

Salvamento de voto

Demandante: LUIS ALFONSO GALVIS TORRES

Demandados: COLPENSIONES Y OTROS.

Respetuosamente, manifiesto que me aparto de la decisión mayoritaria en este asunto, porque en mi sentir, la teoría jurídica de la ineficacia del cambio de sistema pensional del RPM al RAIS, sí tiene cabida cuando quien proclama el incumplimiento del deber de información en cabeza de las AFP privadas, es un ciudadano que disfruta de una pensión del RAIS.

Pues bien, conocida es la teoría referida, según la cual los fondos administradores del RAIS, deben suministrar una información completa y detallada a sus futuros afiliados, sobre los efectos de su decisión, las diferencias entre los sistemas pensionales en el país, y las consecuencias en cada supuesto fáctico concreto de optar por una u otra opción de cara precisamente al futuro derecho pensional. De incumplirse tal deber, es plausible pregonar que la voluntad del afiliado no fue autónoma y consciente generándose la ineficacia de ese acto jurídico; o lo que es lo mismo su inexistencia, debiendo permanecer en el tiempo y sin solución de continuidad la primigenia afiliación al RPM. (Ver Sentencia Rad 33.083 del 22 de noviembre de 2011 CSJ Sala de Casación Laboral).

Toda esta construcción del órgano de cierre de esta jurisdicción, se justificó en que las administradoras a pesar de ser consideradas como entidades fiduciarias, deben tener un norte claro: **la satisfacción de la mejor manera, del interés colectivo, que se realiza en cada persona que queda desprotegida frente al acaecimiento de un riesgo como la vejez, la muerte o la invalidez, amparadas precisamente por el sistema de seguridad social.** (Ver Sentencia Rad 31.989 del 9 de septiembre de 2008 del mismo cuerpo colegiado).

Lo anterior cobra más sentido, cuando se recuerda que Colombia es un estado social de derecho, con primacía constitucional, ya que, si se observa el marco superior de la seguridad social se encuentra que tal es irrenunciable, siendo aplicable a su esencia

en cuanto al resultado de las prestaciones que otorga, el concepto de la remuneración mínima vital y móvil (art 48 y 53 CP). En este sentido, en la sentencia SL 13.430 del 14 de septiembre de 2016, la CSJ, señaló que el calificativo irrenunciable de la seguridad social no procura exclusivamente por el **reconocimiento formal** de las prestaciones fundamentales que ella comporta, sino que, desde un enfoque material, **busca su satisfacción in toto**, a fin de que los derechos y los intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables; dictaminando que el derecho a la pensión se ve sustancialmente afectado cuando la prestación económica no es reconocida en su monto real y con todos los elementos que la integran; pues **una pensión deficitaria no cumple su propósito de garantizar una renta vitalicia digna y proporcional al salario que el trabajador deverigó cuando tenía su capacidad laboral inalterada.**

Argumentos, que no pueden obviarse, desconociendo una realidad fehaciente, cual es el perjuicio sufrido por muchos trabajadores, que se afiliaron al RAIS con la esperanza de recibir un mejor derecho pensional, cuando en verdad sus prestaciones en la mayoría de los casos iban a resultar iguales al ingreso mínimo legal, sin haberseles puesto de presente las mejores condiciones del sistema pensional público, por ejemplo las previstas en el Decreto 758 de 1990, en el caso de los beneficiarios del régimen de transición.

Con todo, ya el tribunal de cierre varias veces citado, en la reciente Sentencia SL1688 de 2019, clarificó que la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, esto es, la interpretación sobre la relevancia del mentado deber de información, las consecuencias de su incumplimiento y la inversión de la carga de la prueba; aplican en todos los asuntos, sin importar si en el RPM el ciudadano dejó o no un derecho consolidado, tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación de ese deber se predica frente **a la eficacia del acto jurídico de traslado considerado en sí mismo.**

Es así entonces, que contrario a lo sostenido por la Sala Mayoritaria, aplicando *la concepción consecuencialista* no en favor del sistema ni sus instituciones; sino de la razón de su existencia, cual es el *ciudadano beneficiario* de ellas, es que las reglas de las sentencias 31.989 y 31.314 ambas del 9 de septiembre de 2008, en las que se estudió la eficacia del cambio de sistema pensional de dos pensionados del RAIS, resultan por igualdad aplicables a todos aquellos que disfruten de una prestación de ese sistema, habiendo sufrido el incumplimiento del deber de información. Por manera que, situaciones como las relativas a la celebración de un contrato de seguro a la hora de disfrutar la pensión en la modalidad escogida en el régimen de ahorro individual, en nada obstaculizan el retorno al RPM, toda vez que en esas mismas decisiones se solucionaron temas como este, derivando las siguientes consecuencias a partir de la declaratoria de ineficacia del traslado:

1. No se puede derivar ningún derecho u obligación entre el demandante y la administradora del RAIS sobre mesadas pensionales o gastos de administración, precisamente porque es también inexistente el acto de reconocimiento del derecho pensional, quedando la pasiva exenta del pago de las mesadas futuras.
2. Como el demandante es un afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir, las mesadas pensionales que le hubieren sido pagadas.
3. La administradora del RAIS debe asumir lo erogado por ella como un deterioro de la cosa entregada en administración, y debe devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora y rendimientos que se hubieren causado, sin descontar las mesadas pensionales pagadas.
4. El demandante tendrá derecho a reclamar como pensión de vejez la diferencia que resulte entre las mesadas que le fueron pagadas por la pasiva y las que reconozca Colpensiones.
5. Una vez recibido la totalidad del capital y ajustada la historia laboral con las equivalencias a que haya lugar, Colpensiones deberá financiar la prestación

económica que como Administradora del Régimen de Prima Media deba asumir a favor del demandante en los términos de ley.

6. Colpensiones solo responderá por sanciones moratorias a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de Porvenir S.A.
7. Los derechos pensionales en adelante debe reclamarlos el actor ante quien acredite tenerlos. Y
8. Es inoponible al afiliado en cuanto a la causación y reconocimiento pensional las consecuencias que la ineficacia del traslado genere en la relación jurídica entre la administradora y la aseguradora con la que se haya contratado la modalidad de pensión de vejez en el RAIS, toda vez que, la AFP asume lo erogado como un deterioro de la cosa entregada en administración. Corresponderá a la administradora de pensiones y a la aseguradora resolver las consecuencias contractuales de la ineficacia que se declara.

Reglas que en el caso estudiado por la Sala Plena Especializada, debieron aplicarse una vez declarada la ineficacia del traslado, permitiéndose la satisfacción de la pensión de vejez a que tiene derecho Luis Alfonso Galvis Torres, en su totalidad, puesto que la prueba del cumplimiento del deber de información pluraludido, brilla por su ausencia. Esto, al margen de las consideraciones respecto de la confesión ficta por inasistencia a la diligencia en la que se absolvería el interrogatorio de parte.

