1999 (fl. 94), 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 4 fue allegada copia del documento de identidad de la actora en donde se aprecia que nació el 25 de junio de 1955, por lo que al momento de entrada en vigencia del régimen de la Ley 100 de 1993– para su caso 1° de abril de 1994 – contaba con 38 años, 9 meses y 16 días, así como reportaba un aproximado de 199.14 semanas cotizadas al ISS (fls. 10, 11, 111 y 112).

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 199.14 semanas de cotización, equivalente a 3.8 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 Salcedo Barrera.

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 la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A el 02 de agosto de 1999 (fl. 94), 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, 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.

Ante ello, se debe advertir que, los asuntos allí tratados NO difieren sustancialmente de este. Ante ello y dada la existencia de un caso donde una persona se encuentre un régimen de transición, pues al contar con una expectativa legítima de pensionarse bajo el régimen anterior, exige de las respectivas administradoras demandadas, la necesidad de que fuese informado el particular, de esas consecuencias no beneficiosas en materia del monto de su pensión al perder ese beneficio transicional.

En ese orden de ideas, dentro del presente asunto, esta información suficiente no se avizora, como quiera que una simple operación aritmética permite concluir que la actora era beneficiaria del régimen de transición y que según el reporte de la propia administradora allegado con la demanda -que realmente difiere del que reporta COLPENSIONES- al momento del traslado la actora reportaba 973 semanas, lo que por supuesto permite predicar en ella que al momento de su traslado dada su edad -38 años y el tiempo cotizado, permitía predicar en ella, la expectativa legítima de pensionarse bajo un régimen anterior más beneficioso.

Sobre este particular, podemos traer a colación la sentencia con Radicado 47.125 de la misma Corporación antes mencionada, la cual expone hechos muy cercanos a los narrados por la actora. Ciertamente, en este proveído se analizó la situación de una persona beneficiaria del Régimen de Transición de la Ley 100 de 1993, que dadas

las condiciones del caso, en sede de instancia, la Corte Suprema de Justicia adopta una sentencia en la cual reconoce la pensión de vejez bajo la égida del Acuerdo 049 de 1990.

A lo anterior se aúna, que la sentencia con Radicado 47.125 y antes referida, precisó de forma expresa que la viabilidad de declarar la nulidad de un traslado contaba con una serie de requisitos, así: "*De manera que, conforme lo discurrido queda claro que existirá ineficacia de la afiliación cuando: (i) la insuficiencia de información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho, (ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad, (iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras allegar pruebas sobre los datos proporcionados a los afiliados …y en los que deben constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y su incidencia pensional*".

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

En ese orden de ideas, y en el caso de estudio, se itera, dado sus contornos particulares, 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, no puede suplirse con aquellas previsiones que como bien fueron narradas en la suscripción del formulario pertinente donde manifiesta su voluntad "libre, espontánea y sin presiones" (fls. 6 y 94).

Siendo del caso anotar, que en su interrogatorio de parte la demandante, lo único que confiesa es una asesoría general y no atendiendo sus condiciones personales. En ese orden de ideas, en este caso no se puede extractar como cumplido el deber de asesoramiento.

Por ello, son las sentencias de nuestro máximo órgano de cierre a que hace un momento se hizo referencia, adosando aquellas con radicado 31.314 y 46.292, las que nos permiten concluir que una información a proporcionarse en materia de pensiones a un potencial de afiliado, debe ser materializada con la prudencia de quien sabe de ella, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, de tal manera que la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la actora a la entidad demandada.

Así las cosas, para que el cambio de Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tenga validez y se demuestre la existencia de la libertad informada, le corresponde a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el aludido cambio, so pena de declarar ineficaz ese tránsito, pues con simples expresiones genéricas no puede estimarse satisfecho tal requisito, máxime cuando en el interrogatorio de parte rendido por la demandante manifiesta que en la reunión a la que asistió nada le informaron acerca del régimen de transición, sin que las accionadas hubiesen allegado prueba en contrario.

