

Magistrada Sustanciadora: RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
Clase de Proceso: ORDINARIO –Apelación sentencia
Radicación No. 11001310501720180482-01
Demandante: LUIS IGNACIO ESTRADA HOYOS
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., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020).

Discutido y Aprobado según Acta No 003

I. ASUNTO A TRATAR

Se deciden los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por las demandadas, en contra de la sentencia proferida el 13 de febrero de 2020 por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, así como el grado jurisdiccional de **CONSULTA** a favor de dicha entidad, dentro del proceso ordinario laboral que **LUIS ESTRADA HOYOS** promoviese contra Colpensiones y Protección S.A.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos.

El actor demandó a COLPENSIONES, y PROTECCIÓN, a fin de que se declare la anulación por ineficacia de la afiliación y traslado que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por omisión en el deber profesional de información; se ordene su traslado a COLPENSIONES sin solución de continuidad, y por ende la devolución de todos los dinero que se recibió con motivo de la afiliación al RAIS; y que se condene a PROTECCIÓN a seguir pagando la pensión en caso de haberla otorgado hasta tanto sean trasladados por el fondo demandado todos lo recursos para financiar su deuda pensional y sea incluido en nómina por COLPENSIONES.

Para fundamentar su pretensión, expresó: 1) Se afilió al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 01 de octubre de 1985; 2) En razón de la publicidad y de la gestión realizada por los fondos privados se trasladó al RAIS el 01 de septiembre de 1994; 3) Al momento de suscribir el formulario de afiliación solamente se limitó a llenar un formato preestablecido sin que se le entregara información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta, respecto de las prestaciones económicas y beneficios versus las consecuencias negativas del RAIS; 4) Al momento del traslado no le fueron entregadas proyecciones ni la tabla de mortalidad de rentistas que se estaba utilizando por parte del fondo privado, así como tampoco se

le dijo hasta que edad debía cotizar para alcanzar una pensión igual o equivalente a la del ISS, el capital a tener para obtener una pensión mínima, que debía negociar su bono pensional para lograr una pensión de forma anticipada, que la prestación se liquidaría teniendo en cuenta una expectativa de vida conjunta, y que tenía derecho de retracto; 5) Solicitó a COLPENSIONES y PROTECCIÓN la anulación de su traslado, sin que se hubiere proferido respuesta; y 6) Su monto en el RPMPD sería de \$5'532.574, y en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es de \$2'042.195.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones. Expresó, que no obra prueba de la que al demandante se le hubiere hecho incurrir en error o se estuviese en presencia del vicio del consentimiento; no observa notas de protesta o anotación alguna que permita inferir que hubo inconformidad del demandante, y por el contrario, denota es la voluntad libre y espontánea de afiliarse al RAIS; que el actor no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, 15 años de servicios al 01 de abril de 1994 y pretender permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad pese a la declaración de ineficacia, es un acto de ratificación en la afiliación.

Agregó que los vicios que se alegan generan nulidad relativa, sin que el error alegado tenga la identidad suficiente para considerar inexistente el acto, por demás, si existiese ella se encontraría saneada y lo amparado por la Corte Constitucional a través de la sentencia SU-062 de 2010 fueron expectativas legítimas, al igual que la Corte Suprema de Justicia en diversas sentencias; y para adoptar la decisión a que haya lugar, se debe preservar el principio de la sostenibilidad financiera.

Propuso como excepciones las de inexistencia del derecho para regresas al RPMPD, prescripción, saneamiento de la nulidad alegada, entre otras.

PROTECCIÓN también sentó oposición frente a las pretensiones incoadas. Aduce, que sus asesores comerciales son capacitados permanentemente y cuentan con el conocimiento técnico y la lealtad moral suficientes para orientar a los posibles afiliados sobre todas las condiciones propias del RAIS, señalándose características tales como, la construcción de un capital en cuenta de ahorro individual que genera rendimientos, la posibilidad de pensionarse de forma anticipada siempre que se cuenta con un capital superior al 110% de un salario mínimo legal mensual vigente, que sus aportes hagan parte de una masa sucesoral, las diferencias con el RPMPD sin que pueda hablarse de desventajas debido a que ambos tienen sus contrastes, que podría tener derecho a una pensión de garantía mínima o a devolución de saldos; que por la decisión la decisión del accionante fue libre, voluntaria, y sin presiones, y se plasmó en el formulario de afiliación; no existía la obligación de liquidar la pensión al momento del traslado; el pago por concepto de pensión de garantía

mínima no puede devolverse, ya que, estos rubros van destinados a personas que no cumplen el derecho a la pensión en el RAIS y acreditan requisitos de edad y tiempo.

Propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, y prescripción,

3. Providencia Recurrida.

El *A quo* dictó sentencia condenatoria:

PRIMERO. - DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, y prescripción, propuestas por las entidades administradoras de pensiones demandadas COLPENSIONES Y PROTECCIÓN.

SEGUNDO. - DECLARAR que el traslado del actor al RAIS administrado por PROTECCIÓN fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.

TERCERO. - DECLARAR que el actor se encuentra legalmente afiliado al RPMPD administrado por COLPENSIONES y que esa entidad tiene la obligación legal de validar la vinculación del demandante sin solución de continuidad.

CUARTO. - ORDENAR a PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación del actor, tales como cotizaciones, sumas adicionales de aseguradora si a ello hubiere lugar, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses, sin lugar a descuento alguno por parte de la entidad administradora de pensiones.

QUINTO. - ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de fondo a favor del demandante, y a convalidarlos en la historia laboral del actor para efecto de la suma de semanas a que haya lugar en ese régimen pensional.

En síntesis, se consideró dentro del presente asunto, luego de recapitular demanda y contestación que, el accionante no acumula 15 años de servicios al 01 de abril de 1994 para poder retornar al RPMPD, según sentencias C-789 de 2002 y SU-062 de 2010, así como tampoco era beneficiario del régimen de transición; que al tener el accionante alrededor de 447 semanas, era necesario que el fondo privado adelantara una gestión adicional, informando las características del RAIS, pues posiblemente se señalaron las ventajas, pero no se informó de forma clara las condiciones jurídicas, y económicas del sistema, más aun cuando para la época lo único que se pretendía era engrosar el número de afiliados; que la anterior carga de demostrar que se suministró información era de fondo privado, señalándose las ventajas y desventajas, así como las diferencias de regímenes; que existen diferencias cuantitativas importantes según estudio actuarial y testimonio que rindió el perito entre lo que le correspondería al accionante en el RAIS en contraste con el RPMPD; del interrogatorio de parte del actor se puede establecer que desconoce las reglas del RAIS y que no tenía claro su funcionamiento; que hay que trasladar aportes, rendimientos, bonos pensionales, sin que pueda PROTECCIÓN descontar gastos

administrativos; y que no opera prescripción, dado que se estaba en formación el derecho pensional.

4. Argumentos de los recurrentes

Apeló la apoderada de la **PROTECCIÓN**. Manifiesta que, el único propósito de la entidad no fue engrosar su nómina de afiliados, ya que, las AFP se crearon conforme a la ley, y siempre han actuado conforme a ella; que no ha existido engaño, como quiera que, el actor suscribió un acto jurídico válido y libre de cualquier vicio de consentimiento; que el demandante va a recibir una mesada pensional digna versus a lo que recibiría un ciudadano del común; y que al accionante se le brindó una re asesoría y se un buen consejo, dándosele el mayor beneficio a sus aportes.

Por su parte, la apoderada de **COLPENSIONES** también apeló. Señala, que frente a la carga de la prueba del deber de información surge con la Ley 100 de 1993, se suple con el formulario de afiliación; que en interrogatorio de parte se observa que el actor tenía conocimientos propios del RAIS; que no hay lugar a costas porque si bien se presentó oposición es porque está imposibilitada de reconocer el traslado por la limitación de edad que contiene la Ley 797 de 2003, al tener 62 años; y que el demandante al momento del traslado no estaba ni cerca de lograr una mesada pensional ni era beneficiario del régimen de transición.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto del 9 de marzo de 2020, se admiten los recursos de apelación y 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 la demandada COLPENSIONES presentaron en tiempo, sus consideraciones las cuales se tradujeron en reiterar lo expuesto en el recurso de apelación y demanda; respectivamente.