Es de resaltar, que el Tribunal en varias Salas de Decisión, ya había aceptado la tesis que se plantea, en asuntos de similares contornos facticos al presente, por ejemplo el 16 de diciembre de 2016, en el proceso con radicado 05001-31-05-017-2015-00646-01; y el 22 de noviembre de 2017, en el de radicado 05001-31-05-019-2013-01550-01.

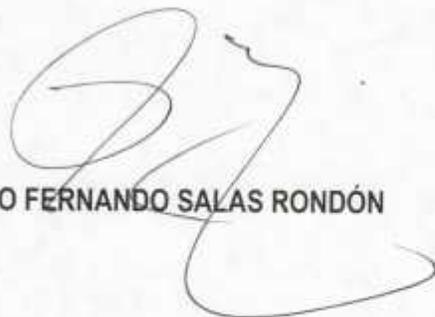
Finalmente, es de precisar que la teoría jurídica sobre el deber de información, no se trata de un precedente judicial simple, sino que tiene categoría de doctrina probable por haberse expuesto la interpretación sobre un punto de derecho en más de tres sentencias del órgano de cierre en casación. Al respecto y para comprender la

diferencia entre estas dos vías que sirven de respaldo a una decisión judicial, debe traerse a colación la reciente providencia **C-080 de 2018** en la que se expuso:

"(...) la doctrina probable y el precedente judicial, son dos vías distintas para darle fortaleza a la decisión judicial (...) mientras la doctrina probable establece una regla de interpretación de las normas vigentes, que afecta la parte considerativa de la decisión judicial, el precedente judicial establece reglas sobre la aplicación de las normas en casos precisos, afecta por lo tanto aquellos casos cuyos hechos se subsuman en la hipótesis y están dirigidos a la parte resolutive de la decisión".

En razón de ello, la única causal permitida para alejarse de la doctrina probable, es la que pregonara una interpretación diferente de las normas vigentes, no se trata de divergencias interpretativas, sino de un desarrollo dogmático posterior que hace inaplicables las conclusiones doctrinales, así: 1) *cambios sociales que hagan necesario un ajuste en la jurisprudencia.* 2) *cuando encuentre que su jurisprudencia contradice "valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico"* y 3) *cuando exista un cambio relevante en el ordenamiento jurídico legal o constitucional* (Ver C-836 de 2001). Situaciones que no se presentan en este asunto, máxime cuando se observa que la razón esgrimida por la Sala para apartarse, es una diferencia fáctica, causal que solo es válida entratándose del apartamiento de un precedente judicial.

El magistrado,



DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN

RADICADO: 05001-31-05-007-2015-01295-01
DEMANDANTE: LUIS ALFONSO GALVIS TORRES
DEMANDADOS: COLFONDOS S.A., COLPENSIONES y SEGUROS BOLÍVAR S.A.

SALVAMENTO DE VOTO

Con respeto me permito presentar los planteamientos en que se sustenta mi salvamento de voto, en relación con la decisión de unificación adoptada por la Sala Laboral de este Tribunal el **14 de agosto de 2019**:

- 1. En mi criterio, la decisión de un afiliado que estaba cotizando en el **I.S.S.** o en las otras Cajas de Previsión Social creadas antes de la Ley 100 **de trasladarse al RAIS**, exigía que la persona tuviese absoluta claridad en relación con su situación pensional, las diferencias entre cada uno de los regímenes, los beneficios e inconvenientes de cada régimen pensional y en especial, los efectos que en su caso se generarían al tomar la decisión de trasladarse.

Es claro además que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, es exigible **desde su creación**, y sin hacer distinción alguna, de acuerdo a lo previsto en el **Decreto 663 de 1993**, aplicable a las AFP desde su creación, en el que se prescribió en el **numeral 1.º del artículo 97**, la obligación de las entidades de *"suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen"*.

Es así como, conforme a lo previsto en el **artículo 271 en concordancia con el literal b) del artículo 13** de la Ley 100, los trabajadores tienen la opción de **elegir** *(libre y voluntariamente)* aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, y por ello, si alguna persona jurídica o natural atenta en cualquier forma contra el derecho de **afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social**, se genera como consecuencia la **ineficacia de la afiliación**.

- 2. En este aspecto, la Sala laboral de la Corte Suprema ha desarrollado un precedente pacífico en sentencias identificadas con **Radicados 31.314 y 31.989 del 9 de Septiembre de 2008, Radicado 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL 12136 de 2014 y sentencia de instancia SL 17595 de 2017, SL19447-2017, SL 4296 de 2018, SL 1452 2019, SL 1421 y SL 1688 de 2019**

Y si bien, el precedente jurisprudencial se encuentra referido a casos de personas que **se encontraban afiliadas a una administradora del Régimen de Prima Media**, beneficiarias del régimen de transición, a quienes les afectó de manera considerable la decisión de traslado

de régimen pensional, sin embargo, resulta evidente que la *Ratio Decidendi* de esas providencias resulta plenamente aplicable, a las personas que se trasladaron de régimen sin ser beneficiarios del régimen de transición, a quienes eligieron el Régimen de Ahorro Individual por Primera Vez, e **incluso a quienes ya se hubiesen pensionado en éste nuevo régimen**, porque lo relevante está, en que efectivamente se acredite dentro del proceso por la Administradora de Pensiones, que **sí suministró la INFORMACION CLARA, COMPLETA, SUFICIENTE** al momento de la vinculación inicial, en términos de transparencia y eficiencia. En efecto, en reciente providencia, de la Sala de Descongestión de la Alta Corporación, **SL 3058-2019, Radicado 71619 del 6 de agosto de 2019**, se aplica el precedente consolidado para analizar un caso en el que se declara la ineficacia del traslado de régimen, a pesar de que el demandante ya se encuentra pensionado en el RAIS bajo la modalidad de Rente Vitalicia.

3. A mi juicio, el hecho de que el afiliado hubiese solicitado la pensión de vejez, no constituye en manera alguna un saneamiento ni convalida el acto jurídico claramente ineficaz. De acuerdo a lo previsto en la doctrina, así como en la Jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencias como la **SC9184-2017**; y en la **C 345 de 2017**, bajo el concepto de *ineficacia en sentido amplio* suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la **inexistencia**, la **nulidad absoluta**, la **nulidad relativa**, la **ineficacia de pleno derecho** y la **inoponibilidad**. Y en **materia de saneamiento**, la ley ha prescrito **para el caso de la nulidad relativa**, que ella puede sanearse por su ratificación o por el lapso o paso del tiempo (**art. 1743 C.C.**).
4. Siendo así las cosas, y en la medida en que en casos como el presente lo que se ha presentado es la INEFICACIA del acto jurídico de traslado, por así disponerlo de manera expresa la **Ley 100 de 1993** en sus **artículos 271 y 13 literal b)**, decisiones del afiliado dirigidas a trasladarse entre administradoras del mismo régimen, o de permanecer en el RAIS a pesar de una re asesoría realizada años después de la vinculación inicial, o **de solicitar la pensión de vejez y percibirla**; en manera alguna convalidan las falencias que originan la ineficacia que se genera ante la ausencia de un elemento de la esencia del contrato, porque el afiliado no tomó una decisión informada al momento de afiliarse en ese régimen pensional.