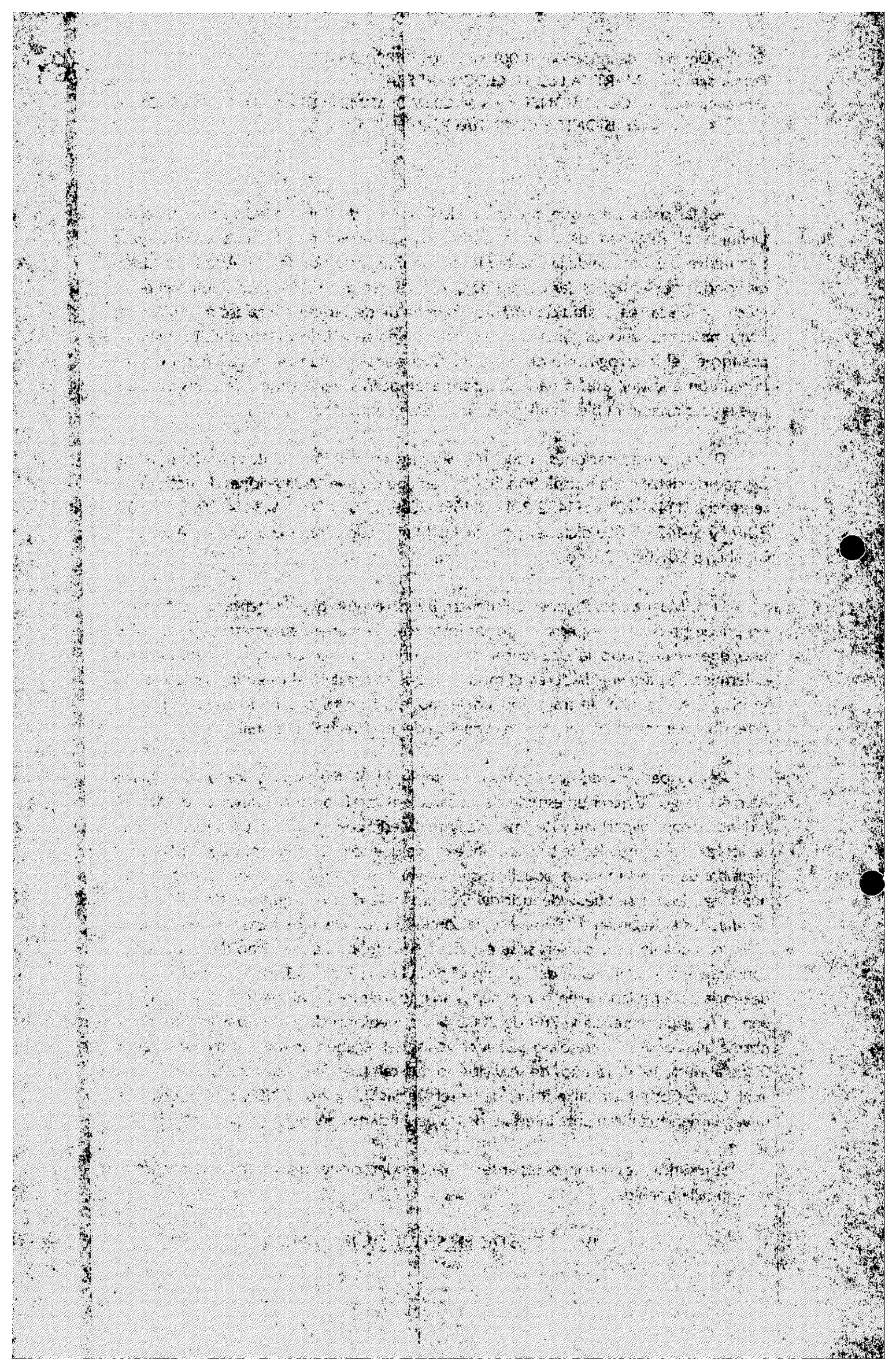
Dichas consideraciones encuentran asidero en múltiples sentencias del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral, así como en las Aclaraciones de Voto de las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, y SL4426-2019, dictadas por los H. Magistrados 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.

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.

Son suficientes entonces las anteriores consideraciones para efectos de confirmar la sentencia 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 cargo de las demandadas y a favor de la demandante.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada.

SEGUNDO.- COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas y a favor de la demandante.

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

LORENZO TORRES RUSSY
(Salvamento de Voto)

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente a cargo de cada una de las demandadas y a favor de la demandante.

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

TSB-SALA LABORAL

52373 17JUL'20 PM12:35

01

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda Laboral

SALVAMENTO DE VOTO

Proceso . 2018-00538-01

MARTHA LUZ SALCEDO BARRERA VS COLPENSIONES Y OTRA.

Respetuosamente me aparto de la decisión mayoritaria de la sala, por las razones, que en sintesís, consigno a continuación:

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

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

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

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

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

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

LORENZO TORRES RUSSY

MAGISTRADO

62372 17JUL'20 PM12:34
TSB-SALA LABORAL

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017201700092 -01
Demandante: ERNESTO ARIAS LEMOS
Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL 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., diecisiete (17) de julio de dos mil veinte (2020).