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 DE LA SALA

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 01 de septiembre de 1994 el demandante suscribió formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A. (fl. 53) 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, 01 de septiembre de 1994 (fl. 53), prescribía que los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: *“Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”*, este último aparte citado textualmente, fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1024 de 2004, *“exclusivamente por el cargo analizado en esta oportunidad y bajo el entendido que las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden regresar a éste -en cualquier tiempo-, conforme a los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”*.

De cara a lo anterior, a folio 65 fue allegada copia del documento de identidad del actor en donde se aprecia que nació el 02 de abril de 1956, por lo que al momento de entrada en vigencia del régimen de la Ley 100 de 1993– para su caso 1º de abril de 1994 – contaba con 38 años, así como reportaba un aproximado de 443,58 semanas cotizadas (fls.44 a 48).

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 443,58 semanas de cotización,

equivalente a 8,5 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

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

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 PROTECCIÓN el 01 de septiembre de 1994 (fl. 53), 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, 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 54 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: ¿Qué tipo de efecto nocivo puede causarse al accionante quien contaba con 38 años, si bien había cotizado un poco más de 460 semanas y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?, por demás, (ii) durante más de 23 años se benefició de aquellas prerrogativas que otorgaba el Régimen de Ahorro Individual

con Solidaridad, pero es hoy cuando desde su punto de vista no le resulta beneficioso y (iii) acepta y confiesa en el hecho segundo de la demanda que uno de los móviles principales que llegó al demandante a trasladarse de régimen fue la publicidad existente en el monto (fl.5), así como también se expone en su interrogatorio de parte que recibió una **re asesoría pensional** donde le manifestaron diferencias del régimen, y donde se entiende ratificó su ánimo o voluntad de permanecer en el RAIS. Y de forma primigenia confesó que: *“nos dijeron que el ISS se iba a acabar, que íbamos a tener mejor pensión, y que podíamos pensionarnos anticipadamente”*.

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 54, sin que sea argumento para esta Sala de Decisión la desidia que alega el 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 re - asesorado al confesar ello en la prementada diligencia, pero pretende restarle peso acotando que le seguían insistiendo en mantenerse en el mismo régimen.

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 1º 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 2º de la Ley 797 de 2003 que concedió un año de gracia para trasladarse entre regímenes sin importar los términos de permanencia, así con la referida sentencia C-789 de 2002 y la expedición del Decreto 3800 de 2003, norma que consintió el retorno de beneficiarios del régimen de transición que tenían al 01 de abril de 1994, 15 años de servicios, lo que también fue objeto de desarrolló por la H. Corte Constitucional, a través de las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013, salvaguardando únicamente intereses de los beneficiarios del régimen de transición.

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

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

En ese sentido, considera que la alta Corporación mal podría afirmar, de forma categórica que, la consecuencia de la ineficacia del traslado en todos los casos, “implica privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al RPMPD”, cuando se observa particularidades que podrían conllevar a consecuencias jurídicas distintas, tales como: la suscripción de un formulario de afiliación de forma libre, voluntaria y espontánea, que conforme a lo expuesto, a lo largo de esta providencia, obligaba al fondo privado a su

recepción; es la ley la que establece cuales son las características del RAIS; y se desconocía para el momento del traslado, 23 años atrás, la mesada que le correspondería al accionante por concepto de pensión de vejez.

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

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

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

Tampoco se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en el demandante para su afiliación, por parte de la AFP, en consonancia con el art. 1515 del CC, pues de las afirmaciones efectuadas al absolver el interrogatorio de parte, es factible inferir que conocía algunas de las posibilidades que ofrece el RAIS, al admitir que los asesores de la AFP PROTECCIÓN, le indicaron que podría pensionarse anticipadamente.

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 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. Lo que cobra fuerza con lo expuesto por el perito que compareció a juicio Vidal Arturo Castelblanco, quien informó que se el cálculo se debía realizar conjeturando la existencia de una fidelidad del actor en el sistema.

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 ¿sí 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 prácticamente cumplido la edad para pensionarse – puesto que a la fecha de presentación de la demanda (fl. 58) contaba con 56 años, 6 meses, y 12 días -, -, es que pretende retornar a un régimen donde nunca contribuyó al pago de las pensiones “de cada vigencia” y sólo, so pretexto de no habersele proyectado una prestación económica cuando le faltaban aproximadamente 23 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.

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? 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.

Al respecto, 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, justicia y bien general sería el aceptar que, un particular a quien sólo haciendo cumplido la edad para pensionarse – puesto que a la fecha de presentación de la demanda (fl. 1) contaba con 62 años, 4 meses, y 21 días -, es que pretende retornar a un régimen donde nunca contribuyó al pago de las pensiones “de cada vigencia” y sólo, so pretexto de no habersele proyectado una pensión cuando le faltaban aproximadamente 23 años en edad y un aproximado de más de 830.43 semanas para causar tal derecho justifica un vicio del consentimiento que resultaría ser inexistente al momento del traslado, o alega que no se acató el correspondiente deber de información frente a presupuestos que resultarían impredecibles en dicho momento.

Finalmente, 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.”*

Son suficientes entonces las anteriores consideraciones para REVOCAR 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

Costas en ambas instancias a cargo de la parte actora. En segunda, únicamente a favor de COLPENSIONES.

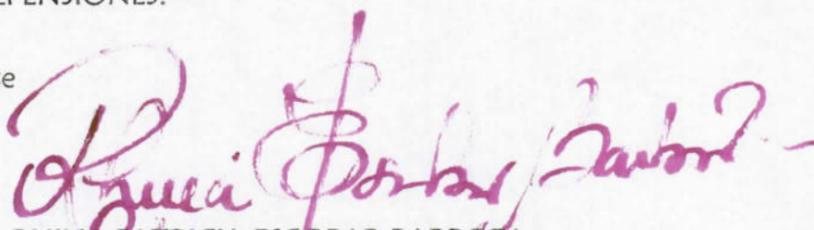
En mérito de lo expuesto la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y, por autoridad de la ley

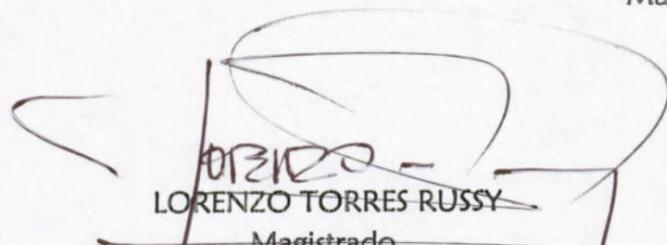
RESUELVE:

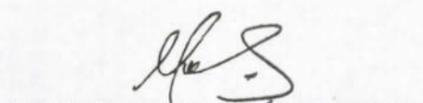
PRIMERO: REVOCAR la sentencia. En su lugar, se DECLARA PROBADA DE OFICIO LA EXCEPCIÓN DE EFICACIA DEL ACTO DE AFILIACIÓN DEL DEMANDANTE, y en consecuencia, se ABSUELVE a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la parte actora. Costas en ambas instancias a cargo de la parte actora. En segunda, únicamente a favor de COLPENSIONES.

Notifíquese y cúmplase


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
Magistrada


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado
(Aclaración de voto)


MARCELIANO CHÁVEZ AVILA
Magistrado
(Salvamento de voto)

AUTO. Fíjense como agencias en derecho y en esta instancia, la suma de medio salario mínimo legal mensual vigente.


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

TSB SECRET 5 LABORAL
51883 3116 20 PM 3006

RR

REC-10

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL
SALVAMENTO DE VOTO
MARCELIANO CHAVEZ AVILA
Magistrado

TSB SECRET S. LABORAL



51895 5AUG28 PM 5:37

Sala Segunda de Decisión Laboral

Ref.: Expediente Rad-17201800048201 Proceso: Ordinario Laboral
DTE: LUIS IGNACIO ESTRADA HOYOS -.DDO: COLPENSIONES Y OTRO
MP: RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA/Fallo de JULIO 31 de 2020.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, me permito manifestar, que me aparto del respetable criterio jurídico de la H. Magistrada Ponente y el H. Magistrado que acompaña 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 casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba 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 ha proferido 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, presupuestos que el fallo del que me aparto no reúne.

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.

