

Código Único de Identificación: 110013105022201800702-01

Demandante: DIANA DEL PILAR AGUILERA ANZOLA

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

340

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

Atendiendo los documentos allegados, se resuelve:

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

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

TERCERO: RECONOCER personería adjetiva al abogado SANTIAGO BERNAL PALACIOS con Tarjeta Profesional 269.922 como procurador sustituto de Colpensiones.

CUARTO: TÉNGASE por resasumida la representación judicial de SKANDIA S.A. en la doctora LEYDI PUENTES TRIGUEROS con Tarjeta Profesional 152.354.

I. ASUNTO

Se deciden los RECURSOS DE APELACIÓN interpuestos y se estudia en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá el 05 de diciembre de 2019 dentro del proceso ordinario laboral que DIANA DEL PILAR AGUILERA ANZOLA promoviese contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD

Código Único de Identificación: 110013105022201800702-01

Demandante: DIANA DEL PILAR AGUILERA ANZOLA

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

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, y UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la nulidad e ineficacia del traslado que efectuó la actora, a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A y a Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A; y que se ordene a Ugpp hacer el trámite de traslado al régimen de prima media a Colpensiones junto con todos los saldos (bonos pensionales; sumas adicionales; aportes a pensión; capital acumulado; monto de aportes; cotizaciones al riesgo previsional de invalidez, vejez y muerte; y rendimientos, frutos, e intereses que dispone el artículo 1746 del C.C).

Como consecuencia de lo anterior, solicita el regreso automático de la actora a Colpensiones, reportando dicha novedad al SIAFP se trasladen todos los saldos y que Colpensiones los reciba; así como se reconozcan daños morales.

Se edifica la demanda y de forma principal, en la presunta falta de información que no suministró el fondo privado al momento de efectuarse los traslados de la actora.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción), expone en síntesis, que dentro del plenario no existe prueba de que a la demandante se le hiciera incurrir en error o que se estaba en presencia de un vicio del consentimiento, por demás que no aparece nota de protesto o anotación que permita inferir que hubo inconformidad, por el contrario lo que se evidencia es que el traslado se realizó de forma libre y voluntaria.

Indica que, la accionante no cumple los requisitos de las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013 para considerar que el traslado se puede efectuar en cualquier tiempo.

Expresa que, dentro del expediente no aparece acreditado ningún daño de tipo moral.

Código Único de Identificación: 110013105022201800702-01

Demandante: DIANA DEL PILAR AGUILERA ANZOLA

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

Menciona que, no hay error en la medida que el mismo no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto celebrado entre la demandante y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. por no ser un error dirimente o error nulidad, es decir, aquel que es esencial; que el plazo para pedir la nulidad del acto era de 4 años; y que la nulidad que pudiere existir se encuentra saneada por ratificación tácita, al ejecutarse de manera voluntaria lo acordado en el contrato que autorizó el traslado de régimen.

Agrega que, en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia se puede determinar que las personas a quienes se les autorizó la ineficacia de su traslado, es por cuanto el cambio de régimen les resultaba supremamente gravoso, pues habían consolidado su derecho pensional o estaban cercanos a cumplir los requisitos de pensión; y que, por lo anterior y al no estarse frente a un caso similar o igual, la carga de la prueba está en cabeza de la parte actora.

Finalmente expresa que, las decisiones en aras de declarar la ineficacia del traslado impactan en el sistema financiero, toda vez que la distribución de porcentajes de los montos de cotización es disímil.

Por su parte, **Skandia Pensiones y Cesantías S.A.**, se opuso a las pretensiones incoadas en la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo prescripción), adujo, en síntesis, que la actora provenía de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, por lo que tenía un conocimiento previo del funcionamiento del RAIS, de manera que, la asesoría se tornaba más en una reafirmación.

Señala que, la selección de régimen es libre y voluntaria, de modo que, al elegirse el RAIS, la actora aceptó todas y cada una de las condiciones propias de este régimen.

Expone que, las características del RAIS se deben analizar de forma puntual en cada caso, es imprescindible tener en cuenta factores como la posición económica, estado civil, si se tienen beneficios o no, edad, aspectos que pueden repercutir en el valor de la mesada pensional. Además, el RAIS permite que el afiliado escoja la edad a la que desea pensionarse siempre y cuando cumpla con el capital requerido para financiar la prestación, y que existe la posibilidad de realizar aportes voluntarios, característica que se informa a los afiliados al momento de efectuar su traslado.

Apunta que, la demandante llevó a cabo cambio de plan de capitalización.

Explica que, no basta con citar o invocar vicios del consentimiento, se debe probar en qué consistía cada uno de ellos, empero la demanda se limita a indicar falencias aparentes en el cambio de régimen, los cuales no son atribuibles a la entidad, ya que, no intervino en dicho traslado, aunado a que expuso que su selección era libre, espontánea y sin presiones.

Código Único de Identificación: 110013105022201800702-01

Demandante: DIANA DEL PILAR AGUILERA ANZOLA

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

Indica que, tiene un personal idóneo, capacitado y calificado para asesorar debidamente a los afiliados y/o futuros afiliados, aclarando dudas, y respondiendo todas y cada una de las inquietudes que surjan al momento de la afiliación.

Sustenta que, para la época del traslado de la accionante no se le imponía al fondo el deber de notificar a los afiliados sobre la posibilidad de ilustrar el monto del monto de la pensión, ya que, conforme Concepto N° 2015123910-002 de 2015 emitido por la Superintendencia Financiera se concluye que sólo lo fue a partir de la vigencia de la Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015.

Dice que, la actora contaba con el derecho de retracto y la nulidad absoluta es aquella que se genera en causa u objeto ilícito, o por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no la calidad del estado de las personas que los ejecutan o acuerdan. Por lo anterior, la nulidad acaecida no puede ser otra que relativa por vicios del consentimiento y el error de derecho no vicia el consentimiento, y el de hecho no acaeció, en la medida que, la accionante sí pretendió afiliarse y seguir afiliado al RAIS; que el dolo debe ser probado por quien lo alega; y en cuanto a la fuerza, que no se evidencia algún acto que genere temor en la persona o impresión fuerte.

Concluye invocando que, el traslado entre administradoras del RAIS no afecta el régimen pensional; y para aplicar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se debe estar frente al régimen de transición o tener una expectativa legítima.

UGPP se opuso a las pretensiones incoadas en la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo prescripción), adujo, en síntesis, que no tiene funciones de administradora de fondo de pensiones, por lo que no está habilitada para administrar recursos provenientes del sistema general de pensiones, hacer traslado de saldos, aprobar traslados, y demás obligaciones reguladas en el Estatuto Orgánico Financiero.

Finiquita expresando que, no evidencia motivo que permita inferir que la actora fue coaccionada o no se le brindó la asesoría necesaria para hacer si traslado de régimen, es más fue ella quien lo realizó voluntariamente.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A se opuso a las pretensiones incoadas en la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción), adujo, en síntesis, que la demandante fue asesorada con diligencia, conocía que podía obtener una pensión más alta que la que obtendría en el régimen de prima media con prestación definida y a la edad que escogiera, que la mesada dependía de su planeación y ahorro.

Refiere que, la decisión de la accionante fue libre, voluntaria, informada, y sin presiones, conociendo las características de los regímenes pensionales, ventajas y

Código Único de Identificación: 110013105022201800702-01

Demandante: DIANA DEL PILAR AGUILERA ANZOLA

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

desventajas, para que basada en sus condiciones sociales, económicas, familiares y personales, optara por uno u otro.

Expone que, se informó que en RAIS la pensión se constituye con el ahorro pensional que acumula el afiliado y sus rentabilidades; que se ofrece la pensión de garantía mínima. Asimismo, dice que para el momento del traslado de la actora era imposible calcular con la prestación pensional, pues se desconocía cuáles serían los salarios con los que cotizaría la accionante; que del formulario de afiliación se puede establecer que la actora recibió información de aspectos tales como el RAIS, el régimen de transición, bonos pensionales, implicaciones de su decisión, y derecho de retracto.

Menciona que, sólo hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015 nació el deber de poner a disposición de los afiliados las herramientas financieras que permitan conocer las consecuencias del traslado. Aunado a ello, con anterioridad los asesores no tenían la obligación de plasmar por escrito el contenido de toda la información que se brindaba al potencial afiliado; y en la página web, en cualquier momento se puede solicitar la doble asesoría.

Explica que, nunca ha procedido de mala fe o ha realizado maniobras engañosas a un afiliado, con el fin de generarle falsas expectativas, de modo su personal recibe capacitaciones periódicas con la finalidad de brindar información completa e idónea para que el potencial afiliado realice el proceso de traslado plenamente informado y consciente de su decisión.

Dice que envía una carta hace 11 años, informado a todos sus afiliados la posibilidad de retornar a Colpensiones.

Señala que no hay objeto ni causa ilícita así como tampoco omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración de la naturaleza de ellos, para que se puede determinar una nulidad absoluta; que la nulidad frente a la que se estaría es relativa por vicios del consentimiento, sin embargo, el error de hecho sólo general tal vicio cuando se yerra en cuanto a la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa específica, empero, lo que se avizora es que la decisión de la actora fue libre, espontánea y sin presiones.

Finiquita, apuntando que según el artículo 835 del C.Co la carga de la prueba está en cabeza de quien alegue la culpa o mala fe, de quien alegue la mala fe o la culpa de una persona; y que es inaplicable el precedente de la Corte Suprema de Justicia, ya que la actora no es beneficiaria del régimen de transición, así como tampoco tiene una expectativa legítima de pensión.

