

Código Único de Identificación: 11 001 31 05026201800566-01

Demandante: MARLEN SAAVEDRA ESTUPIÑAN

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

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

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

Discutido y Aprobado según Acta No. 002

AUTO DE SUSTANCIACIÓN

**PRIMERO:** RECONOCER personería adjetiva a la firma GODOY CÓRDOBA ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S. como procurador de la parte demandada PORVENIR S.A. en los términos y para los efectos del poder conferido. Autorícese al Dr. JUAN SEBASTIÁN SÁNCHEZ AMAYA con Tarjeta Profesional 310.573 como abogado autorizado para actuar en nombre de la prementada firma y en defensa de PORVENIR S.A.

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

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

I. ASUNTO A TRATAR

Se deciden el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por las DEMANDADAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. , en contra de la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2019 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, así como el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de Colpensiones, dentro del proceso ordinario laboral que MARLEN SAAVEDRA ESTUPIÑAN promoviese contra Colpensiones, Colfondos S.A. y Porvenir S.A.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare “la nulidad” de la afiliación realizada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Porvenir, así como las siguientes efectuadas a diferentes AFPs y como consecuencia de ello se ordene el traslado de todos los valores recibidos a Colpensiones y a esta última que reciba a la demandante como afiliada.

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

## 2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

**Colfondos S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideró tener a su favor (entre ellas la de prescripción), adujo, en síntesis, que la vinculación de la demandante a esta entidad fue un acto válido en la medida en que suscribió solicitud de vinculación, su decisión de traslado de régimen se realizó de manera libre, espontánea y sin presiones, luego de haber recibido la correspondiente información objetiva por parte de esta AFP, con el fin de que adoptara una decisión libre, voluntaria e informada, decidiendo solicitar el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, así como su permanencia en el mismo, además de un posterior traslado a otra administradora.

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

Agregó, lo relativo a la vigencia de la información que echa de menos el demandante, la que planteó sólo existía desde la Ley 1748 de 2014 y el Decreto Reglamentario 2071 de 2015.

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

**Colpensiones**, se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción), expone, en síntesis, que al momento de solicitar el cambio de régimen, a la demandante le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad para acceder a la pensión de vejez, por lo que se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado de régimen.

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

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

Demandante: MARLEN SAAVEDRA ESTUPIÑAN

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

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

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

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

### 3. Providencia recurrida

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

En síntesis, adujo, que la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, ha señalado que para que se entienda que la afiliación fue realizada de manera libre y voluntaria se debe verificar si la respectiva administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado de régimen, así como los beneficios que obtendría, es decir, se debe demostrar que la correspondiente entidad garantizó una decisión informada que permita o no garantizar una manifestación de voluntad autónoma y consciente, además, menciona que se da una inversión en la carga de la prueba, en virtud de la cual es el fondo de pensiones el que debe demostrar que brindó toda la información necesaria para que el demandante tomara la decisión que le resultara más favorable en cuanto al régimen de pensiones al que debía estar afiliado.

Para el caso particular manifestó, que fue allegado el formulario de afiliación, cuya casilla denominada “voluntad de afiliación” se encuentra rubricada por el demandante y en la misma se hace constar que la selección del RAIS ha sido efectuada en forma libre, espontánea y sin presiones, no obstante lo cual, y conforme lo indicado por la jurisprudencia de la mentada Corporación, le correspondía al fondo

Demandante: **MARLEN SAAVEDRA ESTUPIÑAN**

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

de pensiones, en este caso Porvenir ante quien se realizó el traslado inicial, demostrar que el demandante tomó una decisión autónoma y consiente al haber sido informado de las consecuencias que acarrearía el cambio de régimen de pensiones, lo cual no aconteció, pues conforme el material probatorio allegado no existe prueba alguna que demuestre que dicha entidad documentó clara y suficientemente al actor sobre los efectos que le traerían trasladarse del RPM al RAIS, ya que el formulario de afiliación no establece exactamente cuál fue la información dada al demandante al momento de su cambio de régimen y del interrogatorio de parte rendido por este no se puede establecer a ciencia cierta cuál fue la información dada por Porvenir. Así las cosas, dicha AFP no acreditó que en 1998 le haya brindado al actor la información necesaria, oportuna y eficaz para que el traslado de régimen cumpliera sus efectos jurídicos, por cuanto si bien es cierto, el demandante continuó en el error al haberse afiliado posteriormente a otros fondos de pensiones, también es cierto que ninguna de estos acreditó haberle informado por lo menos las características propias del RAIS, tampoco la facultad de trasladarse antes de que le faltaran 10 años para adquirir el derecho pensional, circunstancias que debieron ser informadas tanto por Porvenir como por Protección al momento de sus afiliaciones, circunstancias que, reitera, no fueron acreditadas en este caso.

Indicó que ni la jurisprudencia ni la ley tienen establecido que debe contarse con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información, ni tampoco si se tiene o no un derecho consolidado, un beneficio transicional o si se está o no próximo a pensionarse dado que la violación al deber de información se predica de la validez del acto jurídico del traslado considerado en sí mismo.

#### **4. Argumentos del recurrente**

##### **Porvenir S.A.**

Indica que según lo confesado por la demandante recibió asesoría grupal e individual. Expone que la obligación legal de asesorar ha tenido desarrollo al día de hoy de forma muy diferente a como se concebía cuando la demandante se trasladó.

Hace referencia a la ignorancia de la ley que está siendo utilizada por la demandante quien nunca mostró interés en su futuro pensional.

##### **Colfondos S.A.**

Expone que, no comparte la condena en costas como quiera y su agenciada, es un tercero de buena fe. Por otra parte, expone que no comparte lo expuesto en la sentencia como quiera y la demandante se afilió de forma libre y voluntaria, por lo que no podía ser rechazada.

Discute también la ineficacia declarada como quiera la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia para que se tenga como precedente judicial y sea de obligatorio cumplimiento, se tiene que estar frente a las mismas circunstancias y ella no es el caso de COLFONDOS S.A. quien no ofreció algún tipo de ofrecimiento exorbitante.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05026201800566-01

Demandante: MARLEN SAAVEDRA ESTUPIÑAN

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

Agrega además, que sólo existe jurisprudencia más no precedente como quiera y allí se abordaron temas de particulares beneficiarios al Régimen de Transición.

Señala que, no aplica lo correspondiente a gastos de administración, ya que, recibió los mismos de buena fe.

#### 5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

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

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

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

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

### III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

#### Tesis

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

#### Ineficacia del traslado

Dentro del presente diligenciamiento, claro es que el 07 de agosto de 1998 la demandante suscribió formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Porvenir (fl. 275) a efectos de trasladarse de régimen pensional, pues anteriormente se encontraba cotizando a Caprecundi y antes al extinto ISS.

Ahora bien, previo a resolver es menester precisar, en relación con la posibilidad de traslado de régimen, que el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, vigente para la época del traslado realizado por el actor, 13 de marzo de 1995 (fl. 275), prescribía que los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen

Demandante: MARLEN SAAVEDRA ESTUPIÑAN

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

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

De cara a lo anterior, a folio 251 fue allegado el documento de identidad del actor en donde se aprecia que nació el 20 de diciembre de 1959, por lo que al momento de entrada en vigencia del régimen de la Ley 100 de 1993– para su caso 1º de abril de 1994 – contaba con 34 años, 7 meses y 19 días, así como reportaba un aproximado de 201.13 semanas cotizadas (fl. 179 vto).

Así, es fácil constatar que el actor no contaba con los 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, según las probanzas incorporadas al plenario se itera, contaba con un aproximado de 201.13 semanas de cotización, equivalente a 3.91 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

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

No obstante estar la actora inmersa en tal escenario, pretende la declaratoria de nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Porvenir Colmena el 7 de agosto de 1998 (fl. 275), a efecto de permanecer afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con fundamento en que al momento de realizar dicho traslado, la entidad Colmena, no realizó proyección pensional, ni brindó información suficiente, amplia ni oportuna que le permitiera conocer al accionante las consecuencias, implicaciones y desventajas que le traía el traslado de régimen.

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

Demandante: MARLEN SAAVEDRA ESTUPIÑAN

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

lo señalado en las sentencias con Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y 31.314, donde se reitera la necesidad de que se brinde información suficiente y veraz sobre las consecuencias de un traslado.

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

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

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

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

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

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

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

Demandante: **MARLEN SAAVEDRA ESTUPIÑAN**

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

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

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

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

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

Teniendo claro lo anterior, se tiene que en el caso objeto de estudio, esas obligaciones generales y especiales que aparecen narradas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y a cargo de los Fondos de Pensiones, relativas al deber de información para con sus afiliados, se suple con aquellas previsiones que por demás aparecen aceptadas por el propio demandante al momento de suscribir el formulario que da cuenta el folio 133, del plenario, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad “*libre, espontánea y sin presiones*”. Lo que por demás, se acompasa con la narración que hace las normas anteriormente relacionadas.

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

Y es de cara a lo narrado, que surgen una serie de interrogantes tales como: (i) En el presente asunto al momento del traslado ¿Qué tipo de efecto nocivo puede



Código Único de Identificación: 11 001 31 05026201800566-01

Demandante: MARLEN SAAVEDRA ESTUPIÑAN

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

causarse a la accionante quien contaba con 35 años, había cotizado algo más de 530 semanas y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?, por demás, (ii) durante más de 20 años se benefició de aquellas prerrogativas que otorgaba el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pero es hoy cuando desde su punto de vista no le resulta beneficioso y (iii) acepta en su interrogatorio de parte el hecho de haber recibido información acerca de que en el RAIS se ahorra para él mismo, y que los ahorros generaban unos rendimientos. Ergo, se **confiesa** que sí fue asesorado sobre el marco del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Siendo lo anterior así adquiere una mayor connotación lo plasmado en el formulario de afiliación suscrito por el demandante y que obra a folio 275, sin que sea argumento para esta Sala de Decisión la desidia que alega el accionante, máxime cuando en el interrogatorio de parte rendido **aceptó** que fue informada acerca de aspectos puntuales del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como se mencionó anteriormente, que realmente de cara a la legislación, no resultan ser imprecisos.

Nótese que con claridad expuso que se le indicó que el Seguro Social se iba a “acabar” lo que efectivamente sí aconteció, además de indicársele la posibilidad de ser heredados sus aportes y pensionarse con una edad menor. Por demás, no puede perderse de vista que la demandante cuando suscribe el formulario de afiliación expone que su cargo es el de PROFESIONAL UNIVERSITARIO II en la Contraloría General “Cundinamarca” por contera, no puede ser predicada como afiliada lego o desconocedora del asunto con relación al cual, se itera, **confiesa** fue **asesorada** en una **charla general de 20 minutos** y luego una personal de **10 a 15 minutos**.

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

Demandante: **MARLEN SAAVEDRA ESTUPIÑAN**

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

subsanoarlo a partir de suministrar información clara y suficiente no puede ser medido con el mismo rasero en todos los casos, pues si bien existen casos en que se toma la decisión por parte del afiliado de forma inconsciente y maquinal, hay otros, en los que no se evidencian perjuicios que se deriven del momento en que se adoptó la decisión de traslado, pues no se produce un efecto cierto o por lo menos determinable en ese momento; perjuicios que sea dicho no se observan cuando el accionante decidió su traslado el 7 de agosto de 1998.

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

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

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

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05026201800566-01

Demandante: **MARLEN SAAVEDRA ESTUPIÑAN**

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

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 la demandante para su afiliación, por parte de la AFP, en consonancia con el art. 1515 del CC, pues de las afirmaciones efectuadas al absolver el interrogatorio de parte, es factible inferir que conocía algunas de las posibilidades que ofrece el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, al admitir que los asesores de la entonces AFP PORVENIR, le dieron charlas sobre la afiliación de forma general y luego, recibió asesoría personal. Situación diferente es que, como bien se indica en el interrogatorio de parte que en tal momento no se preocupó por su pensión por el hecho de tener encontrarse en esa edad temprana.

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

Así las cosas, el supuesto vicio del consentimiento por omisión de información sólo surge cuando se le impide su traslado y parte de una información que desconoce Colmena en su momento, cual son los salarios reportados por la demandante del año 1998 hacia adelante, entre otras variables. Ante ello, imposible resulta ser el pregonar, que haya existido una omisión de la prementada proyección cuando los elementos para realizar ésta última no se conocían al momento en que se materializa la movilidad del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Demandante: MARLEN SAAVEDRA ESTUPIÑAN

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

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

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

Inquieta entonces a esta Colegiatura, el determinar qué tan ajustado a la ley y al principio de solidaridad que gobierna nuestro sistema pensional, de cara a las previsiones del artículo 48 Superior sobre la sostenibilidad de éste último, sería el aceptar que, un particular a quien sólo encontrándose en la edad para pensionarse – puesto que a la fecha de presentación de la demanda (fl. 103) contaba con 58 años-, es que pretende retornar a un régimen donde nunca contribuyó al pago de las pensiones “de cada vigencia” y sólo, so pretexto de no habersele proyectado una prestación económica cuando le faltaban aproximadamente 23 años en edad y un aproximado de más de 700 semanas para causar tal derecho justifica un vicio del consentimiento, el que resultaría ser inexistente para tal momento.

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

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

Por otra parte, debe expresarse por esta Magistrada, que dada la nueva integración de la Sala Segunda de Decisión Laboral, se acogen ampliamente esos argumentos expuestos por el Dr. Lorenzo Torres Russy y propuestos en el Código Único de Radicación: 110013105007201700259-01, fecha de sentencia 8 de julio de 2020, que a la letra se expresan así y se acompañan plenamente al criterio que viene siendo sostenido

Código Único de Identificación: 11 001 31 05026201800566-01

Demandante: MARLEN SAAVEDRA ESTUPIÑAN

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

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

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

**“CONCLUSIONES I:**

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

...

**CONCLUSIONES II.**

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

...

**CONSLUSIONES III.**

*De lo expuesto resulta fundado concluir que:*

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

*Los principios constitucionales plasmados en el artículo 29 de nuestra Carta Política y los legales consagrados en el estatuto de seguridad social, refrendados en un millar de sentencias de nuestra Sala de Casación Laboral, sustentan la conclusión*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05026201800566-01

Demandante: MARLEN SAAVEDRA ESTUPIÑAN

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

*anterior, porque han pregonado el principio de inescindibilidad en la aplicación de las normas; la imposibilidad de tomar de una y otra norma lo que convenga a la pretensión del accionante, para dar paso a una tercera construida por el juez con tal propósito; todo lo cual debe cumplirse con mayor rigor cuando se trata de normas de carácter sancionatorio.*

...

#### **CONCLUSIONES IV.**

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

Ante ello, se abren paso a las razones expuestas en la apelación y a los alegatos del extremo pasivo, a los que se da repuesta con esta providencia y por contera, se dispone, REVOCAR la sentencia la providencia apelada y consultada. En su lugar, DECLARAR DE OFICIO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE EFICACIA DEL ACTO DE AFILIACIÓN DEL DEMANDANTE y, en consecuencia, ABSOLVER a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra.

#### **IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

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

#### **V. DECISIÓN**

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

#### **RESUELVE**

**PRIMERO.**- REVOCAR la sentencia. En su lugar, se DECLARA PROBADA DE OFICIO LA EXCEPCIÓN DE EFICACIA DEL ACTO DE AFILIACIÓN DEL DEMANDANTE y, en

Código Único de Identificación: 11 001 31 05026201800566-01

Demandante: MARLEN SAAVEDRA ESTUPIÑAN

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

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.

REINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(Salvamento de Voto)

LORENZO TORRES RUSSY

ACORDO VOTO