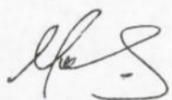
Se dejó claro a manera de conclusión: -Que el deber de información está establecido en la ley a cargo de los fondos privados; -que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación; -que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas, que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado; -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 el(os) fondo(s) demandado(s) al contestar la demanda, no allega(n) 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 RAI, y sus decretos reglamentarios 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5, encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

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

Fecha ut supra,



MARCELIANO CHAVEZ AVILA

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda Laboral

51094 5AUG'20 PM 5:37
51094 5AUG'20 PM 5:37

ACLARACION DE VOTO

Proceso 2018-000482-01

LUIS IGNACIO ESTRADA 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 correspondientes, está asignado a la autoridad administrativa allí señalada.

Sobre el resarcimiento de los perjuicios causados al afiliado por el incumplimiento en el deber de información o la deficiencia del mismo, el 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 integralmente 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 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, ya que estos no pueden confundirse con las consecuencias legales del traslado.

Las afirmaciones anteriores están ampliadas y concordadas con citas jurisprudenciales, en la sentencia dictada en el proceso ordinario de BEATRIZ HELENA NIETO LEZAMA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A. RADICADO: 11001 3105 004 2018 00373 01, con ponencia del suscrito magistrado.


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

Código Único de Identificación: 1100131050392018000426 -01

Demandante: JORGE FERNANDO RODRÍGUEZ NIÑO

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., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020).

Discutido y Aprobado según Acta No 003.

AUTO DE SUSTANCIACIÓN

PRIMERO: RECONOCER personería adjetiva a la abogada LILIAN PATRICIA GARCÍA GONZÁLEZ con Tarjeta Profesional 187.952 como procuradora sustituta 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 13 de septiembre de 2019 dentro del proceso ordinario laboral que JORGE FERNANDO RODRÍGUEZ NIÑO 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 del actor del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y como consecuencia de ello se ordene a Porvenir a trasladar a Colpensiones todos los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual del accionante, incluyendo los intereses, rendimientos y comisiones de administración. Así mismo deprecia que se declare que Colpensiones es la encargada de reconocer la pensión desde el momento en que acredite los requisitos para ello.

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.

Código Único de Identificación: 1100131050392018000426 -01

Demandante: JORGE FERNANDO RODRÍGUEZ NIÑO

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

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 legítima que la lleve a ser cobijado bajo las mismas premisas de las dichas sentencias.

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 el actor no está amparado por el régimen de transición, por lo que no puede retornar al Régimen de Prima Media en cualquier

Código Único de Identificación: 1100131050392018000426 -01

Demandante: JORGE FERNANDO RODRÍGUEZ NIÑO

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A

tiempo, ello debió hacerlo cuando le faltaran más de 10 años para cumplir con el requisito de la edad.

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, en este caso el consentimiento; y que, si en gracia de discusión ello se aceptara, la nulidad no se alegó dentro del término dispuesto en el artículo 1750 ídem. Adicionalmente, aclara 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 del demandante al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato que autorizó el traslado de régimen en su momento.

3. Providencia recurrida

La A quo dictó sentencia condenatoria:

“PRIMERO. - DECLARAR que el traslado que hizo el señor Jorge Fernando Rodríguez Niño del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, con efectividad a partir del 01 de diciembre de 1998, es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto se debe entender que jamás se separó del Régimen de Prima media con Prestación Definida.

SEGUNDO. - CONDENAR a Porvenir a que transfiera al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con sus rendimientos y las 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 Porvenir, 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 demandadas. (...)”

En síntesis, refirió que conforme a la Corte Suprema de Justicia cuando se habla del consentimiento libre y espontáneo se hace referencia a que las administradoras de fondos de pensiones deben asegurarse que el afiliado tenga el conocimiento claro, que se le haya dado la información completa, detallada, en términos comprensibles y comparada, de los sistemas de pensiones que hay en el mercado, sus diferencias, ventajas y desventajas, y especialmente, los requisitos para lograr el derecho pensional, máxime cuando existía a cargo de los fondos privados el deber de información, dado que el

Código Único de Identificación: 1100131050392018000426 -01

Demandante: JORGE FERNANDO RODRÍGUEZ NIÑO

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A

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 si bien se allegó el formulario de afiliación con Porvenir, del mismo no se extracta que fue lo que se le explicó, con lo que se encuentra que no se cumplió con la carga de la prueba, pues no se evidenció que efectivamente el demandante hubiese adoptado la decisión de manera libre y voluntaria.

4. Argumentos de los Recurrentes

Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. Adujo que, al ordenar la devolución de los cuotas o gastos de administración se está configurando un enriquecimiento por parte de Colpensiones, pues, si bien se habla de devolver las cosas al estado en el que se encontraban, resulta que si el demandante nunca se hubiese trasladado a Porvenir no habría obtenido rendimientos, además, la administradora descontó esas cuotas en uso de la facultad otorgada por la Superintendencia Financiera y de forma diligente obtuvo rendimiento de los dineros existentes en la cuenta del afiliado, por lo que devolver las cuotas de administración y los rendimientos que se generaron durante la afiliación del demandante se generaría un enriquecimiento ilícito dentro de la cuenta de este.

Resalta que la asesoría brindada al afiliado fue completa, clara y exigible, acorde a la simetría de las leyes preexistentes para ese momento, máxime cuando la obligatoriedad de las simulaciones pensionales nació hasta el año 2015, por lo que dicha entidad no podría haber realizado una simulación pensional con el valor de la mesada que podría obtener el actor, porque no se podía saber el monto por el cual iba a cotizar por los siguientes años.

Colpensiones expresa que, no hubo una falta de información, no siendo posible alegar una ineficacia de la afiliación, toda vez que al momento de efectuar la afiliación al demandante se le brindó toda la información que requería en su debida oportunidad, además, que en la Ley 100 de 1993 se encuentran todos los beneficios,

Código Único de Identificación: 1100131050392018000426 -01

Demandante: JORGE FERNANDO RODRÍGUEZ NIÑO

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A

requisitos y características del Régimen de Ahorro Individual y del de Prima Media, con lo que no es posible alegar un desconocimiento de las normas, pues la ignorancia de la ley no sirve de excusa para alegar su incumplimiento.

Aduce que el demandante efectuó sus cotizaciones, realizando una ratificación tácita de su interés y voluntad de realizar la afiliación al RAIS, ello conforme lo dispuesto en el artículo 1754 del Código Civil.

Además, indica que el término trienal de que tratan las normas del trabajo y la cuatrienal de las civiles ya se encuentra extinta, con lo que prescribió la oportunidad para interponer la acción de nulidad de la afiliación.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 07 de noviembre de 2019, se admiten los recursos de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 30 de junio del año que avanza se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por apoderados del demandante y de Colpensiones, quienes reiteran lo expuesto en su demanda y contestación, así como recurso interpuesto.

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?

Código Único de Identificación: 1100131050392018000426 -01

Demandante: JORGE FERNANDO RODRÍGUEZ NIÑO

Demandado: COLPENSIONES Y 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 13 de octubre de 1998 el demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A (fl. 16 y 69) 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, 13 de octubre de 1998 (fl. 16 y 69), 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 del actor en donde se aprecia que nació el 26 de abril de 1956, por lo que al momento de entrada en vigencia del régimen de la Ley 100 de 1993— para su caso 1º de abril de 1994 – contaba con 37 años, 11 meses y 4 días, así como reportaba un aproximado de 452.43 semanas cotizadas al ISS hoy Colpensiones (fl. 73 vto).

Así, es fácil constatar que el actor no contaba con los 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, según las probanzas incorporadas al plenario se itera, contaba con un aproximado de 452.43 semanas de cotización, equivalente a 8.8 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la

Código Único de Identificación: 1100131050392018000426 -01

Demandante: JORGE FERNANDO RODRÍGUEZ NIÑO

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A

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 exigibles en cuanto se entienda que los incisos no se aplican a las personas que tenían 15 años o más de trabajo cotizados para el momento de entrada en vigor del sistema de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, conforme a lo dispuesto en el artículo 151 del mismo estatuto. (...)*", con lo que para poder afirmar que una persona se encuentra cobijada por el régimen de transición, en casos como el que nos ocupa, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tendría que tener 15 o más años de servicios cotizados, lo que se itera, no acontece con el señor Rodríguez Niño.