Discutido y Aprobado según Acta. 002

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 14 de noviembre de 2019 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, así como el grado jurisdiccional de **CONSULTA** a favor de Colpensiones, dentro del proceso ordinario laboral que **ERNESTO ARIAS LEMOS** promoviese contra las precitadas demandadas.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare "la resolución" del contrato de aportes pensionales que el demandante celebró con Porvenir S.A., como consecuencia de ello se le ordene a esta entidad trasladar a Colpensiones la totalidad de los "*aportes, rendimientos y demás sumas entregadas*".

Estriba el documento introductor y de forma principal, en el presunto engaño que sufrió el actor, el que fue determinante para que decidiera modificar su régimen pensional.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción), expone, en síntesis, que al 1° de abril de 1994 el demandante contaba con 34 años y no cumplía con las 750 semanas o 15 años de servicios, no siendo beneficiario del régimen de transición, además, para la fecha de solicitud de traslado, contaba con 51 años de edad, faltándole menos de 10 años para adquirir la edad para pensionarse, encontrándose inmerso en la prohibición contenida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Menciona que en el presente asunto no se da el vicio de consentimiento alegado por error, ya que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia del acto jurídico celebrado entre el demandante y la AFP, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que afecta la validez del acto jurídico y lo

condena a su anulación, adicionalmente, y en gracia de discusión, la supuesta nulidad no se alegó en los términos del artículo 1750 del Código Civil.

Expones las sentencias adoptadas por la Honorable Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral y las diferencia con los supuestos fácticos planteados por el hoy demandante.

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 el demandante no cuenta con un soporte legal para retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida cuando se encuentra a diez años o menos de cumplir la edad para pensionarse.

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

Indicó que la información suministrada a los afiliados del 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, por demás, se trasladó en varias ocasiones dentro de este mismo régimen

Resalta que el actor tanto conocía el régimen que hasta realizó aportes voluntarios.

Así mismo, **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 existía causal de nulidad del acto jurídico de afiliación dado que no existía ningún tipo de error al que hubiese sido inducido el demandante, situación que se agrava en el caso en estudio donde la vinculación a esa entidad no provino del Régimen de Prima Media con Prestación Definida sino de otro fondo privado, este es, PORVENIR S.A. Agregó, lo relativo a la vigencia de la información que echa de menos el demandante, la que planteó sólo existía desde la Ley 1748 de 2014 y el Decreto Reglamentario 2071 de 2015.

Adicional a lo anterior, se expone que el traslado entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no puede entenderse como un traslado de régimen y en este caso, cuando el actor modificó su entonces administradora a OLD MUTUAL, fue debidamente asesorado por sus funcionarios.

Finalmente, refiere que dados los supuestos fácticos narrados por el actor, no se encuentra en una de las situaciones que ha sido abordada por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral.

3. Providencia recurrida

El *A quo* dictó sentencia, en la cual declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por el demandante, ordenando a Porvenir trasladar a Colpensiones

la totalidad de los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del actor, y a esta última recibirlo sin solución de continuidad.

En síntesis, adujo, que conforme la jurisprudencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia el contenido mínimo del deber de información y buen consejo estiba en la ilustración de las características, condiciones, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales, el cual debe ser garantizado por las AFPs desde el momento del trámite del traslado de régimen, esto es debe comprender todas las etapas del proceso desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, obligación que nació en cabeza de las AFPs desde la ley 100 de 1993.

Indicó que, la carga de la prueba corresponde a las AFPs, las cuales deben acreditar que cumplieron con el deber de información veraz y completa, evitando cualquier posibilidad de generar perjuicio al trabajador afiliado. Expresó entonces, que no obra un medio probatorio que brinde certeza y veracidad suficiente de que Porvenir, al momento de lograr el traslado de régimen pensional del demandante al RAIS le hubiese suministrado la información que legalmente estaba obligado darle para esa fecha, una información veraz, clara y precisa, no en términos "generales".

Y ese deber lo extracta del Estatuto Financiero del año 1993, el que insiste, no se encuentra acreditado por la demandada PORVENIR S.A.

4. Argumentos de los recurrentes

Porvenir S.A.