ANA MARIA ZAPATA PEREZ
Magistrada

SALA DE DECISIÓN LABORAL

SALVAMENTO DE VOTO
Sentencia de Unificación Sala Laboral
del 14 de Agosto de 2019

Radicado : 05001-31-05-007-2015-01295-01
Demandante : LUIS ALFONSO GALVIS TORRES
Demandados : ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS
S.A., la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES
y la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.

Respetando el criterio tenido en cuenta por mis compañeros de Sala, para negar en últimas la ineficacia de afiliación en el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, por tratarse de pensionado, salvo el voto, por las siguientes razones:

1º La ineficacia de afiliación o traslado de régimen no distingue entre afiliados y pensionados, ni tampoco se subsana, veamos:

Es claro y está decantado por la Jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral y por este Tribunal –hasta el día de hoy- que la omisión del deber de información cuando se está en presencia de un traslado entre regimenes del sistema de seguridad social en pensiones, acarrea la “ineficacia” de la afiliación, sin importar si se trata de afiliado o pensionado.

Sanción de ineficacia establecida en los artículos 897 del Código de Comercio, señalando que cuando se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es **ineficaz de pleno derecho**, sin necesidad de declaración judicial¹; por su parte el inciso 2º del artículo 898 ibidem indica que: “...será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales...”; constituyéndose la ineficacia en una sanción prevista por el legislador para que, en determinados supuestos, los actos jurídicos, desde el momento mismo de su otorgamiento, no produzcan los efectos a los cuales están destinados.

¹ “ART. 897. INEFICACIA DE PLENO DERECHO. Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.”

272

Ahora bien, en lo relativo a la afiliación al sistema pensional, el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, determina que la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos es libre y voluntaria por parte del afiliado, siendo entonces fundamental en esa libertad de escogencia el consentimiento libre e informado que debe asistir al usuario de la seguridad social. Y el artículo 272 ibidem, establece que el sistema integral de seguridad social "...no tendrá, en ningún caso, aplicación cuando menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores...". Por su parte, el artículo 271 Ley 100 de 1993 preceptúa que cuando se impida o atente 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. Lo anterior concordado con lo establecido en el Decreto 663 de 1993 artículos 72 literal f)² y 97³. Así como lo señalado en el Decreto 720 de 1994, estableciendo en el artículo 10 que cualquier infracción, error u omisión, en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados, en que incurran los promotores de las AFP en el desarrollo de su actividad, comprometen la responsabilidad de la misma. Y el artículo 12 ibidem preceptúa que "...Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado..."

Frente al tema que es motivo de debate, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, tiene como precedente y ha sido consistente en indicar que es deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones, en estos casos, entregar al potencial afiliado la información completa, debiendo corresponder a una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales; lo que trasciende el simple deber de información, ya que la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes. Siendo atribuida al Fondo de Pensiones, no al afiliado, la carga de la prueba, para demostrar que cumplió con dicho deber. Y ni siquiera una reasesoría sana afiliación ineficaz.

Para una mayor ilustración se pueden consultar Sentencias como: SL12136 del 3 de septiembre de 2014 Radicado 46292, del 9 de septiembre de 2008 Radicado 31989, reiterada en Sentencia SL3496 del 22 de agosto de 2018 Radicado 55013, del 22 de noviembre de 2011 Radicado 33083, SL4964 del 14 de noviembre de 2018 Radicado No 54814, SL12136 del 3 de septiembre de 2014 Radicado 46292, SL 17595 del 18 de octubre de 2017 Radicado 46292, SL 3496 del 22 de agosto de 2018 Radicado 55013, SL782 del 14 de marzo de 2018 Radicado 58158. En Sentencia SL1452 del 3 de abril de 2019 Radicado 68852 se indicó que ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información;

2 Que una de las reglas de conducta de las administradoras es: "dar la información que, a juicio del Superintendente Bancario, debe obtener el público para conocer en forma clara la posibilidad que la institución tiene de atender sus compromisos".

3 Que establece que es deber de las entidades vigiladas por la superintendencia, "suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado".

273

que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado; reiterando que opera la ineficacia sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en si mismo, teniendo en cuenta las particularidades de cada caso. Y en la SL 1688 del 8 de mayo de 2019 se reitera que la reasesoría o "servicio posterior" no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado.

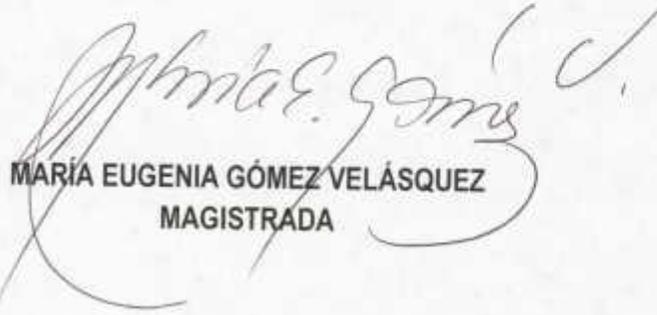
Y en un asunto reciente, similar al que nos ocupa, sobre ineficacia de traslado de pensionado en Sentencia SL3058 del 6 de agosto de 2019 Radicado 71619, acepta la ineficacia de traslado al RAIS declarada en el proceso, por *"...no brindar a la demandante la información de manera completa, a más de que fue incierta y engañosa para efectos de realizar el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual..."*.

Así las cosas, la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional, por falta de información al momento de la afiliación, se aplica tanto para afiliados como para pensionados y no se subsana siquiera con posterior asesoría completa de la entidad de seguridad social, no siendo razonable que se discrimine al pensionado, sólo por tener dicho status.