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 13 de octubre de 1998 (fl. 16 y 69), 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

Código Único de Identificación: 1100131050392018000426 -01

Demandante: JORGE FERNANDO RODRÍGUEZ NIÑO

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A

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

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

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

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

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

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

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

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;

Código Único de Identificación: 1100131050392018000426 -01

Demandante: JORGE FERNANDO RODRÍGUEZ NIÑO

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A

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 los folios 16 y 69 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

Código Único de Identificación: 1100131050392018000426 -01

Demandante: JORGE FERNANDO RODRÍGUEZ NIÑO

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A

causarse al accionante quien contaba con 42 años, había cotizado 692.14 semanas en el ISS 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) del folio 69 del diligenciamiento, puede extractarse su calidad de Subgerente de una empresa, lo que claramente no permite predicar en él la calidad de afiliado lego, con la cual pretende escudar su desinterés en su futuro pensional.

En efecto, en este asunto, adquiere una mayor connotación lo plasmado en el formulario de afiliación suscrito por el demandante y que obra a folios 167, sin que sea argumento para esta Sala de Decisión la desidia que se alega por este extremo procesal y se itera, el cargo por él narrado al momento de afiliarse a la administradora de pensiones no permite predicar en él su calidad de afiliado lego.

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

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

El H. Magistrado, Rigoberto Echeverri Bueno expuso que, la ineficacia del traslado no puede predicarse respecto de todos los casos, de manera automática e inconsulta, sino que es necesario la ocurrencia de un perjuicio claro, cierto, y específicamente determinable para el afiliado en el momento que se produjo el traslado, como cuando se pierde el régimen de transición sin ser advertido ello, o cuando se compromete ostensible o inconscientemente el nacimiento de un derecho pensional.

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

Código Único de Identificación: 1100131050392018000426 -01

Demandante: JORGE FERNANDO RODRÍGUEZ NIÑO

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A

momento; perjuicios que sea dicho no se observan cuando el accionante decidió su traslado el 13 de octubre de 1998.

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

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

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

En ese sentido, considera que la alta Corporación mal podría afirmar, de forma categórica que, la consecuencia de la ineficacia del traslado en todos los casos, "implica privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al RPMPD", cuando se observa particularidades que podrían conllevar a consecuencias jurídicas distintas, tales como: la suscripción de un formulario de afiliación de forma libre, voluntaria y espontánea, que conforme a lo expuesto, a lo largo de esta providencia, obligaba al fondo privado a su recepción; es la ley la que establece cuales son las características del RAIS; y se desconocía para el momento del traslado, 22 años atrás, la mesada que le correspondería al accionante por concepto de pensión de vejez.

Código Único de Identificación: 1100131050392018000426 -01

Demandante: JORGE FERNANDO RODRÍGUEZ NIÑO

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A

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, 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 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

Código Único de Identificación: 1100131050392018000426 -01

Demandante: JORGE FERNANDO RODRÍGUEZ NIÑO

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A

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 prácticamente habiendo cumplido la edad para pensionarse – puesto que a la fecha de presentación de la demanda (fl. 42) contaba con 62-, es que pretende retornar a un régimen donde nunca contribuyó al pago de las pensiones "de cada vigencia" y sólo, so pretexto de no habersele proyectado una pensión cuando le faltaban aproximadamente 20 años en edad y un aproximado de más de 600 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

Código Único de Identificación: 1100131050392018000426 -01

Demandante: JORGE FERNANDO RODRÍGUEZ NIÑO

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A

ponente esta Magistrada, se indicó que: *“De lo anterior se infiere que en la decisión que se cuestiona, no se evidencia arbitrariedad constitutiva de vía de hecho, pues la providencia reprochada fue el resultado de una apreciación razonable de la situación fáctica acaecida y consonante con lo dispuesto en las normas que regulaban el tema objeto de estudio y los criterios jurisprudenciales de esta Corporación.”*

Ante ello, se abren paso a las razones expuestas en la apelación y 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

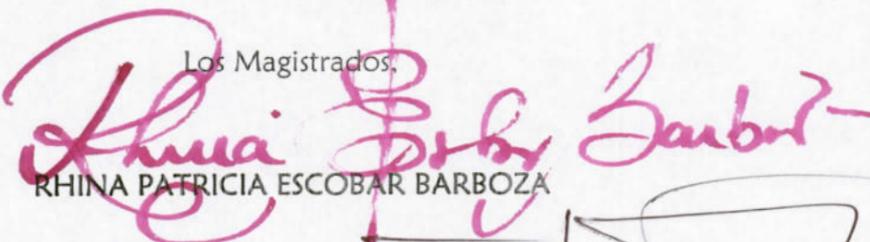
En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,

RESUELVE

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

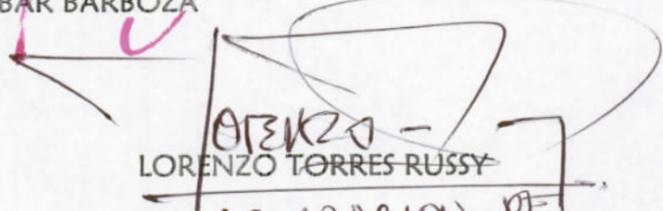
SEGUNDO.- COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte actora.

Los Magistrados,


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
(Salvamento de Voto)

AUTO


LORENZO TORRES RUSSY

SEALAMIENTO DEL
VOTO.

Se señalan como agencias en derecho la suma de un salario y medio mínimo legal

Código Único de Identificación: 1100131050392018000426 -01

Demandante: JORGE FERNANDO RODRÍGUEZ NIÑO

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A

mensual vigente a cargo de la parte actora y el cual será distribuido por partes iguales entre las demandadas.


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

51097 080620 PM 5:39

TSB SECRET 5. LABORAL

WSP

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL
SALVAMENTO DE VOTO
MARCELIANO CHAVEZ AVILA
Magistrado

TSB SECRET S. LABORAL

31898 5AUG20 PM 5:39

MSL

Sala Segunda de Decisión Laboral

Ref.: Expediente Rad-39201800042601 Proceso: Ordinario Laboral
DTE: JORGE FERNANDO RODRIGUEZ NIÑO -.DDO: COLPENSIONES Y OTRO
MP: RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA/Fallo de JULIO 31 de 2020.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, me permito manifestar, que me aparto del respetable criterio jurídico de la H. Magistrada Ponente y el H. Magistrado que acompaña 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 casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba 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 ha proferido 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, presupuestos que el fallo del que me aparto no reúne.

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.

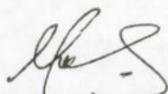
Se dejó claro a manera de conclusión: -Que el deber de información está establecido en la ley a cargo de los fondos privados; -que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación; -que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas, que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado; -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 el(os) fondo(s) demandado(s) al contestar la demanda, no allega(n) 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 RAI, y sus decretos reglamentarios 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5, encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

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

Fecha ut supra,



MARCELIANO CHAVEZ AVILA

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Salta Segunda Laboral

TSB SECRET S. LABORAL

51098 28/06/20 PM 5:39

ACLARACION DE VOTO

Proceso 2018-00426-01

JORGE RODRIGUEZ VS COLPENSIONES Y OTRA.

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

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

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

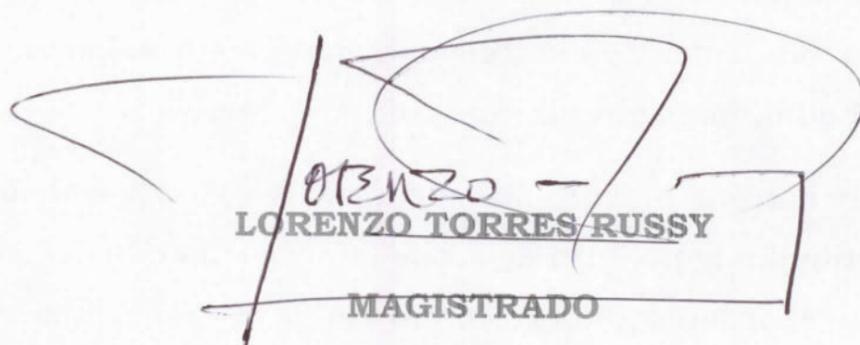
Sobre el resarcimiento de los perjuicios causados al afiliado por el incumplimiento en el deber de información o la deficiencia del mismo, el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, establece que la responsabilidad corresponde a la AFP.