3. Providencia recurrida

El A quo dictó sentencia condenatoria:

Código Único de Identificación: 110013105022201800702-01

Demandante: DIANA DEL PILAR AGUILERA ANZOLA

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

PRIMERO. - DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por la actora al RAIS, acaecido en el año 2002, incluido los traslados realizados dentro del mismo régimen.

SEGUNDO. - ORDENAR a Porvenir S.A, fondo al que se encuentra afiliada actualmente la actora a trasladar a Colpensiones- los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibiros y efectuar los ajustes en la historia laboral de la actora

TERCERO. - ORDENAR a Old Mutual S.A a remitir a Colpensiones los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a ese fondo

CUARTO. - ABSOLVER a la UGPP de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante

QUINTO. - DECLARAR NO PROBADA las excepciones propuestas por las demandadas Colpensiones, Old Mutual y Porvenir

En síntesis, refirió que está en cabeza de los fondos privados el deber de brindar información a sus potenciales afiliados, quienes deben entender las consecuencias de su elección, los riesgos y beneficios que caracterizan los regímenes pensionales, obligación de informar que surge con el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

Indica que, conforme a criterio de la Corte Suprema de Justicia se ha establecido el deber de informar a cargo de los fondos privados, obligación que debe ser oportuna, completa, comprensible, veraz, y transparente, con la simetría de la información que se debe suministrar a un afiliado lego por parte un administrados experto, en materias de alta complejidad, dando a conocer las diferentes alternativas e inconvenientes; que la carga de la prueba recae en cabeza del fondo privado; que no se convalida el acto de traslado con el cambio entre administradoras; y que no es requisito gozar de una expectativa legítima, y so pretexto de ello vulnerar el derecho a la igualdad.

Frente al caso particular menciona que, no la suscripción del formulario de afiliación no significa que se hubiere cumplido en deber de información en los términos expuestos, pues si bien aparece que la afiliación es libre, espontánea y sin presiones, no se tiene precisión acerca que la demandante conociera sobre la incidencia de su cambio de régimen; que la sostenibilidad financiera no se ve afectada, como quiera que, los aporte deben ser devueltos; que del interrogatorio de parte ninguna confesión se trae; y que los gastos de administración se deben devolver conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia, y lo será por el periodo de afiliación a Porvenir S.A.

Finiquita apuntando que, los aportes que se debieron realizar a Cajanal, ahora los tiene Colpensiones de conformidad con el Decreto 2196 de 2009 y en tal sentido, la UGPP no tiene la competencia de administrar los aportes de la actora; y que no opera fenómeno

Código Único de Identificación: 110013105022201800702-01

Demandante: DIANA DEL PILAR AGUILERA ANZOLA

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

prescriptivo, ya que, si el derecho a la pensión es imprescriptible igual sucede con la ineficacia del traslado.

4. Argumentos del Recurrente

Colpensiones. Adujo que, existe una prohibición legal de traslado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en la cual está la demandante.

Expresa que se debe reevaluar el interrogatorio de parte, como quiera que no se puede establecer que los supuestos aquí vertidos corresponden a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en tanto que, el móvil de la actora fueron directrices de la empresa donde iba a trabajar, por lo que no se evidencia constreñimiento ni engaños para que se trasladara de régimen.

Concluye señalando que, la decisión adoptada afecta la sostenibilidad financiera tanto para el régimen como para aquellos que se encuentran pensionados, ya que, los saldos que se trasladan no alcanzarán para el pago de la pensión de la accionante de forma vitalicia.

Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A expresa que, está de acuerdo con los argumentos expuestos por Colpensiones frente a la ineficacia del traslado.

Menciona frente a la devolución de rendimientos y gastos de administración que, no fueron pedidos en las pretensiones de la demanda, fueron cobrados en cumplimiento de la ley, se hizo la correspondiente administración y fue pagada a las correspondientes administradoras con el fin de proteger a la actora frente a la contingencia de invalidez o sobrevivencia.

Concluye señalando que, efectuó lo correspondiente no solo con los aportes sino también con los rendimientos, lo que se entregó a la nueva administradora de pensiones.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

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

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

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias

objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

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 28 de junio de 2002 la demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A (fl. 226) a efectos de trasladarse de régimen pensional, pues anteriormente se encontraba cotizando al ISS.

Ahora bien, previo a resolver es menester precisar, en relación con la posibilidad de traslado de régimen, que el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, vigente para la época del traslado realizado por la actora, 28 de junio de 2002 (fl. 226), prescribía que los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, este último aparte citado textualmente, fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1024 de 2004, “exclusivamente por el cargo analizado en esta oportunidad y bajo el entendido que las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan

Código Único de Identificación: 110013105022201800702-01

Demandante: DIANA DEL PILAR AGUILERA ANZOLA

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

regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden regresar a éste -en cualquier tiempo-, conforme a los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

De cara a lo anterior, a folio 2 fue allegada copia del documento de identidad de la actora en donde se aprecia que nació el 28 de mayo de 1962, por lo que al momento de entrada en vigencia del régimen de la Ley 100 de 1993– para su caso 1° de abril de 1994 – contaba con 32 años, 10 meses y 4 días, así como reportaba un aproximado de 189 semanas cotizadas a Cajanal EICE (fls. 8 a 14).

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 189 semanas de cotización, equivalente a 3.62 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

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

No obstante estar la actora inmersa en tal escenario, pretende la declaratoria de ineficacia del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A el 28 de junio de 2002 (fl. 22), a efecto de permanecer afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con fundamento en que al momento de realizar dicho traslado, la 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 a la accionante las consecuencias, implicaciones y desventajas que le traía el traslado de régimen.

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

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

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

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

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

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

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

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

Código Único de Identificación: 110013105022201800702-01

Demandante: DIANA DEL PILAR AGUILERA ANZOLA

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

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

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

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

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

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

Teniendo claro lo anterior, se tiene que en el caso objeto de estudio, esas obligaciones generales y especiales que aparecen narradas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y a cargo de los Fondos de Pensiones – normas vigentes al momento del traslado–, relativas al deber de información para con sus afiliados, se suple con aquellas previsiones que por demás aparecen aceptadas por la propia demandante al momento de suscribir el formulario de afiliación al fondo privado da cuenta el folio 226 del plenario, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad *"libre, espontánea y sin presiones"*.

El anterior escenario, también quedó ratificado al efectuarse traslados y suscribirse los correspondientes formularios de afiliación a Skandia Pensiones y Cesantías S.A el 10

Código Único de Identificación: 110013105022201800702-01

Demandante: DIANA DEL PILAR AGUILERA ANZOLA

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

de diciembre de 2007 (fl.178), y de retorno a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A el 27 de febrero de 2009, fondos a los que se vinculó, tal y como se constata de la documental de folio 227.

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

Y es de cara a lo narrado, que surgen una serie de interrogantes tales como: (i) En el presente asunto al momento del traslado ¿qué tipo de efecto nocivo puede causarse a la accionante quien contaba con 40 años, había cotizado un poco más de 180 semanas en Cajanal EICE y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?, por demás, (ii) durante más de 16 años se benefició de aquellas prerrogativas que otorgaba el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pero es hoy cuando desde su punto de vista no le resulta beneficioso (iii) no presenta cotizaciones al ISS y (iv) en interrogatorio de parte establece que el móvil de su traslado fue directrices de su empleador.

En efecto, en este asunto, adquiere una mayor connotación lo plasmado en el formulario de afiliación suscrito por el demandante y que obra a folio 68 sin que sea argumento para esta Sala de Decisión la desidia que se alega por este extremo procesal, máxime cuando en interrogatorio de parte la accionante señaló que en 2002 cambió de empleador, que la empresa Serdan fue quien hizo su proceso de vinculación laboral, y que allí le requirieron firmar su contrato y le suministraron los formularios de afiliación de los fondos de seguridad social, los cuales ya estaban diligenciados y sobre los que únicamente plasmó su firma. Además, expone que se trasladó a Skandia Pensiones y Cesantías S.A en 2009, debido a que una excompañera de trabajo empezó a laborar en tal fondo, y solicitó a recursos humanos de Serdan el traslado de algunos de sus compañeros; y que su retorno a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías fue porque no coincidían las semanas aportadas con la reflejada en la historia laboral; aspectos todos que nada tienen que ver con el deber de información.

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

Ahora bien, menester resulta indicar que además estas consideraciones no resultan caprichosas, y por el contrario encuentran asidero en las Aclaraciones de Voto de las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-

Código Único de Identificación: 110013105022201800702-01

Demandante: DIANA DEL PILAR AGUILERA ANZOLA

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

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 28 de junio de 2001.

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

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

De igual manera, advierte que se debe determinar la causa que genera la ineficacia del traslado para establecer sus efectos, ya sea inexistencia del acto, nulidad absoluta debidamente declarada por el juez, nulidad relativa que no se saneó, e inoponibilidad, las

Código Único de Identificación: 110013105022201800702-01

Demandante: DIANA DEL PILAR AGUILERA ANZOLA

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

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, 16 años atrás, la mesada que le correspondería a la accionante por concepto de pensión de vejez.