Cuestiona las consideraciones del A quo indicando que se manifiesta desde la demanda que efectivamente al actor le fue informado por PORVENIR que acceder a una pensión de vejez debía acumular el 110% de un salario mínimo. Ante ello, es la confesión del demandante la que permite extractar que sí fue asesorada.

Agrega que los documentos firmados por el demandante nunca fueron tachados de falsos, siendo uno de ellos, el formulario de aportes voluntarios revisado por la parte demandante y los anexos que implicaban dicha afiliación a aportes voluntarios tales como la declaración realizada por el demandante.

De igual manera expone al demandante se le indicó esa diferencia de regímenes, la cual echa de menos la primera instancia. Adosa el hecho de que las sentencias de la Corte Suprema de Justicia en que se estriba la decisión de la primera instancia, no son plantean supuestos fácticos iguales.

Cuestiona la orden de trasladar los aportes incluidos gastos de administración, como quiera y pierde de vista el artículo 964 del Código Civil que expone *"El poseedor de mala fe es obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder"*. Por ello, debía encontrarse acreditada la mala fe de su agenciada los gastos de administración era precedido en el caso que nos ocupa que debió quedar demostrado la mala fe de mi representada. Siendo del caso tener en cuenta, que el demandante se benefició 20 años de su vinculación a dicho fondo.

Colpensiones.

Cuestiona la declaratoria de ineficacia, la cual acusa como desprovista de sustento fáctico y jurídico, y para ello consulta el interrogatorio de parte del demandante quien aceptó que conocía aspectos del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, su diferencia con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – indicando aún los requisitos plasmados para acceder a éste último-, el hecho de confesar el haber realizado aportes voluntarios para "aumentar" su mesada pensional.

Agregó, que el demandante firma en el año 1998 una solicitud de vinculación y PORVENIR S.A. lo acepta como quiera que esta obligación de que trata este artículo 112 de La Ley 100 de 1993.

Finalmente, hace referencia que el señor Ernesto Arias no se encontraba inmerso en aquellas personas excluidas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y que todas estas características imposibilitaban a la administradora PORVENIR a negar o siquiera desincentivar su afiliación. Resalta que el actor para esta última anualidad tenía 38 años de edad, le faltaban más de 20 años para acreditar el requisito de edad para acceder a una pensión de vejez, por lo cual, una mesada pensional en el régimen de prima media con prestación definida y una mesada pensional en el régimen de ahorro individual con solidaridad eran meras expectativas y en ninguno de estos dos regímenes pensionales era dable realizar una proyección.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto del 20 de enero de 2020, 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. Los extremos procesales, presentaron sus alegaciones reiterando aquello que ya se había expuesto en demanda y contestación.

Finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

Tesis

Revocar la decisión de primer grado. Veamos las razones que llevan a la Sala mayoritaria a consentir en ello.

Ineficacia del traslado

Dentro del presente diligenciamiento, claro es que el folio 80 demuestra que demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de la AFP Porvenir (fl. 80) a efectos de trasladarse de régimen pensional, pues anteriormente se encontraba cotizando al ISS.

Ahora bien, previo a resolver es menester precisar, en relación con la posibilidad de traslado de régimen, que el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, vigente para la época del traslado realizado por el actor, 04 de febrero de 2000 (fl. 133), prescribía que los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: *"Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez"*, este último aparte citado textualmente, fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1024 de 2004, *"exclusivamente por el cargo analizado en esta oportunidad y bajo el entendido que las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden regresar a éste -en cualquier tiempo-, conforme a los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".*

De cara a lo anterior, a folio 31 fue allegada copia del documento de identidad del actor en donde se aprecia que nació el 16 de abril de 1956, por lo que al momento de entrada en vigencia del régimen de la Ley 100 de 1993– para su caso 1° de abril de 1994 – contaba con 34 años, 1 mes y 16 días, así como reportaba un aproximado de 319.42 semanas cotizadas (fl. 41 reverso)

Así, es fácil constatar que el actor no contaba con los 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, según las probanzas incorporadas al plenario se itera, contaba con un aproximado de 484.25 semanas de cotización, equivalente a 6.2 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

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

tener 15 o más años de servicios cotizados, lo que se itera, no acontece con el señor Arias Lemos.

No obstante estar el actor inmerso en tal escenario, pretende la declaratoria de nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Porvenir el 29 de mayo de 1998 (fl. 80), a efecto de permanecer afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con fundamento en que al momento de realizar dicho traslado, la entidad Porvenir, no realizó proyección pensional, ni brindó información suficiente, amplia ni oportuna que le permitiera conocer al accionante las consecuencias, implicaciones y desventajas que le traía el traslado de régimen.