Las normas del Código Civil y las del Código de Comercio que regulan la nulidad y la ineficacia de pleno derecho, respectivamente, no son aplicables en materia de seguridad social, por encontrar regulada integralmente 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 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, ya que estos no pueden confundirse con las consecuencias legales del traslado.

Las afirmaciones anteriores están ampliadas y concordadas con citas jurisprudenciales, en la sentencia dictada en el proceso ordinario de BEATRIZ HELENA NIETO LEZAMA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A. RADICADO: 11001 3105 004 2018 00373 01, con ponencia del suscrito magistrado.


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

Código Único de Identificación: 110013105003201900097 -01
Demandante: CARMENZA MORENO GONZÁLEZ
Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020).

Discutido y Aprobado según Acta No 003

AUTO DE SUSTANCIACIÓN

PRIMERO: Téngase como apoderada general de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones- a la firma Navarro Rosas Abogados Asociados S.A.S., en los términos y para los efectos de la Escritura Pública No. 3375 del 02 de septiembre de 2019.

SEGUNDO: Téngase como apoderado sustituto de la demandada Colpensiones al Doctor Michael Cortázar Camelo, con T.P No. 289.256 del C.S. de la J., en los términos y para los efectos de la sustitución allegada.

I. ASUNTO

Se decide los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por la parte demandada y estudiar en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de diciembre de 2019 dentro del proceso ordinario laboral que CARMENZA MORENO GONZÁLEZ promoviese contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la “nulidad” o ineficacia del traslado que la actora materializó del Régimen de Prima Media con

Código Único de Identificación: 110013105003201900097 -01
Demandante: CARMENZA MORENO GONZÁLEZ
Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A

Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y en consecuencia de ello, se tenga como válida la afiliación hecha al ISS hoy Colpensiones, y se ordene el traslado de los dineros aportados por la accionante.

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.

Protección S.A.. Se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción), expuso, 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. Adujo además, 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 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.

Código Único de Identificación: 110013105003201900097 -01

Demandante: CARMENZA MORENO GONZÁLEZ

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

Finalmente, indica que la actora 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 accionante 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.

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

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

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

Colpensiones. Se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción), expuso,

Código Único de Identificación: 110013105003201900097 -01
Demandante: CARMENZA MORENO GONZÁLEZ
Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A

en síntesis, que el traslado efectuado por la demandante se llevó a cabo de manera libre y voluntaria y que para el mismo se le suministró la totalidad de la información clara y precisa respecto de los efectos jurídicos de dicho traslado.

Indica que la accionante se encuentra inmersa dentro de una prohibición legal, como quiera que le faltan menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión en el Régimen de Prima Media, con lo que no puede retornar a este y que tampoco es beneficiaria del régimen de transición.

Refiere que, en este asunto no se presenta vicio alguno en el consentimiento ni por error, ni fuerza o dolo, pues la demandante siempre estuvo consciente de la afiliación que estaba realizando, sabía que se trataba del traslado de sus aportes en pensión, no fue obligada, ni mucho menos se ejerció presión o fuerza para realizar el traslado, como tampoco hay prueba que demuestre que el asesor actuó de manera dolosa y con la intención de ocasionar un daño.

3. Providencia recurrida

El A quo dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO. - **DECLARAR** la ineficacia del traslado de la demandante Carmenza Moreno González del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el otrora Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado en su momento por Horizonte S.A., realizado el 20 de marzo de 1997 con efectividad a partir del 1° de mayo del mismo año, al igual que los realizados posteriormente y de forma horizontal, de la AFP Horizonte a Porvenir el 31 de diciembre de 2000, y finalmente de Porvenir a Protección el 1° de julio de 2002, para entender vinculada a la demandante, en forma válida al Régimen Solidario de Prima Media administrado por Colpensiones, todo de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. - **CONDENAR** a Protección Pensiones y Cesantías S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante Carmenza Moreno González por concepto de cotizaciones obligatorias, bono pensional, y todos los rendimientos financieros causados, conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. – **ORDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a aceptar el traslado de los aportes que efectúe Protección Fondo de Pensiones y Cesantías S.A., para que proceda a activar la afiliación de la demandante, como si nunca se hubiese trasladado del Régimen de Prima Media con Prestación

Código Único de Identificación: 110013105003201900097 -01
Demandante: CARMENZA MORENO GONZÁLEZ
Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A

Definida y así mismo actualice las información de la historia laboral de la demandante, en semanas cotizadas.

CUARTO. –DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción propuesta por cada una de las demandadas, conforme a lo considerado en la parte motiva (...)

En síntesis, estimó que para la fecha en la cual la actora efectuó el traslado de régimen pensional, esto es para marzo de 1997 ya existía norma que obligaba a las administradoras de fondos de pensiones a brindar una información clara, veraz y oportuna a los posibles afiliados en el momento de la promoción y durante el desarrollo de la vinculación, la cual se encuentra en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 y de la cual surge la obligación legal de la carga de la prueba en cabeza de las AFPs.

Así mismo, surge de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia la doctrina del precedente vertical, desde el 9 de septiembre de 2008 con el radicado No. 31989, en donde se precisó a quien le corresponde la carga de la prueba en estos casos, diciendo que el engaño no solo se produce en lo que se afirma, sino en el silencio que se guarda, de manera que la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada; posición que fue reiterada de manera posterior y pacífica en los distintos pronunciamientos de la Alta Corporación, en los cuales se concluyó que son las entidades de Seguridad Social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado pueda conocer los riesgos del traslados, así como los beneficios que este le reportaría, pues de otra manera no podría explicarse el cambio de régimen.

Así mismo, menciona, que sigue el precedente de la mentada Corporación, en el sentido de tener en cuenta que los formularios con leyendas pre impresas no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, pues a lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.

Para el caso particular, aduce, revisado el material probatorio allegado al proceso, no se logra establecer que el otrora fondo de pensiones Horizonte (hoy Porvenir), ni Protección, hubiera cumplido con el deber legal de haber brindado información a la demandante en forma completa, verás, profunda y oportuna, acerca de las ventajas y desventajas del traslado de régimen.

Aclara que, conforme la jurisprudencia, el traslado entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen.

Código Único de Identificación: 110013105003201900097 -01
Demandante: CARMENZA MORENO GONZÁLEZ
Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A

4. Argumentos de los Recurrentes.

Porvenir S.A., aduce que la demandante conocía las características del Régimen de Ahorro Individual, así como las del Régimen de Prima Media y así optó por su mejor opción.

Solicita se tenga en cuenta que el Régimen de Prima Media se basa en la solidaridad, por lo que conceder el traslado contribuye a la desfinanciación del mismo sistema pensional, pues esto resultaría en el reconocimiento de una prestación en un régimen en el cual no ha cotizado gran parte de su vida laboral.

Finalmente, depreca que no se tenga en cuenta como indicio en su contra la falta de documentación al momento en que se prestó la asesoría de la demandante, ya que el deber de documentar la información sólo surgió con la Ley 1748 de 2014, la cual no tiene efectos retroactivos, por lo tanto no puede endilgarse a las administradoras de fondos de pensiones obligaciones que no se tenían para la fecha en que se efectuó el traslado de la demandante.

Por su parte **Colpensiones**, menciona que los criterios jurisprudenciales usados por la primera instancia para decidir no le son aplicables a la demandante, pues ella misma en el interrogatorio de parte manifiesta que en el año 2003 recibió una re-asesoría, con lo cual tenía pleno conocimiento de las características de los dos regímenes pensionales existentes, de suerte que no puede predicarse la existencia de una ineficacia del traslado.

Refiere que, no puede predicarse que existió un vicio en el consentimiento, cuando desde hace 16 años la actora tiene conocimiento de las características de los regímenes pensionales, por lo que no puede aducirse que se vislumbra una falta de conocimiento de la demandante en los que se refiere a las diferentes características del régimen pensional.

Indica que, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, si bien se hace referencia a las relaciones contractuales existentes entre los demandantes y las diferentes AFPs, no se tiene en cuenta aquel tercero que nada tiene que ver, esto es Colpensiones, ya que es justamente esta entidad la que tiene que asumir las cargas prestacionales, existiendo una repercusión en el principio de sostenibilidad financiera al tener que hacerse cargo de prestaciones de las cuales no tenía proyecciones o cálculo actuarial, lo que repercute en las cotizaciones de los que se encuentran actualmente afiliados a esta entidad.