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

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

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

Tampoco se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en la demandante para su afiliación, por parte de la AFP, en consonancia con el art. 1515 del CC, pues de las afirmaciones efectuadas en los hechos de la demanda, y al absolver interrogatorio de parte, la actora hizo alusión a que fue la empresa Serdan quien hizo su proceso de vinculación laboral, y que allí le requirieron firmar su contrato y le suministraron los formularios de afiliación de los fondos de seguridad social, los cuales ya estaban diligenciados y sobre los que

Demandante: DIANA DEL PILAR AGUILERA ANZOLA

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

únicamente plasmó su firma. Además, expone que se trasladó a Skandia Pensiones y Cesantías S.A en 2009, debido a que una excompañera de trabajo empezó a laborar en tal fondo, y solicitó a recursos humanos de Serdan el traslado de algunos de sus compañeros; y que su retorno a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías fue porque no coincidían las semanas aportadas con la reflejada en la historia laboral; aspectos todos que nada tienen que ver con el deber de información.

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

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

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

Inquieta entonces a esta Colegiatura, el determinar qué tan ajustado a la ley y al principio de solidaridad que gobierna nuestro sistema pensional, de cara a las previsiones del artículo 48 Superior sobre la sostenibilidad de éste último, sería el aceptar que, un particular a quien sólo estando próximo a cumplir la edad para pensionarse – puesto que a la fecha de presentación de la demanda (fl. 63) contaba con 56 años, 5 meses, y 26 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 16 años en edad y un aproximado de más de 1111 semanas para causar tal derecho justifica un vicio del consentimiento que resultaría ser inexistente al momento del traslado, o alega que no se acató el correspondiente deber de información frente a presupuestos que resultarían impredecibles en dicho momento.

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

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

Ante ello, se abren paso a las razones expuestas en las apelaciones 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 DE LA DEMANDANTE y, en consecuencia, ABSOLVER a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

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

V. DECISIÓN

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

Código Único de Identificación: 110013105022201800702-01

Demandante: DIANA DEL PILAR AGUILERA ANZOLA

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

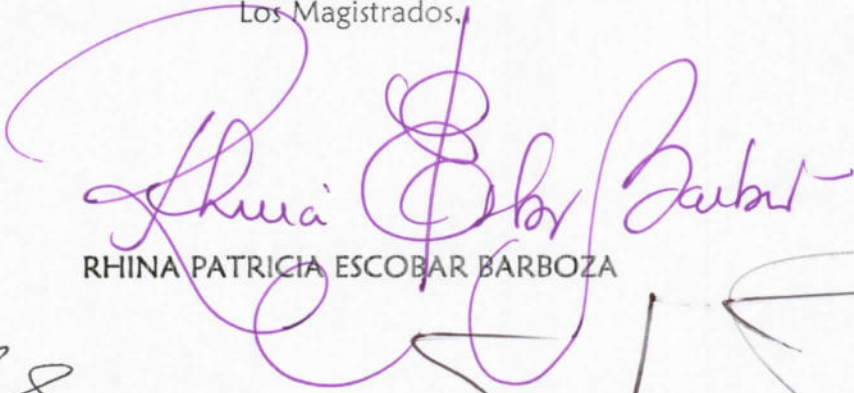
356

RESUELVE

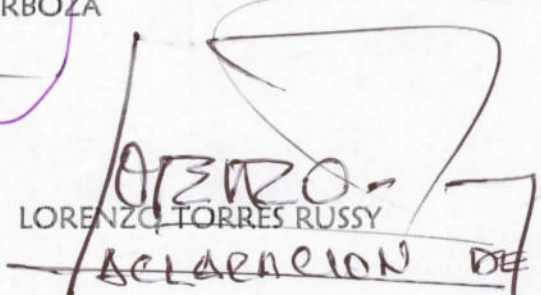
PRIMERO.- REVOCAR la sentencia. En su lugar, se DECLARA PROBADA DE OFICIO LA EXCEPCIÓN DE EFICACIA DEL ACTO DE AFILIACIÓN DE LA DEMANDANTE y, en consecuencia, se ABSUELVE a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra

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

Los Magistrados,


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

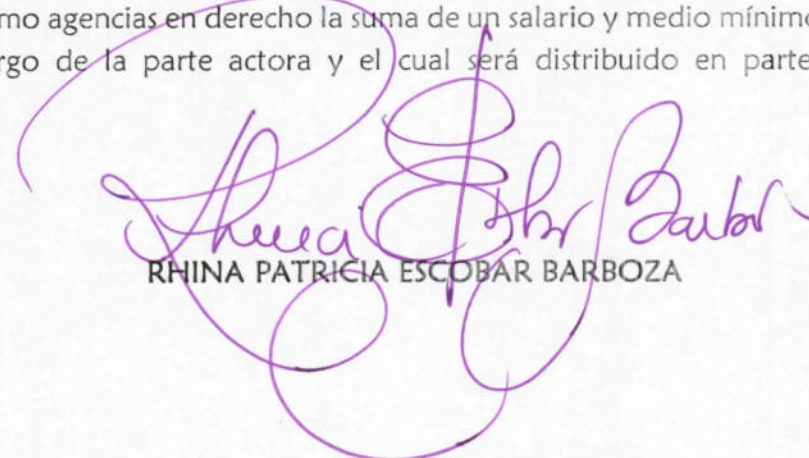

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
(Salvamento de Voto)


LORENZO TORRES RUSSY

~~DECLARACION 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 y el cual será distribuido en partes iguales a las demandadas.


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

Handwritten notes in blue ink, including the word "SECRET" and other illegible markings.

Handwritten notes in blue ink, including the word "SECRET" and other illegible markings.

Handwritten notes in blue ink, including the word "SECRET" and other illegible markings.

TSB SECRET S. LABORAL
51891 5AUG'20 PM 5:35

Handwritten signature or initials in blue ink.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda Laboral

51093 5AUG'20 PM 5:36

51092 5AUG'20 PM 5:36

ACLARACION DE VOTO

Proceso 2018-00702-01

DIANA AGUILERA VS COLPENSIONES Y OTRA.

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

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

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

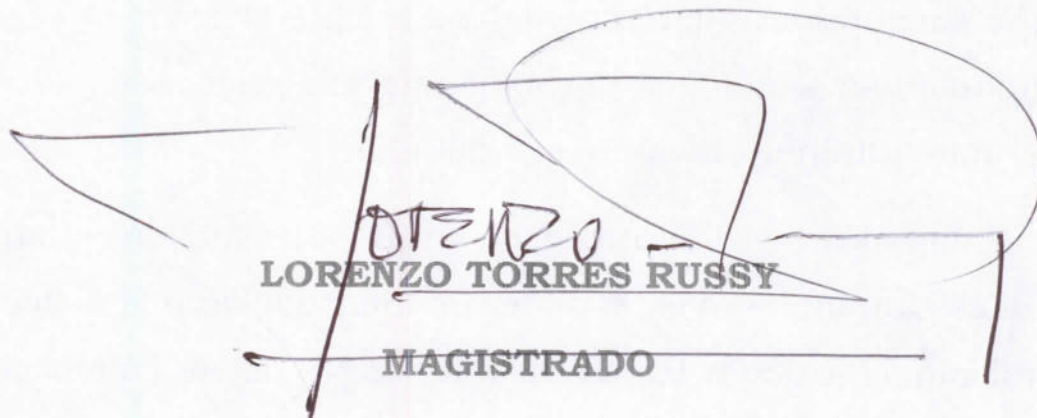
Sobre el resarcimiento de los perjuicios causados al afiliado por el incumplimiento en el deber de información o la deficiencia del mismo, el articulo 10 del Decreto 720 de 1994, establece que la responsabilidad corresponde a la AFP.

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

SALVAMENTO DE VOTO

MARCELIANO CHAVEZ AVILA

Magistrado

TSB SECRET S. LABORAL

51092 5AUG'20 PM 5:36

YER

Sala Segunda de Decisión Laboral

Ref.: Expediente Rad-22201800070201 Proceso: Ordinario Laboral
DTE: DIANA DEL PILAR AGUILERA ANZOLA -.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 disenso 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

243

Código Único de Identificación: 1100131050292018000622 -01
Demandante: **MARÍA CONSUELO GONZÁLEZ RODRÍGUEZ**
Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A, Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A**

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 003

AUTO DE SUSTANCIACIÓN

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

SEGUNDO: **RECONOCER** personería adjetiva a la abogada DIANA MARÍA VARGAS JEREZ identificada con Tarjeta Profesional No. 289.559 como procuradora sustituta de Colpensiones.

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

I. ASUNTO

Se decide los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá el 03 de diciembre de 2019 dentro del proceso ordinario laboral que MARÍA CONSUELO GONZÁLEZ RODRÍGUEZ promoviese contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la nulidad del traslado de la actora del régimen de prima media con prestación definida al RAIS; que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A devuelva los saldos de todos y cada uno de los valores consignados en la cuenta de

Código Único de Identificación: 1100131050292018000622 -01

Demandante: **MARÍA CONSUELO GONZÁLEZ RODRÍGUEZ**

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

ahorro individual, cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, y cualquier suma adicional; y que se efectuó su retorno a Colpensiones, quien debe tramitar el recaudo de dineros que posee en el fondo privado y activar al actor como independiente.

Se edifica la demanda y de forma principal, en la presunta falta de información que no suministró el fondo privado COLFONDOS SA al momento de efectuarse el traslado de la demandante.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción), expone, en síntesis, que el actor es una persona con capacidad, lo que significa que puede realizar actos jurídicos, los cuales tienen plena validez; y que no se encuentran presentes vicios del consentimiento, y por el contrario la decisión del demandante fue libre, espontánea y sin presiones.