Sobre el tópico, no desconoce esta Sala mayoritaria, la fecunda jurisprudencia de nuestro máximo órgano de cierre, quien ha sostenido lo anteriormente reseñado. V.gr. en la Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011, en la cual se ratificó lo señalado en las sentencias con Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y 31.314, donde se reitera la necesidad de que se brinde información suficiente y veraz sobre las consecuencias de un traslado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Finalmente habrá de recordarse esa norma consignada en el literal b del artículo 11 de la Ley 1328/2009 y que realmente, resulta ser aquella que desarrolló en un primer momento, lo que como hoy conocemos ese deber de asesoría, en el caso que 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 80, del plenario, donde se expresa que con su suscripción se

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

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

Y es de cara a lo narrado, que surgen una serie de interrogantes tales como: (i) En el presente asunto al momento del traslado ¿Qué tipo de efecto nocivo puede causarse al accionante quien contaba con 38 años, había cotizado algo más de 466 semanas y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?, por demás, (ii) durante más de 20 años se benefició de aquellas prerrogativas que otorgaba el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pero es hoy cuando desde su punto de vista no le resulta beneficioso y (iii) acepta en su interrogatorio de parte el hecho de haber leído el formulario de afiliación, que su afiliación fue voluntaria y que conocía que se estaba trasladando de régimen, así como que la asesora le hablo de que podía hacer aportes voluntarios para aumentar la mesada y así da cuenta el folio 81 y 82 (año 1999), que procedió a ello, ante ello, mal puede decir que no conocía del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Y siendo lo anterior así adquiere una mayor connotación lo plasmado en el formulario de afiliación suscrito por el demandante y que obra a folio 80, sin que sea argumento para esta Sala de Decisión la desidia que alega el accionante, máxime cuando en su interrogatorio de parte **confesó** que leyó el formulario de afiliación y que su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad fue voluntaria, realizó aportes voluntarios, aceptando además que conocía o fue informado sobre aspectos puntuales del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mencionados en antecedencia, que realmente de cara a la legislación, no resultan ser imprecisos. Ergo, si fue asesorado al confesar ello en la prementada diligencia.

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

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

El H. Magistrado, Rigoberto Echeverri Bueno expuso que, la ineficacia del traslado no puede predicarse respecto de todos los casos, de manera automática e inconsulta, sino que es necesario la ocurrencia de un perjuicio claro, cierto, y específicamente determinable para el afiliado en el momento que se produjo el traslado, como cuando

se pierde el régimen de transición sin ser advertido ello, o cuando se compromete ostensible o inconscientemente el nacimiento de un derecho pensional.

Así mismo, explicó que las barreras informativas respecto de la naturaleza y variables de cada régimen, e ignorar las consecuencias jurídicas de la decisión de trasladarse, así como el correlativo deber de cada administradora de pensiones de subsanarlo a partir de suministrar información clara y suficiente no puede ser medido con el mismo rasero en todos los casos, pues si bien existen casos en que se toma la decisión por parte del afiliado de forma inconsciente y maquinal, hay otros, en los que no se evidencian perjuicios que se deriven del momento en que se adoptó la decisión de traslado, pues no se produce un efecto cierto o por lo menos determinable en ese momento; perjuicios que sea dicho no se observan cuando el accionante decidió su traslado el 04 de febrero de 2000.

Por su parte, y de una forma más amplia el H. Magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán, luego de hacer un estudio de las características propias del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y Régimen de Prima Media con Prestación Definida, así como de las razones o móviles de su creación, expone que sólo los afiliados que perdieron el régimen de transición son aquellos que pueden sufrir un daño en su expectativa pensional, lo que se puede deducir del Decreto 1642 de 1995, que permitió el retorno de afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida hasta el 01 de julio de 1996, con el ánimo de conservar su expectativa; criterio que sea dicho de paso, resulta consecuente con el literal e) del artículo 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 conllevan a consecuencias jurídicas distintas, tales como: la suscripción de un formulario de afiliación de forma libre, voluntaria y espontánea, que conforme a lo expuesto, a lo largo de esta providencia, obligaba al fondo privado a su recepción; es la ley la que establece cuales son las características del RAIS; y se desconocía

para el momento del traslado, 20 años atrás, la mesada que le correspondería a la accionante por concepto de pensión de vejez.

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

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

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

Tampoco se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en el demandante para su afiliación, por parte de la AFP, en consonancia con el art. 1515 del CC, pues de las afirmaciones efectuadas al absolver el interrogatorio de parte, es factible inferir que conocía algunas de las posibilidades que ofrece el RAIS, al admitir que los asesores de la AFP PORVENIR, le indicaron que tendría una cuenta de ahorro individual y que podía hacer aportes voluntarios para aumentar su mesada pensional.

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

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

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

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

Inquieta entonces a esta Colegiatura, el determinar qué tan ajustado a la ley y al principio de solidaridad que gobierna nuestro sistema pensional, de cara a las previsiones del artículo 48 Superior sobre la sostenibilidad de éste último, sería el aceptar que, un particular a quien sólo prácticamente habiendo cumplido la edad para pensionarse – puesto que a la fecha de presentación de la demanda (fl. 1) 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 habérsele proyectado una prestación económica cuando le faltaban aproximadamente 28 años en edad y un aproximado de más de 830 semanas para causar tal derecho justifica un vicio del consentimiento, el que resultaría ser inexistente para tal momento.

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

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

Por otra parte, debe expresarse por esta Magistrada, que dada la nueva integración de la Sala Segunda de Decisión Laboral, se acogen ampliamente esos argumentos expuestos por el Dr. Lorenzo Torres Russy y propuestos en el Código Único de Radicación: 11001310500720170025 9-01, fecha de sentencia 8 de julio de 2020, que a la letra se expresan así y se acompasan plenamente al criterio que viene siendo sostenido por ésta funcionaria y la llevan a las mismas conclusiones presentadas por el prementado funcionario.

En síntesis, se plantean en esa decisión, las siguientes conclusiones y a la letra:

"CONCLUSIONES I:

...la afiliación al sistema general de pensiones es un acto jurídico unilateral y de adhesión a las condiciones previstas en la ley para el RPM y para el RAIS; que la afiliación no tiene naturaleza contractual; que la elección debe ser libre y voluntaria; que las contingencias y obligaciones originadas en el acto de afiliación están contenidas en la ley y pueden ser modificadas por el legislador cuando las circunstancias lo ameriten; que la elección de un régimen pensional tiene por objeto escoger una forma de financiar la pensión y no un monto pensional; que la determinación de condiciones pensionales y expectativa de un monto pensional al momento de la afiliación no es posible; que no hay posibilidad de señalar como mejores unas que otras al momento de la afiliación; que los afiliados a la seguridad social no ostentan un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras, esto es, las pensiones respecto de las cuales no se ha producido el hecho que las causa; que las condiciones de afiliación a un de régimen son un asunto de orden legal y no constitucional.

...

CONCLUSIONES II.

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

...

CONSLUSIONES III.

De lo expuesto resulta fundado concluir que:

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

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

...

CONCLUSIONES IV.

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

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

I. 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.

II. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

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

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

Los Magistrados,

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
(Salvamento de Voto)

LORENZO TORRES RUSSY

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de un salario y medio mínimo legal mensual vigente a cargo de la parte actora y el cual será distribuido por partes iguales entre las demandadas.

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

TSB-SALA LABORAL

52355 17JUL'20 PM12:13

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda Laboral

ACLARACION DE VOTO

Proceso 2017-00092-01

ERNESTO ARIAS LEMOS VS COLPENSIONES Y OTRA.

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

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

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

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

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

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

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

Asiste razón al apelante en el reparo que hace por la ausencia de pronunciamiento frente a la AFP Old Mutual, sin embargo esta guardo silencio.

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

LORENZO TORRES RUSSY

MAGISTRADO

52355 15ABR20 14:20:08

52356 17JUL20 PM12:13

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

SALVAMENTO DE VOTO

MARCELIANO CHAVEZ AVILA

Magistrado

Sala Segunda de Decisión Laboral

Ref.: Expediente Rad-0520170009201 Proceso: Ordinario Laboral
DTE: ERNESTO ARIAS LEMUS .DDO: COLPENSIONES Y OTRO
MP: RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA /Fallo de JULIO 17 de 2020.

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

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

2-Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 de septiembre 9 de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma fecha. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011.Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014.Y más recientemente en

sentencias SL 17595-2017 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018, SL1452-2019 de abril 3/19, SL1421-2019 de abril 10/19, SL1688-219 de mayo 8/19, SL1689-2019 de mayo 8/19.

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

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

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

Fecha ut supra,

MARCELIANO CHAVEZ AVILA

Magistrado

TSB-SALA LABORAL
52356 17JUL'20 PM12:13