Código Único de Identificación: 110013105003201900097 -01
Demandante: CARMENZA MORENO GONZÁLEZ
Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 27 de febrero de 2020, se admiten los recursos de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 08 de junio del año que avanza se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por el apoderado de 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 los recursos.

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 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 20 de marzo de 1997 la demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de Horizonte (hoy

Código Único de Identificación: 110013105003201900097 -01
Demandante: CARMENZA MORENO GONZÁLEZ
Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A

Porvenir) (fl. 131) 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, 20 de marzo de 1997 (fl. 131), prescribía que los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: *“Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”*, este último aparte citado textualmente, fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1024 de 2004, *“exclusivamente por el cargo analizado en esta oportunidad y bajo el entendido que las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden regresar a éste -en cualquier tiempo-, conforme a los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”*.

De cara a lo anterior, a folio 62 fue allegada copia del documento de identidad de la actora en donde se aprecia que nació el 29 de junio de 1958, por lo que al momento de entrada en vigencia del régimen de la Ley 100 de 1993– para su caso 1º de abril de 1994 – contaba con 35 años, 9 meses y 1 día, así como reportaba un aproximado de 140.53 semanas cotizadas al ISS (fl. 158).

Así, es fácil constatar que la accionante 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 140.43 semanas de cotización, equivalente a 2.7 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.

No obstante lo anterior, pretende la actora la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad y en una primera ocasión, el 20 de marzo de 1997 (fl. 131), 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 Horizonte (hoy Porvenir), no realizó proyección pensional, ni brindó

Código Único de Identificación: 110013105003201900097 -01
Demandante: CARMENZA MORENO GONZÁLEZ
Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A

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 el régimen de transición.

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

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

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

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por

Código Único de Identificación: 110013105003201900097 -01
Demandante: CARMENZA MORENO GONZÁLEZ
Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A

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,

Código Único de Identificación: 110013105003201900097 -01
Demandante: CARMENZA MORENO GONZÁLEZ
Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A

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

Teniendo claro lo anterior, se tiene que en el caso objeto de estudio, esas obligaciones generales y especiales que aparecen narradas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y a cargo de los Fondos de Pensiones – normas vigentes al momento del traslado-, relativas al deber de información para con sus afiliados, se suple con aquellas previsiones que por demás aparecen aceptadas por la propia demandante al momento de suscribir el formulario de afiliación al fondo privado da cuenta el folio 131 del plenario, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad *“libre, espontánea y sin presiones”*, la cual fue por demás refrendada en el año 2003, donde fue reasesorada y optó por permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Siendo así las cosas, en el presente asunto a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la accionante contaba con 35 años de edad, por lo que por edad, era beneficiaria del régimen de transición, atendiendo los lineamiento del artículo 36 de la norma en cita.

Sin embargo, de una revisión de las pruebas adosadas al plenario se evidencia que a la accionante hizo un traslado entre administradoras de fondos de pensiones el 09 de mayo del 2002 a Protección S.A., tal y como da cuenta el formulario de afiliación visible a folio 75, entidad que, el 4 de julio de 2003, efectuó una proyección de la pensión a la actora tanto en el Régimen de Prima Media como en el de Ahorro Individual con Solidaridad como se evidencia con la documental que obra a folios 84 y 85, y la cual fue conocida por la accionante, quien plasmó su firma y documento de identidad en señal de recibido con fecha 4 de julio de 2003.

Así mismo, a folio 86 obra formulario allegado por Protección - “Reasesoría Pensional”, en el cual se encuentra plasmada la firma de la demandante; documento en el cual se le indicó que no le era conveniente quedarse en Protección S.A., habiendo plasmado en el recuadro pertinente a su decisión que aplaza su decisión: *“Analizará la situación. Informaré mi decisión.”*, firma que, dicho sea de paso, no fue tachada de falsa en ninguno de los documentos allegados por Protección S.A.

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

Código Único de Identificación: 110013105003201900097 -01
Demandante: CARMENZA MORENO GONZÁLEZ
Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A

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 un poco más de 295.14 semanas en el ISS y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?, por demás, (ii) durante más de 23 años se benefició de aquellas prerrogativas que otorgaba el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pero es hoy cuando desde su punto de vista no le resulta beneficioso y (iii) fueron allegados documentos que evidencian una reasesoría, pese a que en su interrogatorio de parte indica no recordar haber recibido dicha reasesoría. Y es en esta diligencia donde se le indica claramente que no le resulta beneficioso permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin embargo, por su propia desidia con su futuro pensional, expone que: “Analizará la situación informará mi decisión”.

En efecto, en el año 2003, específicamente el 4 de julio, le fue efectuada una reasesoría pensional como da cuenta el formulario de folio 86, en la que, como allí quedó plasmado, se le informó que después de realizarse el cálculo no le convenía quedarse en Protección S.A., pese a lo cual manifestó su determinación de aplazar la decisión, máxime cuando conforme el literal e) del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 se concedió a los afiliados un año de gracia para trasladarse entre regímenes sin importar los términos de permanencia, como en efecto sucede en el presente caso, ya que la demandante se trasladó a Protección S.A. el 09 de mayo de 2002, por lo que para la fecha en la que le fue realizada la reasesoría, en principio no podría trasladarse de régimen, sin embargo conforme la norma en mención si le era posible efectuar dicho traslado.

En ese orden de ideas, 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, la parte actora, a *motu proprio*, decide mantenerse en un fondo privado, pese a que le fue informado que ello no le era conveniente.

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.

Código Único de Identificación: 110013105003201900097 -01

Demandante: CARMENZA MORENO GONZÁLEZ

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

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 su traslado el 20 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 2º de la Ley 797 de 2003 que concedió un año de gracia para trasladarse entre regímenes sin importar los términos de permanencia, así con la referida sentencia C-789 de 2002 y la expedición del Decreto 3800 de 2003, norma que consintió el retorno de beneficiarios del régimen de transición que tenían al 01 de abril de 1994, 15 años de servicios, lo que también fue objeto de desarrolló por la H. Corte Constitucional, a través de las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013, salvaguardando únicamente intereses de los beneficiarios del régimen de transición.

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

Código Único de Identificación: 110013105003201900097 -01
Demandante: CARMENZA MORENO GONZÁLEZ
Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A

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

En ese sentido, considera que la alta Corporación mal podría afirmar, de forma categórica que, la consecuencia de la ineficacia del traslado en todos los casos, *"implica privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al RPMPD"*, cuando se observa particularidades que podrían conllevar a consecuencias jurídicas distintas, tales como: la suscripción de un formulario de afiliación de forma libre, voluntaria y espontánea, que conforme a lo expuesto, a lo largo de esta providencia, obligaba al fondo privado a su recepción; es la ley la que establece cuales son las características del RAIS; y se desconocía para el momento del traslado, 25 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*.

Código Único de Identificación: 110013105003201900097 -01

Demandante: CARMENZA MORENO GONZÁLEZ

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

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

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

Así las cosas, el supuesto vicio del consentimiento por omisión de información sólo surge cuando evidencia que su mesada pensional no era lo que ella esperaba y parte de una información que desconoce Horizonte (hoy Porvenir), en su momento, cual son los salarios reportados por la actora 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 esta 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*

Código Único de Identificación: 110013105003201900097 -01
Demandante: CARMENZA MORENO GONZÁLEZ
Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A

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. 2) contaba con 60 años -, es que pretende retornar a un régimen donde nunca contribuyó al pago de las pensiones “de cada vigencia” y sólo, so pretexto de no habersele proyectado una pensión cuando le faltaban aproximadamente 22 años en edad y un aproximado de más de 1100 semanas para causar tal derecho justifica un vicio del consentimiento que resultaría ser inexistente al momento del traslado, máxime cuando el 04 de julio de 2003 se le efectuó por parte de la AFP Protección una reasesoría pensional en donde se le indica que no le conviene continuar en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, encontrándose para dicha data a tiempo de trasladarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin que ello hubiera sido efectuado por la hoy demandante.

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

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

Ante ello, se abren paso a las razones expuestas en la apelación y alegatos del extremo pasivo, a los que se da repuesta con esta providencia junto con los de la parte actora. 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.