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

Finalmente expresa que, el accionante no acumula 15 años de servicios al 01 de abril de 1994 para ser beneficiario del régimen de transición.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A se opuso a las pretensiones 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

Código Único de Identificación: 1100131050292018000622 -01

Demandante: **MARÍA CONSUELO GONZÁLEZ RODRÍGUEZ**

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

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

Adujo que el error de hecho sólo vicia el consentimiento cuando se yerra en cuanto a la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa específica, errores que no aparecen como cometidos en el contrato celebrado entre el actor y la AFP, pues él sí pretendió afiliarse al RAIS.

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

3. Providencia recurrida

La A quo dictó sentencia condenatoria:

PRIMERO: Declarar la ineficacia de la afiliación de MARÍA CONSUELO GÓNZALEZ RODRÍGUEZ...a Colfondos S.A. suscrita el 17 de junio de 1994, por los motivos expuestos. En consecuencia, declara que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por lo mismo, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

SEGUNDO: Ordenar a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones todos los valores recibidos por concepto de afiliación de la demandante MARÍA CONSUELO GÓNZALEZ RODRÍGUEZ las cotizaciones, rendimientos y cuotas de administración, sin lugar a descuento alguno para lo cual se le concede un término de 30 días hábiles contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia.

TERCERO: Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, a recibir de Fondo de pensiones y cesantías Porvenir S.A. todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del actor como cotizaciones, rendimientos y gastos de administración que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.

Código Único de Identificación: 1100131050292018000622 -01

Demandante: **MARÍA CONSUELO GONZÁLEZ RODRÍGUEZ**

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

Para llegar a esa conclusión, se inicia por hacer un breve recuento de lo expuesto en demanda y contestaciones. Después de ello, recapitula el problema jurídico a resolver el que planteó en determinar si había lugar a decretar “la nulidad” del traslado de régimen hiciese el señor demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Rememora que el fundamento de tal pretensión fue la falta de información necesaria para decidir su traslado.

Clara en lo anterior, expone por enunciar que Ley 100 de 1993 estableció 2 regímenes pensionales en Colombia, los cuales son distintos, obedecen a características diferentes y traen consecuencias diferentes en cuanto al reconocimiento y pago de la pensión. Así mismo, trajo a colación que desde la misma promulgación de la ley 100 de 1993, pues se exigió a los fondos al momento de la afiliación que proporcionara la información debida a los afiliados para que tuvieran un consentimiento informado respecto del traslado de régimen.

Enunció de forma posterior los radicados 31989 de 2008, 33083 de 2011, 68852 de esta anualidad, 68838, entre otras, de prima media, donde se ha abordado el deber de información.

Expuso entonces que no era posible hablar de regímenes ventajosos o desventajosos sino era necesario analizar cada caso en concreto. Aborda lo relativa al deber de la carga de la prueba del asesoramiento, la que establece a cargo de las entidades financieras.

Analiza entonces el caso en estudio y expone que era un deber del Fondo privado convocado, el demostrar su deber de asesoramiento y como ello no aparecía acreditado, pues se abrían paso las pretensiones.

4. Argumentos de los Recurrentes

Colfondos S.A. Aduce que la actora no es beneficiaria del régimen de transición, y por el contrario está inmersa en una prohibición legal expresa de traslado.

Indica que, no se acreditó la existencia de vicio del consentimiento o ausencia de información que acarree la ineficacia del traslado.

Finiquita exponiendo que, los gastos de administración atendiendo a que los mismos se encuentran consagrados tanto en el régimen de prima media como en el régimen de ahorro individual, por demás que podría configurar un enriquecimiento sin causa, ya que, el fondo desarrolló una actividad profesional de administración en la oportunidad debida.

Por su parte, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** Adujo que, no se encuentra afectado el acto voluntario y libre de

cambio de régimen pensional realizado por la demandante, porque con el traslado no hay prohibición legal que lo impidiera.

Agrega que, mediante interrogatorio de parte la demandante recibió la información correspondiente conforme lo que la norma exigía para 1994, fecha en la que hizo el traslado de régimen.

Expresa, que la demandante hizo traslados horizontales con lo que reafirma su deseo de querer permanecer en RAIS, pues se le dio información clara, precisa y eficiente, máxime cuando al momento de trasladarse no era beneficiaria del régimen de transición.

Concluye señalando en cuanto a los gastos de administración que, deben ser revocados en atención a que son cobrados en virtud de lo establecido en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, como quiera, que se trata de prestaciones ya acaecidas; que no puede desconocerse que la cuenta de ahorro individual produjo rendimientos gracias a la buena gestión que el fondo ha realizado; que lo anterior generó el cobro de una comisión por hacer rentar dichos dineros; que la devolución de gastos de administración vulneraría el derecho de las restituciones mutuas, con frutos, intereses, mejoras, y la igualdad de trato en el marco de una relación contractual presidida de la buena fe; y que ello estaría causando un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante y de Colpensiones.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 14 de febrero de 2020, se admite el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar por auto de fecha 14 de julio del cursante, el cual fue utilizado por los apoderados de las partes quienes reiteraron sus argumentos con relación a la sentencia de primer grado y aquellos expuestos en demanda y contestación.

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

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

248

Código Único de Identificación: 1100131050292018000622 -01
Demandante: MARÍA CONSUELO GONZÁLEZ RODRÍGUEZ
Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A, Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

Tesis

Revocar la decisión de primer grado.

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

INEFICACIA DEL TRASLADO

Dentro del presente diligenciamiento, claro es que el 17 de junio de 1994 la demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A. (fl. 88) 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, 17 de junio de 1994, 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”.

Código Único de Identificación: 1100131050292018000622 -01

Demandante: **MARÍA CONSUELO GONZÁLEZ RODRÍGUEZ**

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

De cara a lo anterior, a folio 28 fue allegada copia del documento de identidad de la actora en donde se aprecia que nació el 01 de junio de 1961 de agosto de 1957, por lo que al momento de entrada en vigencia del régimen de la Ley 100 de 1993— para su caso 1º de abril de 1994 — contaba con 32 años y 10 meses, así como reportaba un aproximado de 325.29 semanas cotizadas al ISS (fl.137).

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 325.29 semanas de cotización, equivalente a 6.32 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 González Rodríguez.

No obstante estar la actora inmersa en tal escenario, pretende la declaratoria de ineficacia del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A el 17 de junio de 1994 (fl. 32), 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 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 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 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

Código Único de Identificación: 1100131050292018000622 -01

Demandante: **MARÍA CONSUELO GONZÁLEZ RODRÍGUEZ**

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

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

Código Único de Identificación: 1100131050292018000622 -01

Demandante: **MARÍA CONSUELO GONZÁLEZ RODRÍGUEZ**

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

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

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

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

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

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

Teniendo claro lo anterior, se tiene que en el caso objeto de estudio, esas obligaciones generales y especiales que aparecen narradas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y a cargo de los Fondos de Pensiones – normas vigentes al momento del traslado-, relativas al deber de información para con sus afiliados, se suple con aquellas previsiones que por demás aparecen aceptadas por la propia demandante al momento de suscribir el formulario de afiliación al fondo privado da cuenta el folio 32 y 33 del plenario, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad *"libre, espontánea y sin presiones"*.

Código Único de Identificación: 1100131050292018000622 -01

Demandante: **MARÍA CONSUELO GONZÁLEZ RODRÍGUEZ**

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

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

Y es de cara a lo narrado, que surgen una serie de interrogantes tales como: (i) En el presente asunto al momento del traslado ¿qué tipo de efecto nocivo puede causarse a la accionante quien contaba con 32 años, había cotizado un poco más de 320 semanas en el ISS y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?, por demás, (ii) durante más de 24 años se benefició de aquellas prerrogativas que otorgaba el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pero es hoy cuando desde su punto de vista no le resulta beneficioso y (iii) en interrogatorio de parte da muestras de conocer el funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por demás, no puede perderse de vista que la profesión que se narra por la actora en su primer traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y luego la movilidad en el mismo, resulta ser la de asistente contable.

En efecto, en este asunto, adquiere una mayor connotación lo plasmado en el formulario de afiliación suscrito por la demandante y que obra a folio 32 y 33 sin que sea argumento para esta Sala de Decisión la desidia que se alega por este extremo procesal, máxime cuando en interrogatorio de parte encontramos que conocía que su cuenta sería un ahorro individual, que el ISS se iba a liquidar, que habían fondos que ofrecían una mejor rentabilidad que otros, que es posible pensionarse con una edad inferior a la del régimen de prima media. Aunado a ello, hace referencia a que tiene conocimientos contables y recibía los extractos de su “cuenta individual”. Ergo, es imposible predicar que con su profesión y lo narrado por ella, no fue debidamente asesorada.

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

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

Código Único de Identificación: 1100131050292018000622 -01

Demandante: **MARÍA CONSUELO GONZÁLEZ RODRÍGUEZ**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A, Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR 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 el accionante tomó la decisión de su traslado el 17 de junio de 1994.

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

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

De igual manera, advierte que se debe determinar la causa que genera la ineficacia del traslado para establecer sus efectos, ya sea inexistencia del acto, nulidad absoluta debidamente declarada por el juez, nulidad relativa que no se saneó, e inoponibilidad, las que respectivamente y en su orden tendrían como consecuencia: que el acto no

Código Único de Identificación: 1100131050292018000622 -01

Demandante: **MARÍA CONSUELO GONZÁLEZ RODRÍGUEZ**

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

produzca efectos jurídicos, volver las cosas al estado en el que se encontraban antes de la celebración del acto jurídico, saneamiento por el paso del tiempo o la ratificación del interesado, y dejar sin acción a los interesados.