2º Situación distinta es los efectos que pueda tener esa ineficacia cuando se trata de afiliados o pensionados en donde intervienen terceros, denominados de buena fe. Casos que habrán de analizarse teniendo presente las particularidades propias, para efectos de las restituciones mutuas o compensaciones debidas. Debiéndose tener en cuenta que con la decisión mayoritaria de esta Corporación, se desconocen las particularidades de cada caso, quedando ahora los pensionados en general, obligados a permanecer en el RAIS, luego de haberse vulnerado su derecho de selección de manera libre y voluntaria, por falta de información, veraz, oportuna y completa; esto es, habiéndose presentado una afiliación ineficaz, es decir, que no produce efecto alguno. Tal vez priorizándose la garantía de la solidez económica, sin que hubiera quedado claro de qué manera se afectaría el sistema aceptándose la ineficacia para el caso de los pensionados; generándose una situación adversa, discriminatoria de los pensionados con respecto a los afiliados, que probablemente se contrapone al deber del Estado de garantizar los derechos fundamentales de sus ciudadanos; dejándose de lado lo establecido en el Parágrafo del artículo 334 de la Constitución Política, según el cual, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva. Y según información extraída de la página de la Superintendencia Financiera, a febrero del presente año 2019 el número de pensionados en el RAIS era de sólo 158.309, sin que obviamente todos sean siquiera potenciales demandantes de ineficacia de traslado; además, de que las AFP son administradoras de dineros que en últimas pertenecen a la cuenta de ahorro individual de cada afiliado.

277

Por las anteriores consideraciones, respetuosamente me aparto de la
decisión mayoritaria y salvo el voto.



MARIA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ
MAGISTRADA



SALA LABORAL

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: LUÍS ALFONSO GALVIS TORRES
DEMANDADO: COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.

RADICADO: 05001-31-05-007-2015-01295-01

Medellín, dieciséis (16) de agosto de dos mil dieciocho (2019)

FRANCISCO ARANGO TORRES, magistrado de la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**, presento **ACLARACIÓN DE VOTO** en la sentencia del proceso de la referencia, en los siguientes términos:

Con el acostumbrado respeto, aclaro que acompaño la decisión de la Sala mayoritaria de confirmar la sentencia del *a quo* que negó declarar la nulidad o ineficacia del traslado del demandante del régimen pensional de prima media al de ahorro individual, pero por la razones que apuntan en el sentido que no es procedente, cuando se trate de pensionados que optaron por la modicidad de renta vitalicia, en la que se ve involucrado un tercero (la compañía de seguros) ajeno al negocio jurídico del traslado de régimen pensional en el que sólo participaron el trabajador y el fondo de pensiones.

El actor manifiesta resumidamente en la demanda, que recibió información contraria a la realidad por la AFP COLFONDOS S.A. a la hora de trasladarse del ISS al RAIS, y no le efectuaron las advertencias de los riesgos del traslado de régimen pensional, como que la pensión en el RAIS podría ser inferior a la del RPM como en efecto ocurrió.

El caso de pensionados que se trasladaron del régimen pensional de prima media y que pretenden la ineficacia del traslado, ya había sido tratado por el este Tribunal, en la sala primera de decisión laboral, de la que soy integrante, con ponencia del Magistrado Hugo Alexander Bedoya Díaz, en el proceso de radicado 00873, sentencias proferida el 18 de septiembre de 2018 que se citó en la sentencia de unificación de este caso, en la que se realizó distinción entre el momento de la afiliación y aquel en que se empieza a disfrutar la pensión, en la que se expresó lo siguiente:

"Ahora, retrotrayéndonos al estudio de la improcedencia de que se declare la inexistencia del traslado en este caso en particular, la sala se remite a la sentencia SL17595-2017 con radicado 46.292 MP Dr. Fernando Castillo Cadena en donde en forma concreta se dijo "... Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y

obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (...)", entendiéndose con este último aparte de la providencia que si la información exigida data desde antes de la afiliación y hasta las condiciones del disfrute de la pensión, ello implica, que una vez reconocida la pensión de vejez esa falta de información se entiende superada con la celebración del nuevo acto jurídico adelantado por la afiliada y que corresponde a la solicitud de la pensión de vejez a la sociedad Porvenir S.A y al reconocimiento y pago de la prestación económica, pues solo tenía la posibilidad de alegar la falta de información previo al disfrute de la prestación económica y no con posterioridad a ella, como ocurre en este evento."

De otra parte, como bien se expresa en la sentencia de unificación, el tema de la ineficacia o inexistencia del acto jurídico, al menos en sus consecuencias no tiene desarrollo legal, siendo la jurisprudencia, en especial la de la Sala de Casación Civil de la H. CSJ, la que ha desarrollado este tema, la que no solo en el caso de ineficacia y nulidad absoluta, sino en los de la acción de simulación absoluta o de extinción de dominio, no ha sido indiferente a las consecuencias de una decisión que se profiere respecto del acto jurídico del que no ha participado un tercero de buena fe, que con posterioridad a la celebración de acto jurídico irregular se ve involucrado en el mismo por la celebración de otro acto jurídico, poniendo de presente la Corte que los derechos de terceros de buena fe deben ser protegidos y ellos se resguardan dejando incólumes los negocios jurídicos de los terceros.

Sobre este tema se pronunció la Sala de Casación Civil de la citada Corte, en la Sentencia SC16669-2016/2005-00668 de noviembre 18 de 2016, en los siguientes términos:

"...de hecho, tanto la doctrina como la jurisprudencia reconocen que "en los alrededores del contrato hay personas que ciertamente no fueron sus celebrantes, pero a quienes no les es indiferente la suerte final del mismo" (CSJ SC, 28 Jul 2005, Rad. 1999-00449-01), de modo que su incumplimiento, los vicios en su formación, el ocultamiento de la voluntad real de los contratantes y el desequilibrio en su contenido prestacional, alcanza y afecta patrimonialmente a sujetos diferentes de los contratantes.

(...)

"Esta cuestión —sostuvo la Sala— que un amplio sector de la doctrina considera como "el punto central y, prácticamente el más interesante de la teoría de la simulación"⁽²⁹⁾— ha sido resuelta por la jurisprudencia a favor de los terceros de buena fe, a quienes se les ha brindado una protección incondicional: "(...) si de simulación absoluta se trata, (...) frente a terceros, dentro del marco de circunstancias concretas se definirán las diferentes hipótesis que pueden suscitarse entre estos conforme deriven derechos del titular real o del titular aparente en la cual, por principio se privilegia el interés de quien actuó de

buena fe con base en la apariencia en preservación de esta, la regularidad y certidumbre del tráfico jurídico y de las relaciones jurídicas negociales (...)" (CSJ SC-077, 30 jul. 2008, Rad. 1998-00363-01).

Y en otra oportunidad agregó:

En el mismo sentido esta Sala ha sostenido:

"Recuerda ahora la Corte que en materia de simulación, de manera consistente la jurisprudencia ha protegido a los terceros ubicados en la margen del negocio simulado y tal resguardo se ha brindado porque sería injusto que quienes contrataron con el propietario aparente, cubiertos por el velo de la ignorancia sobre el acto oculto, y gobernados solo por la apariencia, padecieran los efectos del arcano designio de los contratantes que solo vería la luz como resultado de la sentencia que declara la simulación. Ha dicho la Sala a este propósito que 'aquellos que sin incurrir en falta dadas las circunstancias particulares de cada caso, hayan adquirido el bien, derecho o cosa que en el contrato simulado aparece como transferido, tienen sin duda derecho a invocar esa apariencia que les sirvió de base, como única forma de sus determinaciones, en la negociación, y por lo tanto deben ser amparados, no solo porque así lo mandan los textos legales recién citados (arts. 1766 del C.C. y 276 del CPC), sino porque así lo exige la normalidad y estabilidad económica de las transacciones a que da lugar la vida de relación en las sociedades modernas' (G.J. Tomo CCXVI, pág. 289)". De todo ello se sigue que en virtud del negocio simulado pueden llegar a constituirse legítimos intereses en el mantenimiento de la situación aparente por parte de los terceros de buena fe. "(...) los terceros que no se pueden ver perjudicados por la nulidad del negocio simulado —refiere la doctrina contemporánea— son los terceros de buena fe, los que obran en base a la confianza que suscita un derecho aparente; los que no pudieron advertir un error no reconocible; los que 'obrando con cuidado y previsión' se atuvieron a lo que 'entendieron o pudieron entender', vale decir, a los términos que se desprenden de la declaración y no a los que permanecen guardados en la conciencia de los celebrantes".

La apreciación de la buena o la mala fe del tercero dependerá, respectivamente, de si ignoraba o conocía la voluntad real de las partes para cuando adquirió el derecho que resulta incompatible con la simulación.

Así, los terceros protegidos son los que creyeron en la plena eficacia vinculante del negocio porque no sabían que era simulado, es decir los que ignoraban los términos del acuerdo simulatorio, o dicho de otra forma, los que contrataron de buena fe, a quienes el contenido de ese convenio les es inoponible (CSJ SC, 5 ago. 2013, rad. 2004-00103-01; se destaca)." (Negrillas son del texto original)

En el caso que nos ocupa, al haber contratado el actor en el año 2009 una renta vitalicia con la compañía SEGUROS BOLÍVAR S.A., tercero ajeno al acto jurídico de traslado de régimen pensional que realizó el actor, ello genera como se afirmó en la sentencia de unificación un nuevo estatus,

como lo ha entendido la Corte Constitucional, en la sentencia C-841 de 2003 igualmente citada en la sentencia de unificación de este Tribunal, lo que impide que se pueda declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que posibilitó el contrato de renta vitalicia que voluntariamente contrató el demandante o que por lo menos no es cuestionado en la demanda, pues en ella se guarda silencio respecto de este contrato.

La anterior aclaración la efectúo para no comprometer mi criterio en los casos de ineficacia de traslado de régimen pensional en los que el afiliado se haya pensionado bajo la modalidad de retiro programado en el fondo privado al que inicialmente se trasladó, en el que no participa un tercero, caso en el cual considero que se debe evaluar en cada caso las circunstancias del traslado a efecto de establecer si es procedente o no la ineficacia, en consideración a si el afiliado ha optado por pensionarse anticipadamente antes de la edad normal que se habría pensionado en el régimen de prima media, negociando su bono pensional antes de la fecha de redención normal o si ha hecho uso de excedes de libre disponibilidad entre otros aspectos, que lleven a inferir que el pensionado conoció de las consecuencias de su traslado y se benefició de ellas.

Conforme las razones expuestas en precedencia, considera este operador judicial que la sentencia apelada se debía confirmar, pero sin entender que en ningún caso de pensionados en el régimen de ahorro individual, se pueda declarar la ineficacia del traslado, pues además no comparto el argumento del consecuencialismo de Neil MacCormick, para evitar *"una suerte de tsunami financiero (e incluso administrativo) sobre todo el sistema pensional, sobre el Estado mismo, garante final de su subsistencia. Y sobre cada colombiano."* Que se expone en la sentencia de unificación, pues no existe ningún estudio que además es muy difícil de efectuar, sobre el impacto que genera la devolución al régimen pensional de prima media de un afiliado que se trasladó el RAIS, si se tiene en cuenta que no en todos los casos COLPENSIONES soportará una larga carga en el pago de la pensión, pues bien puede suceder que el afiliado fallezca antes de obtener la pensión o que ocurra su deceso al poco tiempo de otorgársele sin que tenga beneficiarios de sobrevivencia, caso en el cual los fondos pensionales trasladados del RAIS queden en el fondo común, lo que no es seguro que ocurra si el afiliado permanece en el RAIS, pues bien puede tener herederos a los que habría que entregársele los ahorros pensionales.

En los anteriores términos dejo aclarado mi voto en la decisión.



FRANCISCO ARANGO TORRES

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO

Medellín, 16 de agosto de 2019

Magistrado ponente: Dr. ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA

Medellín, catorce (14) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

Radicación número: 05001-31-05-007-2015-01295-01

Actor: LUIS ALFONSO GALVIS TORRES

Demandados: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
-COLFONDOS S.A.-, COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A.

Tal como lo expuse en la Sala de Decisión de Unificación en la que se debatió el asunto, aunque estoy de acuerdo con el sentido del fallo, considero conveniente clarificar unos aspectos que, de no hacerse, pasarían inadvertidos, y que de alguna manera inciden en la definición de los alcances de los derechos reclamados.

Me refiero, en primer término, a la inversión de la carga de la prueba de la falta de consentimiento informado en la antesala del traslado de régimen pensional, a partir de una afirmación o negación indefinidas del reclamante de la ineficacia del traslado, en cabeza de las AFP, subregla que es acogida proverbialmente por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, con el aditamento de que con mayor razón su asunción debe recaer en las AFP por la misma dinámica de la mentada carga probatoria, al encontrarse aquellas en mejor o más favorable posición o situación para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos (art. 167, inciso 2, CGP).

El fallo aclarado reconoce la figura de la ineficacia del traslado inicial en razón de la inexistencia del acto jurídico de traslado en sí mismo considerado, del que se hace derivar la imprescriptibilidad de la acción de ineficacia del traslado y los efectos de no saneamiento de la reasesoría prestada por la misma u otra AFP. Al margen de lo anterior, se afina la decisión igualmente en los predicamentos de la sentencia C-841 de 2003, en la que al revisarse la constitucionalidad del artículo 107 de la Ley 100 de 1993, encuentra dos pilares fundamentales para la negar la declaratoria de la ineficacia del traslado inicial en la garantía del servicio administrativo y financiero eficiente y en la estabilidad y sostenibilidad financiera del sistema pensional.

En el fallo materia de aclaración, únicamente se menciona como precedente judicial de los lindes entre la situación pensional de un afiliado y del que ya disfruta de una pensión, la sentencia SL 17595 del 2017, con radicado 46.292, con ponencia del magistrado Dr. Fernando Castillo Cadena, cuando se pueden mencionar otros

precedentes sobre el punto, en los que se fija el marco temporal dentro del cual se debe cumplir *in extenso* la obligación de ofrecer una información clara, completa, dicotómica e integral por las AFP en la que se agenció el traslado de régimen desde la antesala de la afiliación y traslado de régimen pensional y no solo hasta la determinación de las condiciones del disfrute pensional, como se afirma en la referencia jurisprudencial citada en el fallo, sino hasta el momento en que se adquiere, cobra firmeza y se goza de la nueva condición o status de pensionado, vale decir, no solo referido al reconocimiento pensional en sí mismo, al momento en que tal decisión es notificada al reclamante y no presente ningún reparo o reconsideración, y de presentarse, hasta su resolución, sino también hasta cuando se materializa tal reconocimiento pensional con la adopción por parte del afiliado de una de las modalidades pensionales en tratándose del régimen pensional de ahorro individual con solidaridad, lo cual solo así se convierte en oponible a terceros, como la aseguradora con la que suscribió el contrato de seguro de renta vitalicia el pretensor, muy a pesar de que para algunos es un seguro previsional integrador del sistema de seguridad social, solución que justamente no afectaría la garantía del servicio administrativo y financiero eficiente y en la estabilidad y sostenibilidad financiera del sistema pensional que se quiere salvaguardar, dejando salvo la posibilidad de confutar la validez de dicho aseguramiento mediante otros medios judiciales ante la jurisdicción civil, *verbi gratia*, la acción de resolución o rescisión del contrato de seguro, y alternativamente la acción ordinaria de indemnización de perjuicios la que cuenta con un término amplio de caducidad.

En la misma dirección, se inscriben los discurrimientos en torno de que la reasesoría no convalida la actuación viciada del traslado inicial, por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuando puntualiza: *"Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones: En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1.º de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición. En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante*

si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información" (SL1688 de 2019) (subrayas mías).

Dentro de este contexto, importa relieves, como ampliamente lo ha decantado la Corte Constitucional, el caso de los beneficiarios del régimen de transición por tiempo de servicios (15 años o más de cotizaciones), dado que estos pueden cambiarse de régimen sin límite temporal, es decir, en cualquier tiempo, por ser los únicos que no quedan excluidos de los beneficios del régimen de transición, en consonancia con las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004. Para tales efectos, la única condición será trasladar al régimen de prima media todo el ahorro efectuado en el régimen de ahorro individual, el cual no podrá ser inferior al monto total de los aportes legales correspondientes en caso de que hubieren permanecido en aquél régimen. Con ese mismo propósito, la Corte Constitucional concluye que únicamente los afiliados con quince (15) años o más de servicios cotizados al 1 de abril de 1994 pueden trasladarse en cualquier tiempo del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, conservando los beneficios del régimen de transición. No obstante ello, teniendo en cuenta que pese a tener el demandante la condición de pensionado y siendo fundamento factual de la demanda que el reclamante al 1 de abril de 1994 reunía solo una densidad cotizacional de 744,57 semanas, no le daría derecho al retorno en cualquier tiempo al régimen de prima media con prestación definida, asunto que eventualmente podría ser materia de acción judicial aparte, de demostrarse de manera inconcusa y ulteriormente que sí las cumplía, por cuanto la pretensión principal en el sub litium está enfocada a la obtención de la declaración de ineficacia del traslado inicial por falta de consentimiento informado, amén de que la aplicación del régimen de transición recuestado se funda únicamente en el cumplimiento de la edad.

No podría clausurar los planteamientos aclaratorios sin abordar lo que en doctrina constitucional se ha ponderado como las consecuencias adversas al titular de un derecho cuando no lo ejerce en oportunidad o lo ejerce inadecuadamente. Vale decir, en términos de la Corte Constitucional: *"Reclamar a tiempo es carga; Alegar en el proceso, excepcionar, también es entonces una carga procesal" "la prescripción es una de las cargas procesales que el presunto titular del derecho debe soportar. Esta carga consiste en tener que acudir oportunamente al aparato judicial, antes de perder el derecho. Lo anterior bajo el supuesto de que son los ciudadanos los primeros llamados a actuar diligentemente, mucho más, si se tiene en cuenta que son sus derechos los que están en juego"* (Corte Constitucional, sentencia

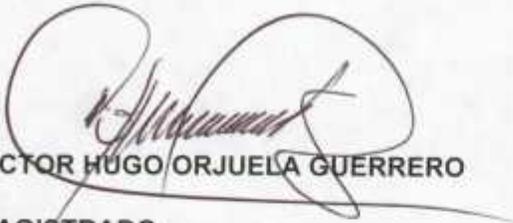
T-662/13) (subrayas mías). Por lo que en desarrollo de tal doctrina constitucional, no sería irrazonable educir que un afiliado que a lo largo de su afiliación en otro régimen pensional al que se haya trasladado por iniciativa y voluntad propia, y durante todos los periodos de cotización sufragados, de esa misma manera lo hace para solicitar el reconocimiento pensional, y no solo haya obtenido el reconocimiento de la pensión sino consolidado su condición de pensionado, y más aún percibido por varios años la pensión otorgada, de alguna manera se vería refrendada su situación pensional por el incumplimiento de sus deberes como titular de un derecho, esto es que no podría alegar la ineficacia del traslado inicial por la potísima razón de que goza de una situación pensional definida bajo las condiciones y requisitos que la misma Ley le ha reconocido indistintamente a ambos regímenes pensionales. Lo anterior apareja también que, el afiliado asuma una co-responsabilidad en la mejor definición de su situación pensional, sin justificarse únicamente en que es lego o profano en materia de seguridad social, porque solamente conociendo los alcances del sistema dual pensional en el país, se podrá hacer uso correctamente de la seguridad social, ejercer adecuadamente los derechos insitos a la misma y cumplir cabalmente los deberes asociados. Es preciso entonces que, la H. Corte Suprema de Justicia o, en su defecto, la Corte Constitucional en ejercicio de sus facultades de unificación de criterios jurisprudenciales y establecimiento de precedentes judiciales, entren a delinear la definición del asunto central de debate, y aún para casos extremos, como la tesitura de un pensionado con muchos años de serlo, perteneciente al grupo etario de quienes han cumplido o superado la expectativa o esperanza de vida, que pretenda retrotraer su situación pensional asaz consolidada y refrendada en el tiempo al momento previo en que de manera pristina se produjo su traslado inicial como afiliado muchos años atrás.

Por último, respecto de las consecuencias que se hacen derivar simplemente del reconocimiento pensional en la cita jurisprudencial traída a colación en el fallo emitido, en punto a que una vez reconocida la pensión de vejez la falta del deber de información se entiende superada con la celebración del nuevo acto jurídico por parte del afiliado y que corresponde a la solicitud de la pensión de vejez a la AFP y al reconocimiento y pago de la pensión de la prestación económica, debe aclararse que más allá de entenderse superada por vía del saneamiento de actos jurídicos anteriores, a saber: traslado inicial a la AFP COLFONDOS S.A., traslado entre AFP del mismo régimen y aún las re-asesorías eventualmente recibidas, partiéndose del presupuesto según el cual el traslado inicial entre regímenes del que existe prueba ostensible de la ausencia del consentimiento informado, que es una expresión de acuíño en la responsabilidad médica pero igualmente aplicable al caso sub litem, por

suponer la inexistencia misma del acto, como se explicitó antes, no existiría materia sobre la cual dispensar un saneamiento, pues se repite, la situación que envuelve al afiliado mientras está cotizando al sistema general en pensiones en uno de los dos regimenes, es anterior y autónoma a la situación creadora de derechos subjetivos consolidados con el disfrute efectivo de la pensión, lo que explica porque el ordenamiento jurídico colombiano prohíbe el traslado entre regimenes pensionales o al interior de cada uno de ellos por parte de quien detenta la condición de pensionado con mayor razón si ya se encuentra disfrutando de una pensión.

Con las anteriores precisiones, dejo expuestas las razones de mi aclaración de voto.

Fecha ut supra.



VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO

MAGISTRADO

SALA ESPECIALIZADA LABORAL

REPÚBLICA DE COLOMBIA
Rama Judicial del Poder Público



Sala Plena Especializada Laboral

Medellín, veinte (20) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

Tipo de proceso:	Ordinario
Demandante:	Luis Alfonso Galvis Torres
Demandados:	AFP COLFONDOS S.A., Colpensiones y Seguros Bolívar S.A.
Radicación:	05001 3105 007 2015 01295 01
M.P.	Orlando Antonio Gallo Isaza

ACLARCIÓN DE VOTO

Dentro del término previsto en los artículos 279 del C.G. del P. y 10 del Acuerdo PCSJA17-10715 del 25 de julio de 2017 del Consejo Superior de la Judicatura, **expongo las razones de mi aclaración de voto.**

Comparto el criterio mayoritario de la Sala Plena Especializada de decisión, plasmado en **sentencia de unificación** proferida el 14 de los cursantes mes y año, al desestimar la declaratoria de ineficacia del acto de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP COLFONDOS S.A., efectuado por el demandante en el mes de julio de 1995, disfrutando de mesada pensional a partir del 05 de mayo de 2009, **bajo la modalidad de renta vitalicia contratada con la Compañía Seguros Bolívar S.A.**, a la que COLFONDOS S.A. trasladó la totalidad del saldo de su cuenta de ahorro individual para ese momento, solicitando el retorno al régimen de prima media con prestación definida 06 años después, pues si bien es cierto contaba con **752 semanas** cotizadas al 1º de abril de 1994, y en términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y de la jurisprudencia de las altas Cortes, tales afiliados pueden retornar en cualquier época al régimen de prima media con prestación definida

recuperando el régimen de transición, tal tesis no resulta aplicable al aquí demandante, toda vez que al consolidar su estatus pensional en el año 2009, muta su condición de afiliado a pensionado, siendo enfática la jurisprudencia especializada en establecer desde la sentencia 31989 de 2008 hasta la fecha que: *La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, lo que implica, que una vez reconocida la pensión de vejez esa falta de información se entiende superada con la celebración del nuevo acto jurídico, esto es, el reconocimiento del estatus de pensionado, como se explica en la decisión que aclaro; pero aparte de ello, en el caso concreto se está frente a una particular situación, al haber contratado el demandante renta vitalicia con la Cía. Seguros Bolívar S.A., contrato del que no se puede pedir rescisión tal como lo prevé el artículo 2294 del Código Civil:*

El acreedor no podrá pedir la rescisión del contrato, aún en el caso de no pagársele la pensión, ni podrá pedirla el deudor aun ofreciendo restituir el precio, y restituir o devengar las pensiones devengadas, salvo que los contratantes hayan estipulado otra cosa.

Reiterándose su irrevocabilidad en el artículo 80 de la Ley 100 de 1993:

La renta vitalicia inmediata, es la modalidad de pensión mediante la cual el afiliado o beneficiario contrata directa e irrevocablemente con la aseguradora de su elección, el pago de una renta mensual hasta su fallecimiento y el pago de pensiones de sobrevivientes en favor de sus beneficiarios por el tiempo a que ellos tengan derecho.

Resultando también relevante para el caso el artículo 107 *Ibidem*, que a la letra dispone:

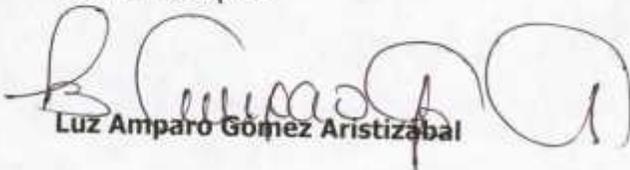
*Cambio de Plan de Capitalización o de Pensiones y de Entidades Administradoras. Todo afiliado al régimen **y que no haya adquirido la calidad de pensionado**, podrá transferir voluntariamente el valor de su cuenta individual de ahorro pensional a otro plan de capitalización o de pensiones autorizado, o trasladarse a otra entidad administradora.*

Precepto este último declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C – 841 de 2003 de la que se citan apartes en la decisión objeto de aclaración.

Por tanto, ante las particularidades del asunto objeto de análisis, no resulta aplicable el precedente vertical desarrollado por la jurisprudencia especializada, toda vez que en la sentencias 31314 de 2008 y de

instancia de 2011 se analiza el caso de pensionado excluido del RAIS para la fecha de traslado; y en la SL 3058-2019, se aborda el tema frente a afiliada en circunstancias similares a las del aquí demandante, al contar con 870 semanas cotizadas al ISS al 1º de abril de 1994, cumplir 55 años el 06 de octubre de 2007 y contratar pensión bajo la modalidad de renta vitalicia con la aseguradora Suramericana a partir del mes de octubre de 2008, asunto que fue decidido por las Salas Primera de Descongestión Laboral del Tribunal Superior de Medellín y por la Tercera de Descongestión de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia con aplicación del precedente sobre nulidad e ineficacia en su orden, sin diferencia alguna frente **a la ineficacia de traslado de pensionado no excluido del RAIS, que opta por la modalidad de renta vitalicia**, situación que difiere totalmente del afiliado con 750 semanas servidas o cotizadas al 1º de abril de 1994 (equivalentes a 15 años servidos o cotizados), que no disfruta de mesada pensional, y por tanto no puede catalogarse como pensionado, frente al que tampoco es dable predicar ineficacia sino la posibilidad de retorno en cualquier época, con la recuperación de beneficios a que haya lugar.

Fecha ut supra.



Luz Amparo Gómez Aristizábal

287

REPÚBLICA DE COLOMBIA
Rama Judicial del Poder Público

SALA PLENA ESPECIALIZADA LABORAL

Medellín, veinte (20) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

Tipo de proceso:	ORDINARIO LABORAL DE DOBLE INSTANCIA
Demandante:	LUIS ALFONSO GALVIS TORRES
Demandados:	AFP COLFONDOS S.A., COLPENSIONES y SEGUROS BOLÍVAR S.A.
Radicación:	05001 3105 007 2015 01295 01
M.P.	Dr. Orlando Antonio Gallo Isaza

ACLARACIÓN DE VOTO

Conforme a lo normado en los artículos 279 del C.G. del P. y 10 del Acuerdo PCSJA17-10715 del 25 de julio de 2017 del Consejo Superior de la Judicatura, me permito **exponer los fundamentos de mi aclaración de voto**, en el sentido de que:

Adhiero al criterio mayoritario de la Sala Plena Especializada de decisión, contenido en la **sentencia de unificación** dictada el 14 de los cursantes mes y año, que no acogió la declaratoria de ineficacia del acto de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, a través de la **AFP COLFONDOS S.A.**, realizado por señor **LUIS ALFONSO GALVIS TORRES** en julio de 1995, quien disfruta de mesada pensional desde el 05 de mayo de 2009, en la modalidad de renta vitalicia contratada con la Compañía Seguros Bolívar S.A., y en cuya virtud dicha AFP del RAIS., trasladó la totalidad del saldo de su cuenta de ahorro individual.

Dentro del proceso referenciado el demandante pretende retornar al régimen de prima media con prestación definida seis (06) años después de estar percibiendo tal pensión; al respecto esta Magistrada estima que, no obstante haber pertenecido el señor **LUIS ALFONSO GALVIS TORRES** al régimen de transición en pensión de vejez por densidad de semanas de cotización al 1º de abril de 1994, en términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que conforme a la jurisprudencia de las altas Cortes, dicho afiliado podía haber retornado en cualquier época al régimen de prima media con prestación definida recuperando el régimen de transición, tal interpretación no le es extensible, porque desde la sentencia 31989 de 2008 hasta hoy *La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional*, lo que conlleva, a que una vez reconocida la pensión de vejez esa falta de información se entiende superada con la celebración del nuevo acto jurídico, y al habersele reconocido en el año 2009 su

condición de pensionado, contratando renta vitalicia con la Compañía Seguros, se debe recordar que frente a esta modalidad no se puede pedir rescisión, según establece el artículo 2294 del Código Civil:

El acreedor no podrá pedir la rescisión del contrato, aún en el caso de no pagársele la pensión, ni podrá pedirla el deudor aun ofreciendo restituir el precio, y restituir o devengar las pensiones devengadas, salvo que los contratantes hayan estipulado otra cosa.

Dicha irrevocabilidad se reproduce en el artículo 80 de la Ley 100 de 1993:

La renta vitalicia inmediata, es la modalidad de pensión mediante la cual el afiliado o beneficiario contrata directa e irrevocablemente con la aseguradora de su elección, el pago de una renta mensual hasta su fallecimiento y el pago de pensiones de sobrevivientes en favor de sus beneficiarios por el tiempo a que ellos tengan derecho.

Los anteriores fundamentos me conducen a compartir la decisión mayoritaria de esta Sala Plena Especializada de Decisión, con aclaración de voto, apartándome respetuosamente de los lineamientos jurisprudenciales de la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por considerarlos inaplicables en este asunto específico sobre ineficacia de traslado para los pensionados en el RAIS bajo la modalidad de renta vitalicia.

La Magistrada,



MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA

ACLARACION DE VOTO

En esta Sentencia de Unificación proferida en el Proceso de la Referencia por La Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín de la cual hago parte, de manera respetuosa con mis demás compañeros de Sala, me permito hacer Aclaración de Voto en cuanto a las razones en las cuales el Sr. Magistrado Ponente, Dr. Orlando Antonio Gallo Isaza, sustentó la Decisión.

En dicha providencia, dicho Magistrado aduce como razón fundamental de la decisión, una de índole finalista o consecuencial, ligada con el impacto financiero e incluso administrativo que en el sistema pensional puede llegar a tener la Declaración de Ineficacia de pensionados; lo cual enuncia de manera general, sin entrar a explicar cómo opera el nexo causal entre el traslado de régimen de pensionados y el aludido impacto, ni de qué manera se produce el mismo.

Adicional a ello, en mi criterio, esa razón no es suficientemente persuasiva, máxime que se trata de un cambio de postura de La Sala, dado que las aludidas razones también podrían servir de fundamento para negar el traslado de afiliados, los que por lo demás, incluso pueden ser superiores en número, no avizorándose en ese razonamiento un argumento claro que justifique la diferencia de trato entre unos y otros.

Por similares razones, tampoco comparto los argumentos aducidos en el párrafo donde se dice que nos encontramos en un escenario donde las pretensiones se deslizan por una suerte de tobogán jurídico, porque ellos parecieran dar a entender que esta Sala disiente de la postura que La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha venido construyendo respecto al tema, incluso tratándose de afiliados; lo cual no es cierto, ya que esta Sala sí acoge tal postura tratándose de éstos últimos.

No obstante lo anterior, estoy de acuerdo con la decisión final adoptada por La Sala en este proceso, solo que considero que la razón fundamental que sustenta la decisión, es que una vez reconocida la pensión de vejez, la falta de información en que incurrió el Fondo Privado de Pensiones y que sirvió de base a la demanda de ineficacia del traslado de régimen, se debe entender superada con la celebración del nuevo Acto jurídico llevado a cabo por el afiliado, consistente en haber elevado solicitud de reconocimiento de dicha pensión al Fondo en cita, y en haber recibido su pago; argumento éste que ya venía siendo aducido por una Sala de Decisión Laboral de este Tribunal.

Ahora, considero que si es posible echar mano de la razón finalista o consecuencial de índole financiero-administrativo, pero dirigida al hecho de que la citada pensión ya está siendo pagada por un tercero, en este caso, por la Compañía Aseguradora, en la modalidad de renta vitalicia, constituyendo ello un nuevo Acto Jurídico, tal como lo sostuvo la Juez de instancia.

De esta manera, dejo plasmada mi Aclaración de Voto. Gracias.

Atentamente,


NANCY GUTIÉRREZ SALAZAR
Magistrada