Código Único de Identificación: 110013105003201900097 -01
Demandante: CARMENZA MORENO GONZÁLEZ
Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

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

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

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

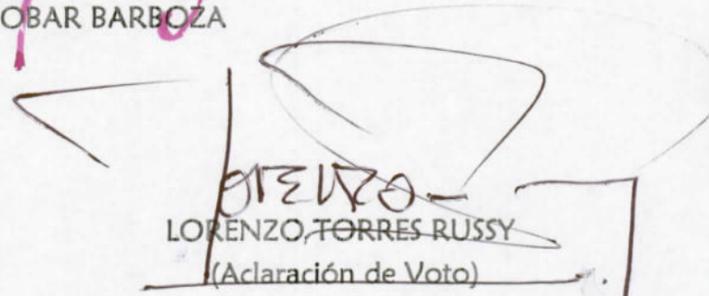
SEGUNDO.- COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte actora.

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

Los Magistrados,

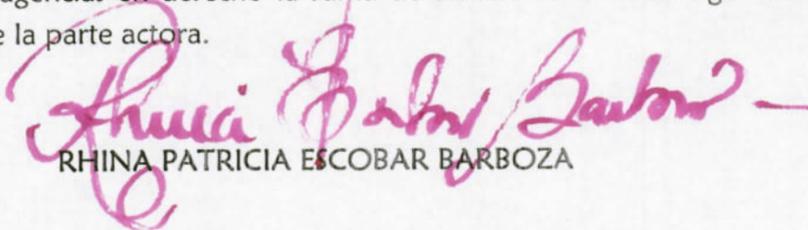

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
(Salvamento de Voto)


LORENZO TORRES RUSSY
(Aclaración de Voto)

AUTO

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


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

51088 5AUG*20 PM 5:33

YRP

51088 5AUG*20 PM 5:33

[Faint, illegible handwritten notes and scribbles]

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 el(os) fondo(s) demandado(s) al contestar la demanda, no allega(n) ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día del traslado de regimen: 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 RAI, 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-018-2018-00598 -01
Demandante: DORA ALBA RUGE 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., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020).

Discutido y Aprobado según Acta No 003

AUTO

Atendiendo los documentos allegados, se resuelve:

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

SEGUNDO: 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 López & Asociados S.A.S.

TERCERO: Téngase por reasumido el poder por el doctor Juan Carlos González Candia, identificado con T.P. No. 221.635 del C.S de la J., como apoderado de la demandante.

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 30 de enero de 2020 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, así como el grado jurisdiccional de **CONSULTA** a favor de Colpensiones, dentro del proceso ordinario laboral que **DORA ALBA RUGE ROJAS** promoviese contra las precitadas demandadas.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la ineficacia del traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se condene a Porvenir S.A. al traslado de los

aportes cotizados a Colpensiones y a esta última a aceptar dichos aportes y registrar a la demandante como su afiliada sin solución de continuidad.

Se edifica la demanda y de forma principal, en el presunto engaño que sufrió la actora por falta de información, 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 para el 1º de abril de 1994 la demandante no tenía cotizadas 750 semanas o 15 años o más de servicios, por lo que no es beneficiaria del régimen de transición, razón por la cual, no puede regresar al Régimen de Prima Media en cualquier tiempo, ello debió hacerlo cuando le faltaran más de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para adquirir su derecho a la pensión.

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

Indica que, si en gracia de discusión se aceptara la existencia de una nulidad, la misma no se alegó en el término dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, además, esta fue saneada conforme el artículo 1752 ibídem, al darse una ratificación tácita, pues ejecutó de manera voluntaria lo acordado en el contrato que autorizó en su momento el traslado de régimen.

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, por el contrario, están dados los requisitos de ley para la validez de la selección del régimen realizado por la 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 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.

Refiere que el error de hecho sólo vicia el consentimiento cuando se yerra en cuanto a la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa específica, errores que no aparecen como cometidos en el contrato celebrado entre la demandante y la AFP, pues ella sí pretendió afiliarse al RAIS y mantenerse en este, como por tanto tiempo lo ha hecho.

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

3. Providencia recurrida

El A quo dictó sentencia, en la cual declaró la ineficacia del traslado, condenando a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los dineros ahorrados por la demandante en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración.

En síntesis estimó 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, admite la afiliación al enterarse de las reales consecuencias del traslado; por lo anterior, el presente asunto se tramitará como una ineficacia, al argumentarse que la accionante vio afectada su voluntad al no existir decisión informada de la AFP Porvenir al momento de efectuar su traslado.

Aduce que la mencionada Corporación ha señalado, que la información debe comprender todas las etapas del proceso y que la AFP 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 lo que se afirma, sino en el silencio que guarda el profesional que debe tener la iniciativa de suministrar toda la información de aquello que resulte 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.

Menciona que se acoge a la sentencia con radicado No. 68838 del 08 de mayo de 2019, en la que la Corte Suprema indicó que, conforme al Decreto No. 663 de 1993 las entidades tienen la obligación de suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en sus operaciones, es así, como desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones estas tienen la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, así como deberán entregar información suficiente, transparente, que permitiera al afiliado elegir entre dos distintas opciones del mercado, aquella que mejor se ajusta a sus intereses.

Así mismo, respecto del consentimiento vertido en el formulario de afiliación, dice, la Corte Suprema señaló que no es predicable el consentimiento del potencial afiliado con la sola firma impuesta en dicho documento, pues a lo sumo ello acredita un consentimiento, pero no informado; frente a las personas pertenecientes al régimen de transición, dijo que ni la legislación, ni la jurisprudencia tienen establecido que se debe contar con una expectativa pensional, un derecho causado o un beneficio transicional para que proceda la ineficacia del traslado; y, respecto de la carga de la prueba, aduce que a quien le corresponde demostrar es a la AFP, pues es quien está en mejor posición para probar que al afiliado se le suministró la información.

Para el caso particular afirma, que la demandante firmó un formulario de afiliación el 3 de septiembre de 1998, sin que dentro del plenario se evidencie constancia por parte la Porvenir que este hubiese suministrado a la afiliada información clara y precisa acerca de las características, condiciones, consecuencias y riesgos del cambio de régimen; además, no es de recibo el argumento de que la demandante firmó libre y voluntariamente el formulario de afiliación, pues la libertad presupone un consentimiento pleno de las consecuencias de la decisión y sin información suficiente no hay autodeterminación, concluyendo, que Porvenir incumplió su deber de información.

Finalmente, declara no probada la excepción de prescripción al indicar que, bajo la línea del artículo 2536 del Código Civil y la jurisprudencia, las acciones judiciales encaminadas a obtener una declaración que un hecho ocurrió de determinada manera no se extingue, y como quiera que la declaración de ineficacia es imprescriptible, así lo son también los derechos que de esta nacen.

4. Argumentos de los recurrentes

Porvenir S.A.

Indicó, en síntesis, que el formulario suscrito por la demandante lo fue de manera libre y voluntaria, máxime cuando la información se le brindó de manera

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-018-2018-00598 -01

Demandante: DORA ALBA RUGE ROJAS

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

verbal, pues para la época del traslado no se encontraba establecido el deber de documentarlo, además ha de tenerse en cuenta que en el interrogatorio de parte la demandante confesó que tenía claridad acerca del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que hizo aportes voluntarios, que tenía claridad respecto de lo que estaba haciendo y era consiente de ello, siendo una persona adulta a quien se le brindó información clara y cuya suscripción del formulario no fue producto de un engaño.

Menciona que las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales se encontraban en la Ley 100 de 1993, con lo que la demandante no puede decir que desconocía ello, al ser esto de público conocimiento. Adicionalmente, aclara que el deber de información no nace con dicha norma, pero sí fue motivado mediante la Circular 01 de 2004 emitida por la Superintendencia Financiera, que ordenó a todas las administradoras de fondos de pensiones que publicaran en un diario de amplia circulación la expedición de la Ley 797 de 2003 que permitía a los afiliados retornar al Régimen de Prima Media, lo cual se hizo en el diario El Tiempo, con lo que la demandante pudo haber consultado y con esa situación se cumplió con el deber de información.

Aduce que, no puede afirmarse que en este asunto se presenta una ineficacia de pleno derecho, pues esa es aquella que se presenta cuando no se cumple con alguno de los requisitos y por ende el acto no nació a la vida jurídica, pero en este caso el acto sí nació a la vida jurídica porque cumplió con todos los requisitos propios y nació cuando la demandante, de manera libre y voluntaria suscribe el formulario de afiliación, el cual leyó plenamente, por lo que solicita, en el evento de que se estudie la nulidad, sea aquella relativa en relación con un error de derecho, el cual puede ser saneado por la voluntad o ratificación de las partes.