En ese sentido, considera que la alta Corporación mal podría afirmar, de forma categórica que, la consecuencia de la ineficacia del traslado en todos los casos, “implica privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al RPMPD”, cuando se observa particularidades que podrían conllevar a consecuencias jurídicas distintas, tales como: la suscripción de un formulario de afiliación de forma libre, voluntaria y espontánea, que conforme a lo expuesto, a lo largo de esta providencia, obligaba al fondo privado a su recepción; es la ley la que establece cuales son las características del RAIS; y se desconocía para el momento del traslado, 24 años atrás, la mesada que le correspondería a la accionante por concepto de pensión de vejez.

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

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

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

Tampoco se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en la demandante para su afiliación, por parte de la AFP, en consonancia con el art. 1515 del CC, pues de las afirmaciones efectuadas en los hechos de la demanda, y al absolver interrogatorio de parte, encontramos que conocía que su cuenta sería un ahorro individual, que el ISS se iba a liquidar, que habían fondos que ofrecían una mejor rentabilidad que otros,

Código Único de Identificación: 1100131050292018000622 -01

Demandante: MARÍA CONSUELO GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

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

que es posible pensionarse con una edad inferior a la del régimen de prima media. Aunado a ello, hace referencia a que tiene conocimientos contables.

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 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 Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A y Colfondos SA, ni la ineficacia prevista en el art. 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se acreditó que se 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 la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, en su momento, cual son los salarios reportados por la demandante del año 1994 hacia adelante, entre otras variables. Ante ello, imposible resulta ser el pregonar, que haya existido una omisión de la prementada proyección cuando los elementos para realizar ésta última no se conocían al momento en que se materializa la movilidad del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Se consulta entonces esta Colegiatura, cuáles fueron esas consecuencias que se anuncian como no advertidas 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 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).

Código Único de Identificación: 1100131050292018000622 -01

Demandante: **MARÍA CONSUELO GONZÁLEZ RODRÍGUEZ**

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

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. 58) contaba con 57 años,, es que pretende retornar a un régimen donde nunca contribuyó al pago de las pensiones “de cada vigencia” y sólo, so pretexto de no habersele proyectado una pensión cuando le faltaban aproximadamente 23 años en edad y un aproximado de más de 900 semanas para causar tal derecho justifica un vicio del consentimiento que resultaría ser inexistente al momento del traslado, o alega que no se acató el correspondiente deber de información frente a presupuestos que resultarían impredecibles en dicho momento.

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

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

Ante ello, 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 junto con los de la parte actora, 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 DE LA DEMANDANTE y, en consecuencia, ABSOLVER a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

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

V. DECISIÓN

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

Código Único de Identificación: 1100131050292018000622 -01

Demandante: MARÍA CONSUELO GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

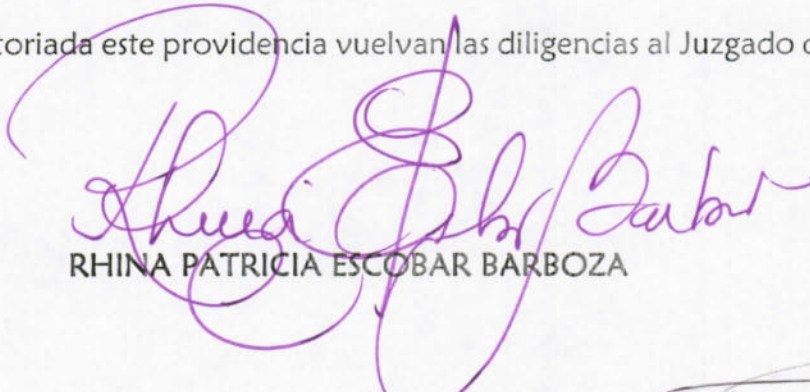
Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A, Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A

RESUELVE

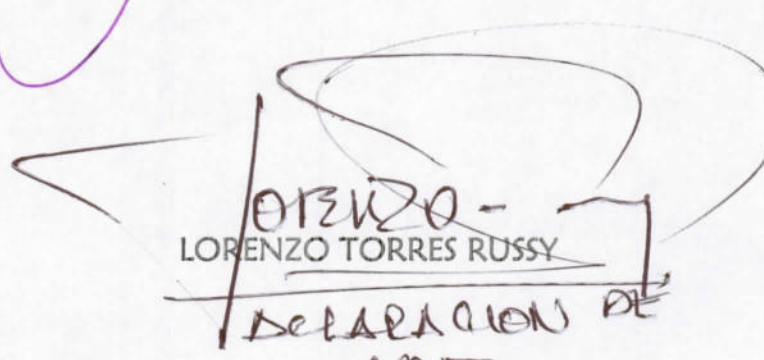
PRIMERO.- REVOCAR la sentencia. En su lugar, se DECLARA PROBADA DE OFICIO LA EXCEPCIÓN DE EFICACIA DEL ACTO DE AFILIACIÓN DE LA DEMANDANTE y, en consecuencia, se ABSUELVE a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra

SEGUNDO.- COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte actora y a favor de las demandadas.

TERCERO. Ejecutoriada este providencia vuelvan las diligencias al Juzgado de origen.


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

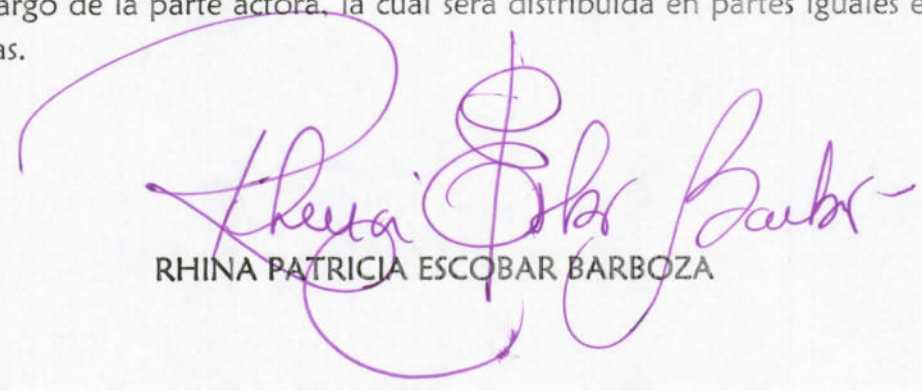
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
(Salvamento de Voto)


LORENZO TORRES RUSSY

DECLARACION DE
VOTO.

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente a cargo de la parte actora, la cual será distribuida en partes iguales entre las demandadas.


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

100-105510
100-105510
100-105510

TSB SECRET S. LABORAL

51090 5AUG'20 PM 5:34

1188



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda Laboral

TSB SECRET S. LABORAL

51090 30/06/20 PM 5:34

ACLARACION DE VOTO

Proceso 2018-00622-01

MARIA CONSUELO GONZALEZ VS COLPENSIONES Y
OTRA.

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

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

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

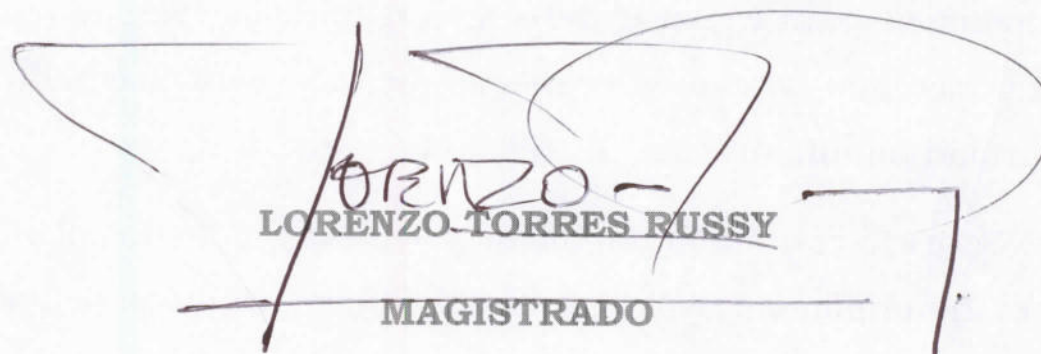
Sobre el resarcimiento de los perjuicios causados al afiliado por el incumplimiento en el deber de información o la deficiencia del mismo, el articulo 10 del Decreto 720 de 1994, establece que la responsabilidad corresponde a la AFP.

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

SALVAMENTO DE VOTO

MARCELIANO CHAVEZ AVILA

Magistrado

Sala Segunda de Decisión Laboral

Ref.: Expediente Rad-29201800062201 Proceso: Ordinario Laboral

DTE: MARÍA CONSUELO GONZÁLEZ RODRÍGUEZ. 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 disenso 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.

TSS SECRET S. LABORAL

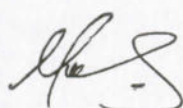
51091 5AUG'20 PM 5:35

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

Código Único de Identificación: 1100131050142018-0487 -01
Demandante: GUSTAVO GONZÁLEZ CRUZ
Demandado: REPRESENTACIONES INDUSTRIALES ORIÓN 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

Se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá el 15 de noviembre de 2019 dentro del proceso ordinario laboral que GUSTAVO GONZÁLEZ CRUZ promoviese contra REPRESENTACIONES INDUSTRIALES ORIÓN S.A.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare que, entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 14 de diciembre de 2007; reintegro; y que sean tenidas las horas extras como salario. Como consecuencia de lo anterior, procura se condene a la reliquidación de acreencias laborales; el reconocimiento y pago de salarios del 10 de noviembre de 2017 al 30 de abril de 2018, prima de servicios, vacaciones, intereses moratorios, subsidio familiar, y dotaciones.

Se edifica la demanda y de forma principal, en la condición de prepensionado que presuntamente ostentaba el actor.

2. Actuación Procesal.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

Se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, expone, en síntesis, que expone que desconocía de las afecciones de salud que padecía el demandante al momento del despido, por demás que el contrato finalizó por expiración del plazo fijo pactado.

3. Providencia recurrida

La A quo dictó sentencia absolutoria.

En síntesis, refirió que, según contrato de trabajo obrante en el plenario, el término era fijo.

Expuso que, un trabajador no puede ser considerado prepensionado cuando está a la espera únicamente del cumplimiento del requisito de la edad, pues en ese caso podrá pensionarse con o sin vinculación laboral.

Estableció que, no es posible convalidar la decisión del Juez de Tutela, ya que, al momento de la desvinculación del actora contaba con 1600 semanas, según lectura del fallo de la acción constitucional y además, éste último se concedió con efectos transitorios.

Dijo, que no se demostraron el número horas extras de manera específica y concreta en las que se prestó el servicio para ordenar su pago y con ello, proceder a la reliquidación de acreencias laborales.

Señaló, que no se acreditaron los perjuicios para que haya lugar a dotaciones.

Finalmente indicó, que no hay lugar a indemnización por despido sin justa causa, como quiera que se pagó en la correspondiente liquidación de prestaciones sociales.

4. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 20 de enero de 2020, se admite el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar mediante el auto de fecha 14 de julio de 2020, el cual fue utilizado por el apoderado de la demandada.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, se asume competencia al estar frente a una sentencia que es totalmente adversa a las pretensiones del trabajador.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Es dable considerar al accionante prepensionado, y por ende sujeto de estabilidad laboral reforzada? De igual manera, ¿Hay lugar al pago de horas extras, y reliquidación de acreencias laborales debido a su inclusión?, y ¿se debe pagar dotaciones, indemnización por despido sin justa causa, e intereses moratorios?

Tesis

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

CALIDAD DE PREPENSIONADO DEL ACCIONANTE

Sobre el tópico es menester recordar, que según sentencia SU-003 de 2018, acreditan la condición de “prepensionables” las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas, dentro de los 3 años siguiente, a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión.

Por ende, señala que la “prepensión” protege la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo. Por tanto, ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, para consolidar los requisitos que le faltaren para acceder a su pensión de vejez.

No obstante, dicha providencia también es clara en manifestar que cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser acreditado de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente, de manera que no se frustra el acceso a la pensión de vejez.

Al respecto, se debe indicar que sentencia de tutela proferida por el Juzgado 31 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá de folios 7 a 20, aparecen que el *“empleador dio por terminado su contrato desconociendo su calidad de “prepensionado” y su derecho a una estabilidad laboral reforzada, debido a que tiene 61 años de edad y cuenta con un número de 1676,14 semanas cotizadas”*.

De esta manera, es claro por la misma manifestación realizada por el accionante a través de dicha acción constitucional que no era posible darle la condición de prepensionado, y por ende considerar que era sujeto de estabilidad laboral reforzada, como quiera que acumulaba las semanas mínimas, 1300, que se para ser beneficiario de una pensión de vejez de que trata la Ley 100 de 1993, tanto para acceder a una prestación conforme al régimen de prima media (artículo 33), como del régimen de ahorro individual con solidaridad (artículo 83-pensión de garantía mínima).

Así las cosas, se considera acertada la decisión del A quo de absolver de la pretensión de reintegro, con el consecuente pago de salarios, y demás acreencias laborales hasta que sea reconocida pensión, por lo que, en tal sentido, se confirmará.

HORAS EXTRAS Y RELIQUIDACIÓN DE ACREENCIAS LABORALES

Según la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en decisiones como las del 15 de julio de 2008, Rad. 31637 y 31 de mayo de 2017, Rad. 43886, se deben acreditar con tal claridad y precisión que no debe quedar duda

Código Único de Identificación: 1100131050142018-0487 -01
Demandante: GUSTAVO GONZÁLEZ CRUZ
Demandado: REPRESENTACIONES INDUSTRIALES ORIÓN S.A

alguna de su existencia, es decir, de tal manera que el juzgador para condenar no tenga que hacer cálculos ni suposiciones sobre el tiempo extra laborado.

Al respecto, no existe prueba de las horas extras laboradas por el accionante, de modo que no es posible imponer su condena, tan sólo se tiene de forma genérica, el testimonio de Miguel Ángel González Cruz, quien señaló que era obligado a trabajar sábados, domingos y festivos, según lo que le era contestado el mismo demandante al momento de ser invitado a reuniones familiares, empero no le consta de forma directa tal prestación, declarante que por demás al ser el hermano del actor, fue analizado con mayor rigurosidad conforme al principio que establece el artículo 61 del C.P.T y de la S.S, esto es, la libre formación del convencimiento.

Por lo anterior, se considera que no es posible imponer condena por tal concepto, así como tampoco acceder a la reliquidación de acreencias laborales.

DOTACIONES

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de vieja data, como por ejemplo en la sentencia del 22 de abril de 1998, Rad. 10400 dijo *“que el patrono que haya negado el suministro en vigencia del vínculo laboral, a su terminación quede automáticamente redimido por el incumplimiento, pues ha de aplicarse la regla general en materia contractual de que el incumplimiento de lo pactado genera el derecho a la indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable y a favor de la afectada”*.

Por tanto, el demandante tenía la obligación de acreditar los perjuicios ocasionados por la no entrega de la dotación, concepto que conforme a la jurisprudencia en cita, se traduce en establecer su valor.

Claros en ello, dada la orfandad probatoria en el presente diligenciamiento sobre tal particular, no resulta procedente ordenar su pago.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

Al considerarse que no hay lugar a reintegro, se abre paso la posibilidad de determinar si hay lugar a indemnización por despido sin justa causa, frente a lo que basta con establecer que a folio 87, obra liquidación de prestaciones sociales, donde consta su liquidación, y a folio 88, su pago, por lo que no se reconocerá.

INTERESES MORATORIOS

Al respecto, se aclara que por sustracción de materia no hay lugar a pronunciarse sobre tal temática, ya que se solicitó sobre salarios y prima de servicios que se dejaron de pagar como consecuencia del reintegro, por lo que no se accederá a tal pretensión.

Corolario de lo anterior, se CONFIRMARÁ la sentencia.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del CGP no se condenará en costas.

Código Único de Identificación: 1100131050142018-0487 -01
Demandante: GUSTAVO GONZÁLEZ CRUZ
Demandado: REPRESENTACIONES INDUSTRIALES ORIÓN S.A

V. DECISIÓN

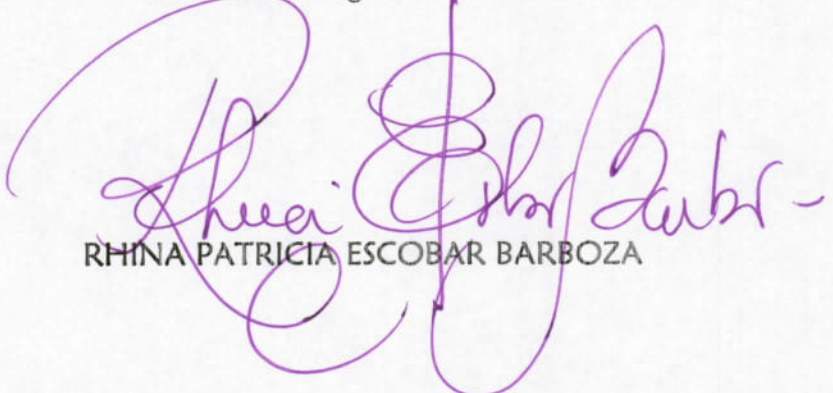
En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia.

SEGUNDO. - Sin costas en esta instancia.

Los Magistrados,


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


LORENZO TORRES RUSSY

TSB SECRET S. LABORAL

51086 5AUG'20 PM 5:31

YER

Magistrada Sustanciadora: RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
Clase de Proceso: ORDINARIO –Apelación sentencia
Radicación No. 110013105038201800452-01
Demandante: LUZ MARINA CARREÑO MORENO
Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

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

I. ASUNTO A TRATAR

Se decide el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la parte demandante contra de la sentencia proferida el 18 de febrero de 2020 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario laboral que LUZ MARINA CARREÑO MORENO promoviese contra Colpensiones, Colfondos S.A. y Porvenir S.A.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

La actora demandó a COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A a fin de que se declare la nulidad de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada a través de COLFONDOS S.A con efectividad el 01 de septiembre de 1997, ante su omisión de brindar información clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente, y cierta, respecto de las implicaciones del cambio de régimen. Como consecuencia de lo anterior, condenar, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A a restituir a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de su vinculación, como

cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que hubiere causado; y a COLPENSIONES a recibirla como afiliada, tomar los valores obtenidos mientras estuvo en el RAIS, y contabilizar las semanas para efectos de su pensión.

Subsidiariamente, solicita la declaración la ineficacia e inoperancia de los efectos de la afiliación del demandante realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en cabeza de COLFONDOS S.A con fecha de efectividad 01 de septiembre de 1997, al no poderse predicar la existencia de consentimiento libre, voluntario e informado al momento de su vinculación

Para fundamentar su pretensión, expresó: 1) Se afilió a COLFONDOS S.A con efectividad a partir del 01 de septiembre de 1997, quien no le informó sobre: la existencia de dos regímenes pensionales, sus diferencias, beneficios, riesgos, desventajas, e inconvenientes; el régimen que más le convenía; el capital que debía acumular para poder adquirir una pensión; el aporte que sería destinado a un seguro para atender pensiones de invalidez y de sobrevivientes, la asesoría para la contratación de la renta vitalicia, financiar el fondo de solidaridad, y gastos de administración; la posibilidad de negociar el bono pensional; el derecho de retracto; la liquidación de la prestación y que esta tendría en cuenta una expectativa conjunta, es decir, contando con sus beneficiarios; la tasa de reemplazo; y las condiciones para pensionarse anticipadamente; 2) Al momento del traslado no le efectuaron una proyección futura de su pensión; 3) Mediante solicitud N° 2018_9529543 del 08 de agosto

de 2018 solicitó a COLPENSIONES su traslado, empero se rechazó tal petición, el mismo día; y 4) Actualmente cotiza en la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda. Señaló que, la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ya que no ha probado error, fuerza o dolo; que la afiliación se realizó con plena voluntad de la cotizante, quien por decisión propia suscribió los formularios de traslado y ese fue ratificado con los más de 20 años que ha realizado cotizaciones. Expone además, lo establecido en la Ley 797 de 2003 sobre la libre escogencia de regímenes, lo que implica la aceptación de las condiciones propias de este para poder acceder a las prestaciones pensionales; que se limitó el traslado a personas que les faltare 10 años o menos para alcanzar la edad, lo que fue estudiado en constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional; que no acumula 15 años de servicios a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; que la selección de régimen implica la aceptación de las condiciones propias de este y por ende, resultaba imposible predecir cuál sería la pensión de la accionante al momento de su traslado.

Propuso como excepciones las de inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, prescripción, entre otras.

SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. de igual manera se opuso a las pretensiones. Manifestó que, la información suministrada se encuentra acorde con las disposiciones legales y con la vigilancia y control que ejercer la Superintendencia Financiera; que la demandante tomó una decisión informada y consciente, dado que suscribió formulario de afiliación, donde dejó constancia de su escogencia libre, espontánea y sin presiones; que sus asesores comerciales permanentemente reciben capacitación a fin de garantizar que se brinde una adecuada orientación y asesoría a los potenciales afiliados; que en razón de las variables que tiene el sistema, el monto y la edad de pensión dependen exclusivamente del afiliado y de sus cotizaciones; que sólo hasta la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015 existe el deber legar de poner a disposición de los filiados herramientas financieras que le permitan conocer las consecuencias de su traslado; que en razón de los cambios en los tiempos de traslado que previó la Ley 797 de 2003, se ordenó por parte de la Superintendencia Financiera la publicación en un diario de amplia circulación, las características de los regímenes y la imposibilidad de trasladarse en los términos de la norma referida, sin que la accionante efectuara manifestación alguna; que los afiliados al sistema de seguridad social tienen libertad de elección de régimen pensional; que no se avizora un error de hecho, esto es, aquel donde se yerra en cuanto a la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa específica; que las obligaciones por las cuales se invierte la carga de la prueba nacieron hasta la Ley 1328 de 2009; y que el presente asunto tiene situaciones fácticas diferentes a las de las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia, donde se conoció casos de personas con derechos adquiridos o expectativas legítimas.

Propuso como excepciones las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, entre otras.

COLFONDOS S.A también sentó oposición frente a las pretensiones. Expresó, que: (i) siempre cumplió con el deber de informar, siendo la actora una persona mentalmente estructuraba que contaba con la capacidad de sopesar los beneficios de traslado de régimen; (ii) no puede alegarse la ignorancia de la ley como excusa; que a la actora se le informaron las etapas que contiene cada régimen desde la afiliación hasta el disfrute de la prestación; (iii) a la accionante se le informaba de su ahorro a través de extractos trimestrales, medios de comunicación, página web, y asesores comerciales, sin que solicitara el régimen de traslado en tiempo; (iv) la actora no hizo de su derecho de retractarse; (v) no tenía la obligación de realizar proyecciones pensionales sino hasta que se expidió la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015; (vi) no se aporta prueba alguna a fin de establecer la falta en el deber de información; (vii) la demandante no se acercó a ningún punto de atención

indagando sobre las características de su régimen pensional; (viii) la actora dejó constancia de su selección libre, espontánea, y sin presiones, a través del formulario de afiliación; (ix) la nulidad absoluta es la que se produce por un objeto o causa ilícita, o por la omisión de algún requisito o formalidades que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos; (x) el error sólo vicia el consentimiento cuando se yerra en cuanto a la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa específica; (xi) se alega un engaño, sin traerse elementos probatorios de los que se puede extraer tal conducta maliciosa; (xii) el tiempo para alegar la rescisión de un contrato es de máximo 4 años; (xiii) no se observa que la afiliación se hubiese echado mano de presión o coacción; y (xiv) constitucionalmente se han protegido únicamente personas beneficiarias del régimen de transición o con expectativas legítimas.

Propuso como excepciones las de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, compensación y pago, ausencia de vicios del consentimiento, entre otras.

3. Providencia recurrida

El *A quo* dictó sentencia absolutoria.

En síntesis, se consideró dentro del presente asunto, luego de recapitular demanda y contestación que, de conformidad con el artículo 112 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema de seguridad social no pueden ser rechazados por el fondo privado, de modo que, era obligación de COLFONDOS S.A recibir a la actora, más aún cuando CAJANAL fue liquidada y ella tenía conocimiento que tal ente se iba a finiquitar; que en el proceso no obra prueba que respalde el dicho de la actora, quien indicó que el fondo privado le dijo que el único régimen existente eran el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad

Adosa las voces del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, según el cual, cualquier organismo que atente contra la selección de regímenes, podrá ser acreedor de una sanción, lo que implica que debe existir una afectación del consentimiento; que no hay prueba de la que se pueda deducir la coacción o constreñimiento, así como tampoco se evidencia el ánimo de perjudicar para que se configure dolo o error, ya que al momento del traslado le faltaba unos 25-27 años para acceder a la pensión de vejez, y presentaba apenas 481 semanas.

Agrega que la actora gozaba de devolución de saldos, y del beneficio de heredar su ahorro individual y si hipotéticamente existiese error, este se traduce en que la demandante haya dejado a la deriva su situación pensional, sin siquiera hacer los trámites del correspondiente bono pensional de cara al reconocimiento de su prestación.

Expresó que la demandante al momento de vincularse de la Universidad Jorge Tadeo Lozano no indagó acerca del régimen pensional que la cobijaría, siendo inconcebible que durante todos estos años no tuviera conocimiento de la existencia de COLPENSIONES, y de la Ley 100 de 1993, más aún cuando esta y la Ley 797 de 2003 fueron ampliamente publicitadas; que en sentencia C-1024 de 2004 se estableció que el traslado es válido en beneficio de la sostenibilidad financiera del sistema; que las sentencias de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que cada caso debe analizarse de conformidad con los supuestos que cada uno presentase; y que la actora en 1997 hizo una apuesta en relación con su régimen pensional, siendo en tal sentido, desproporcional con quienes han estado afiliados a COLPENSIONES, que una persona llegue, acceda automáticamente a la prestación, sin haber contribuido en tal régimen, en el marco de la fidelidad al mismo.

4. Argumentos del recurrente.

Apeló el apoderado de la parte actora. Manifiesta que, era deber del fondo privado informar a la accionante de forma completa y comprensible a la medida de la asimetría que debe existir entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad, sin que la firma en el formulario pruebe que se le brindó la información necesaria.

Por lo anterior, desde su punto de vista, correspondía a las administradoras de fondos de pensiones acreditar que documentaron clara y suficientemente los efectos del régimen pensional, so pena de declarar ineficaz tal acto; y que no quedó probado que se suministró la correspondiente información, en los términos expuestos.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto del 12 de marzo de 2020, se admite el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar mediante auto de fecha 8 de junio de 2020. Todos los extremos presentaron sus alegaciones reiterando lo expuesto en sus demandas y contestaciones, así como el recurso de apelación presentado¹.

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

¹ Si bien se recibió un memorial proveniente de la firma LÓPEZ Y ASOCIADOS, el cual contiene unos alegatos de conclusión, ellos no fueron objeto de revisión al haberse presentado un nuevo poder por parte de PORVENIR S.A.

Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

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 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

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

Ineficacia del traslado

Dentro del presente diligenciamiento, claro es que el 25 de agosto de 1995 la demandante suscribió formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A. (fl. 200) a efectos de trasladarse de régimen pensional, sin que se observe que tuviera procedencia del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por demás, en interrogatorio de parte confesó que laboraba para tal época en el ICETEX y que por tal motivo cotizaba a CAJANAL.

Ahora bien, en el plenario no obra prueba que acredite que fue voluntad de la accionante afiliarse al entonces existente ISS, y por el contrario lo que se evidencia es que su interés era afiliarse al RAIS, sin embargo, y en caso de considerarse que la información suministrada carecía de veracidad y en tal sentido que hubiese optado por el ISS, es necesario precisar, en relación con la posibilidad de traslado al régimen de prima media, que el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, vigente para la época del traslado realizado por la actora, 25 de agosto de 1997 (fl. 200), 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, en el medio óptico de folio 124 fue allegada copia del documento de identidad de la actora en donde se aprecia que nació el 17 de agosto de 1966, por lo que al momento de entrada en vigencia del régimen de la Ley 100 de 1993– para su caso 1° de abril de 1994 – contaba con 27 años, 7 meses, y 15 días, sin que se avizoren semanas reportadas al ISS ni a otro fondo de pensiones, como lo es CAJANAL.

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, pues no aparece acreditado que contara con semanas de cotización antes del 01 de abril de 1994, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia C-789 de 2002, para inclusive considerarse que podría por tal vía ser afiliada al RPMPD.

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

No obstante estar la actora inmersa en tal escenario, no haber contribuido al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pretende una declaratoria la ineficacia de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A, el 25 de agosto de 1997 (fl. 200), a efecto de ser afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con fundamento en que al momento de su traslado pensional, la entidad COLFONDOS S.A, no realizó proyección pensional, ni brindó información que le permitiera conocer a la accionante las consecuencias, implicaciones y desventajas que le traía el traslado de régimen.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Teniendo claro lo anterior, se tiene que en el caso objeto de estudio, esas obligaciones generales y especiales que aparecen narradas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y a cargo de los Fondos de Pensiones, relativas al deber de información para con sus afiliados, se suple con aquellas previsiones que por demás aparecen aceptadas por la propia demandante al momento de suscribir el formulario que da cuenta el folio 200 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.

El anterior escenario, también quedó ratificado al efectuarse traslados y suscribir los correspondientes formularios de afiliación a ING el 28 de enero de 1999 y a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A el 16 de abril de 2004, entidades a las que se vinculó, tal y como se constata de la documental de folio 150.

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 a la accionante quien contaba con 29 años, NO acredita cotizaciones al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (fl. 29) –salvo lo por ella aducido en interrogatorio de parte y algún tipo de inferencia que pueda hacerse del folio 200- 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. (iii) acepta en su interrogatorio de parte el hecho de haber firmado los formularios de afiliación, y confesar que le fue indicado que lo ahorrado se lo devolverían y por demás, al desempeñarse desde el inicio de su vida profesional como técnico en contaduría y luego, como contadora no puede ser predicada como una afiliada lego y (iv) teniendo la oportunidad de afiliarse al Seguro Social no optó por concurrir a éste sino a un Fondo Privado.

Y siendo lo anterior así adquiere una mayor connotación lo plasmado en el formulario de afiliación suscrito por la demandante y que obra a folio 200, ante ello, como se indicó la propia actora expone que no provenía del Instituto de Seguros Sociales sino de una entidad diferente, además de que no resulta aceptable la desidia que alega la accionante, máxime cuando en el interrogatorio de parte rendido manifestó haber firmado el formulario de afiliación, aceptando además, **que conocía aspectos puntuales del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realmente de cara a la legislación, no resultan ser imprecisos.** Ergo, si fue asesorada al confesar ello en la prementada diligencia.

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

por el legislador. Y en el caso en estudio, fueron puestas en conocimiento de la parte actora, quien motu proprio, decide trasladarse a un fondo privado conforme expuso en su interrogatorio de parte.

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

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

Así mismo, explicó que las barreras informativas respecto de la naturaleza y variables de cada régimen, e ignorar las consecuencias jurídicas de la decisión de trasladarse, así como el correlativo deber de cada administradora de pensiones de subsanarlo a partir de suministrar información clara y suficiente no puede ser medido con el mismo rasero en todos los casos, pues si bien existen casos en que se toma la decisión por parte del afiliado de forma inconsciente y maquinal, hay otros, en los que 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 25 de agosto de 1997.

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

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

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

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

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

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

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

encontraba celebrando un acto jurídico distinto, según lo previsto en el art. 1510 *ídem*.

Tampoco se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en la demandante para su afiliación, por parte de la AFP, en consonancia con el art. 1515 del CC, pues de las afirmaciones efectuadas al absolver el interrogatorio de parte, es factible inferir que conocía algunas de las posibilidades que ofrece el RAIS, al admitir que los asesores de la AFP COLFONDOS, le indicaron que podría pensionarse anticipadamente y como se indicó líneas arriba, no es una afiliada lego al exponer en su interrogatorio de parte, que a lo largo de su vida ejerció funciones que dan cuenta de experticia legal, al ser Coordinadora de Desembolsos, Coordinadora para Operaciones Especiales de Procesos de Reintegro y de Atención de la Contraloría, y Directora Comercial de la oficina del ICETEX.

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

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

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

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

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

Inquieta entonces a esta Colegiatura, el determinar qué tan ajustado a la ley y al principio de solidaridad que gobierna nuestro sistema pensional, de cara a las previsiones del artículo 48 Superior sobre la sostenibilidad de éste último, sería el aceptar que, un particular a quien sólo habiendo prácticamente cumplido la edad para pensionarse un particular a quien estando próxima a la edad para pensionarse – puesto que a la fecha de presentación de la demanda (fl. 81) contaba con 51 años, 11 meses, y 23 días -, es que pretende retornar a un régimen al que nunca permaneció, y en el que nunca contribuyó al pago de las pensiones “de cada vigencia” y sólo, so pretexto de no habersele proyectado una pensión cuando le faltaban aproximadamente 26 años en edad y prácticamente la totalidad de semanas al respecto por la falta de prueba mencionada, para causar tal derecho justifica un vicio del consentimiento que resultaría ser inexistente al momento del traslado, o alega que no se acató el correspondiente deber de información frente a presupuestos que resultarían impredecibles en dicho momento.

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

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

Son suficientes entonces las anteriores consideraciones para dale paso a las apelaciones y con ello, REVOCAR la providencia apelada y consultada, y en su lugar DECLARAR DE OFICIO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE EFICACIA DEL ACTO DE AFILIACIÓN DE LA DEMANDANTE, y en consecuencia, ABSOLVER a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra.

Son suficientes entonces las anteriores consideraciones para CONFIRMAR la sentencia apelada y por tal razón, no se abren paso las alegaciones planteadas en el recurso.

Costas

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de las demandadas.

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

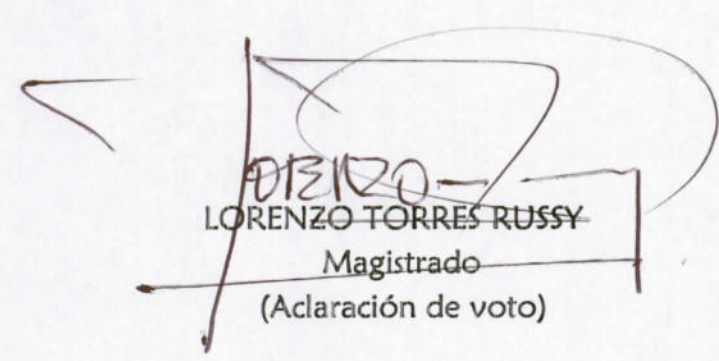
RESUELVE:

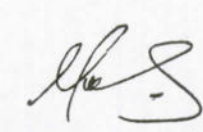
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

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 la suma de un salario y medio mínimo legal mensual vigente. Suma que será distribuida entre las tres demandadas.


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

51886 5AUG20 PM 5:32

[Handwritten signature]

TSB SECRET S. LABORAL

[Handwritten mark]

[Handwritten mark]

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

SALVAMENTO DE VOTO

MARCELIANO CHAVEZ AVILA

Magistrado

TSB SECRET S. LABORAL

51087 5AUG'20 PM 5:32

Sala Segunda de Decisión Laboral

Ref.: Expediente Rad-38201800045201 Proceso: Ordinario Laboral
DTE: LUZ MARINA CARREÑO MORENO -.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 REVOCARSE, accediendo a las suplicas de la demanda, por los siguientes motivos:

1- Sobre el disenso 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda Laboral

TSB SECRET S. LABORAL

51007 5AUG'20 PM 5:32

ACLARACION DE VOTO

Proceso 2018-00452-01

LUZ MARINA CARREÑO 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 alli señalada.

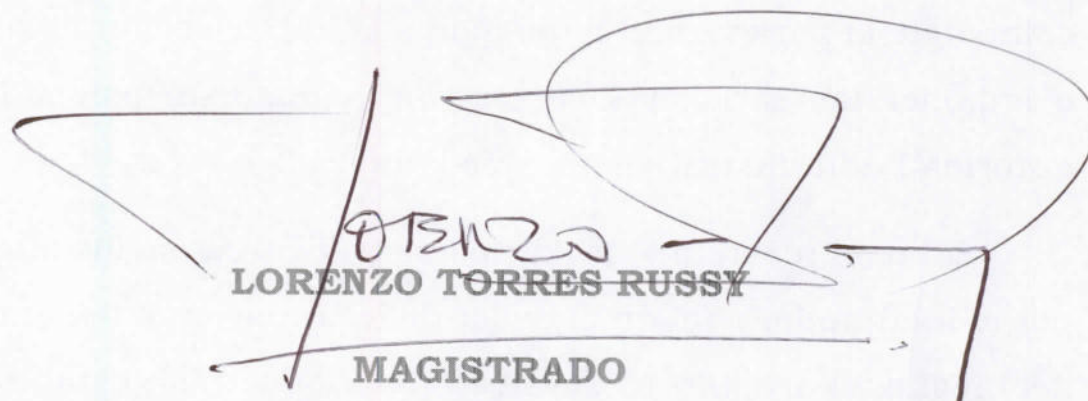
Sobre el resarcimiento de los perjuicios causados al afiliado por el incumplimiento en el deber de información o la deficiencia del mismo, el articulo 10 del Decreto 720 de 1994, establece que la responsabilidad corresponde a la AFP.

Las normas del Código Civil y las del Código de Comercio que regulan la nulidad y la ineficacia de pleno derecho, respectivamente, no son aplicables en materia de seguridad social, por encontrar regulada 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