Finalmente, menciona que en caso de que se concluya que se presentó una nulidad relativa, la misma se encuentra prescrita en los términos del artículo 1740 del Código Civil.

Colpensiones

Aduce, en resumen, que en el presente caso, con las pruebas que se recibieron y aportaron, se demuestra que a la demandante se le brindó en su momento una asesoría adecuada, con lo que no cabe la ineficacia del traslado, ya que se le suministró la información completa y veraz sobre las características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, hecho que no puede ser desconocido, pues ella misma en su interrogatorio de parte confesó que se le informó la posibilidad de pensionarse a una edad más temprana, que se iba a pensionar de acuerdo a los aportes que realizara en su cuenta de ahorro individual y sabía cómo funcionaba el bono pensional, además conocía sobre los aportes voluntarios para mejorar su mesada pensional, y confesó que leyó el documento de traslado y no existió coacción, por lo que su decisión fue libre y voluntaria.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-018-2018-00598 -01

Demandante: DORA ALBA RUGE ROJAS

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

Menciona que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, no tiene una expectativa legítima y con la decisión tomada por el Juzgado de primer grado se afecta el principio de sostenibilidad financiera de Colpensiones.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto del 24 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 de la misma anualidad. Todos los extremos procesales, presentaron sus alegaciones reiterando aquello expresado en la demanda y contestaciones.

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

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por 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 03 de septiembre de 1998 la demandante suscribió formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Porvenir (fl. 34 y 92) 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, 03 de septiembre de 1998 (fl. 34 y 92), 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 21 fue allegada copia del documento de identidad de la actora en donde se aprecia que nació el 23 de diciembre de 1961, por lo que al momento de entrada en vigencia del régimen de la Ley 100 de 1993– para su caso 1º de abril de 1994 – contaba con 32 años, 3 meses y 6 días, así como reportaba un aproximado de 562.56 semanas cotizadas (fl. 35 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 562.56 semanas de cotización, equivalente a 10.9 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.

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

No obstante estar la actora inmersa en tal escenario, pretende la ineficacia del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro

Individual con Solidaridad, a través de la AFP Porvenir el 03 de septiembre de 1998 (fl. 34 y 92), 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 resultan ser idénticos en supuestos fácticos de cara a dar a aplicación a la doctrina probable

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Teniendo claro lo anterior, se tiene que en el caso objeto de estudio, esas obligaciones generales y especiales que aparecen narradas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y a cargo de los Fondos de Pensiones, relativas al deber de información para con sus afiliados, se suple con aquellas previsiones que por demás aparecen aceptadas por la propia demandante al momento de suscribir el formulario que da cuenta los folios 34 y 92, del plenario, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad *“libre, espontánea y sin presiones”*. Lo que por demás, se acompasa con la narración que hace las normas anteriormente relacionadas.

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

Y es de cara a lo narrado, que surgen una serie de interrogantes tales como: (i) En el presente asunto al momento del traslado ¿Qué tipo de efecto nocivo puede causarse a la accionante quien contaba con 36 años, había cotizado aproximadamente 795.94 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 y firmado el formulario de afiliación, así como haber recibido información sobre el hecho de que su pensión iba a ser conforme sus aportes pensionales, que los mismos iban a tener rendimientos y que se constituían en unos ahorros, que podía pensionarse a cualquier edad con base en sus ahorros, el cambio del bono pensional y los aportes voluntarios, que dicho sea de paso, admitió haber efectuado en un periodo de tiempo.

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 34 y 92, sin que sea argumento para esta Sala de Decisión la desidia que alega la accionante, máxime cuando en el interrogatorio de parte rendido manifestó que *“los asesores fueron claros”* y que para ella *“quedó muy claro esa asesoría”*, además de haber leído y firmado el formulario de afiliación, aceptando que le explicaron 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 la accionante tomó la decisión de su traslado el 03 de septiembre de 1998.

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

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

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

En ese sentido, considera que la alta Corporación mal podría afirmar, de forma categórica que, la consecuencia de la ineficacia del traslado en todos los casos, *"implica privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al RPMPD"*, cuando se observa particularidades que podrían conllevar a consecuencias jurídicas distintas, tales como: la suscripción de un formulario de afiliación de forma libre, voluntaria y espontánea, que conforme a lo expuesto, a lo largo de esta providencia, obligaba al fondo privado a su recepción; es la ley la que establece cuales son las características del RAIS; y se desconocía para el momento del traslado, 20 años atrás, la mesada que le correspondería a la accionante por concepto de pensión de vejez.

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

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

Siguiendo entonces este orden de ideas, no se verifica ningún vicio del consentimiento, toda vez que, conforme a lo dispuesto en el art. 1509 del CC, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, y no se acreditó que 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-018-2018-00598 -01

Demandante: DORA ALBA RUGE ROJAS

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

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. 50) contaba con 56 años -, es que pretende retornar a un régimen donde nunca contribuyó al pago de las pensiones “de cada vigencia” y sólo, so pretexto de no habersele proyectado una prestación económica cuando le faltaban aproximadamente 21 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.”*

Ante ello, se abren paso a las razones expuestas en la apelación y alegatos del extremo pasivo, a los que se da repuesta con esta providencia junto con los de la parte actora. 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.

VI. 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.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-018-2018-00598 -01

Demandante: DORA ALBA RUGE ROJAS

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

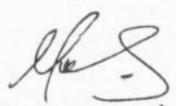
PRIMERO.- REVOCAR la sentencia. En su lugar, se DECLARA PROBADA DE OFICIO LA EXCEPCIÓN DE EFICACIA DEL ACTO DE AFILIACIÓN DE LA DEMANDANTE y, en consecuencia, se ABSUELVE a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra

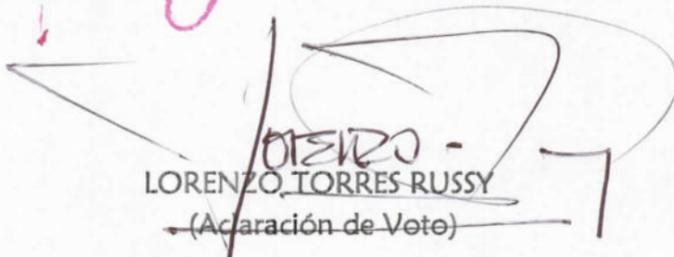
SEGUNDO.- COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte actora.

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

Los Magistrados,


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
(Salvamento de Voto)


LORENZO TORRES RUSSY
(Aclaración de 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 el cual será distribuido por partes iguales entre las demandadas.


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

TSB SECRET S LABORA
51096 5H06.20 PM 9:31

182

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

SALVAMENTO DE VOTO

MARCELIANO CHAVEZ AVILA

Magistrado

TSB SECRET S. LABORAL

51096 5AUG20 PM 5:38



Sala Segunda de Decisión Laboral

Ref.: Expediente Rad-18201800059801 Proceso: Ordinario Laboral
DTE: DORA ALBA RUGE ROJAS .DDO: COLPENSIONES Y OTRO
MP: RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA /Fallo de JULIO 31 de 2020.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, me permito manifestar, que me aparto del respetable criterio jurídico de la H. Magistrada Ponente y el H. Magistrado que acompaña 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 casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba 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 ha proferido 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, presupuestos que el fallo del que me aparto no reúne.

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; -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 el(os) fondo(s) demandado(s) al contestar la demanda, no allega(n) 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 RAI, y sus decretos reglamentarios 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5, encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

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

Fecha ut supra,



MARCELIANO CHAVEZ AVILA

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda Laboral

TSB SECRET S. LABORAL

51896 5AUG'20 PM 5:37

ACLARACION DE VOTO

Proceso 2018-00598-01

DORA ALBA RUGE VS COLPENSIONES Y OTRA.

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

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

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

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

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

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

En lo que a la AFP 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, ya que estos no pueden confundirse con las consecuencias legales del traslado.

Las afirmaciones anteriores están ampliadas y concordadas con citas jurisprudenciales, en la sentencia dictada en el proceso ordinario de BEATRIZ HELENA NIETO LEZAMA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A. RADICADO: 11001 3105 004 2018 00373 01, con ponencia del suscrito magistrado.


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO