

Señores:
JUZGADO 05 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
E.S.D

ASUNTO:	CONTESTACIÓN DE DEMANDA
PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	ISABEL PANQUEBA NUÑEZ CC. 51626013
DEMANDADO:	COLPENSIONES Nit. 900.336.004 – 7
VINCULADO:	PORVENIR Nit: 800.144.331-3
DEMANDADO:	COLFONDOS Nit: 800.149.496-2
RADICADO:	11001310500520240008300

ELIANA ANDREA DE LA BARRERA GONZÁLEZ, mayor de edad, identificada con cédula de ciudadanía número 1.069.493.228 de la ciudad de Sahagún departamento de Córdoba, Abogada en ejercicio portadora de la tarjeta profesional No. 314035 del CSJ, obrando de conformidad con el poder conferido por el Dr. Miguel Martinez Uribe apoderado judicial de judicial de **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, siendo esta la oportunidad pertinente y estando dentro del término de ley, mediante este escrito, me permito presentar la **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA** ordinaria laboral, instaurada por **ISABEL PANQUEBA NUÑEZ**, de conformidad con lo establecido en el Código de Procedimiento Laboral en su artículo 31 (Modificado por el artículo 18 de la Ley 712 de 2001), de la siguiente manera:

FRENTE A LOS HECHOS

PRIMERO: NO ME CONSTA, pues lo mencionado en este hecho por la hoy demandante, hace referencia a su fecha de nacimiento, situación que se puede corroborar con el Registro Civil de Nacimiento.

SEGUNDO: NO ME CONSTA, pues lo mencionado en este hecho por la hoy demandante hace referencia a labores desempeñadas en la Cooperativa de trabajadores universidad nacional LTDA, y afiliación realizada al ISS hoy COLPENSIONES, por lo que deben ser dichas entidades las llamadas a pronunciarse.

TERCERO: NO ME CONSTA, pues lo mencionado en este hecho por la hoy demandante hace referencia a unas presuntas cotizaciones realizadas a COLPENSIONES, por lo que debe ser dicha entidad la llamada a pronunciarse.

CUARTO: NO ME CONSTA, pues lo mencionado en este hecho por la hoy demandante, hace referencia a una presunta afiliación realizada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por lo que debe ser COLPENSIONES, la llamada a pronunciarse, por ser la entidad competente.

QUINTO: NO ME CONSTA, pues se trata de una afiliación realizada a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN, por lo que debe ser dicha entidad la llamada a pronunciarse.

SEXTO: NO ME CONSTA, pues se trata de una asesoría brinda por PROTECCIÓN, por lo debe ser dicha entidad la llamada a pronunciarse.

SÉPTIMO: NO ME CONSTA, pues se trata de una asesoría brinda por PROTECCIÓN, por lo debe ser dicha entidad la llamada a pronunciarse.

OCTAVO: NO ME CONSTA, pues se trata de una asesoría brinda por PROTECCIÓN, por lo debe ser dicha entidad la llamada a pronunciarse.

NOVENO: NO ME CONSTA, pues se trata de una asesoría brinda por PROTECCIÓN, por lo debe ser dicha entidad la llamada a pronunciarse.

DÉCIMO: NO ME CONSTA, pues se trata de una asesoría brinda por PROTECCIÓN, por lo debe ser dicha entidad la llamada a pronunciarse.

DÉCIMO PRIMERO: NO ME CONSTA, pues se trata de una asesoría brinda por PROTECCIÓN, por lo debe ser dicha entidad la llamada a pronunciarse.

DÉCIMO SEGUNDO: NO ME CONSTA, pues se trata de una asesoría brinda por PROTECCIÓN, por lo debe ser dicha entidad la llamada a pronunciarse.

DÉCIMO TERCERO: NO ME CONSTA, pues se trata de una asesoría brinda por PROTECCIÓN, por lo debe ser dicha entidad la llamada a pronunciarse.

DÉCIMO CUARTO: ES CIERTO, conforme se evidencia en el historial laboral emitido por COLFONDOS, de fecha 02 de julio de 2024. En el mes de enero de 2000, la señora ISABEL PANQUEBA NUÑEZ se afilio voluntariamente a la entidad a la que representó, efectuando un traslado horizontal dentro de Administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DÉCIMO QUINTO: NO ES CIERTO, la asesoría realizada por mi defendida, informó a la demandante al momento de la afiliación que el valor real de la pensión sería determinado una vez se cumplieran los requisitos para acceder a la pensión, igualmente, la asesoría ofrecida a la demandante contempló la posibilidad de optar por una pensión a la edad que escogiera, siempre y cuando contara con el capital suficiente que le permitiera financiar una pensión superior al 110% de una salario mínimo legal mensual vigente, tal como lo establece el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 y en el evento de no cumplir con el capital requerido podría acceder a la figura de Garantía de Pensión Mínima de Vejez, siempre y cuando cumpliera con los requisitos de edad y semanas exigidos en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993. Así mismo, dicha asesoría contempló la posibilidad de acceder a unos excedentes de libre disponibilidad, el factor de la herencia, la posibilidad de realizar aportes voluntarios, entre otras ventajas.

Aún más la parte demandante, es una persona mentalmente estructurada que podía sopesar las ventajas y desventajas que tenía estando en determinados regímenes, conforme fue explicado por los asesores de mi defendida, es decir, las condiciones que cambiarían al trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

No obstante, es pertinente traer a colación la sentencia SL1452-2019, que determina un conjunto de subreglas para definir las tres etapas normativas que rigen el deber de información y asesoría de los fondos privados, a saber:

"(...) el deber de información consagra cada vez más un mayor nivel de exigencia, es así como identificó tres etapas, conforme a las normas que han regulado el tema, las cuales clasifica en tres periodos a saber: i) desde 1993 hasta 2009; ii) desde de 2009 hasta 2014 y, iii) de 2014 en adelante. (...)". De acuerdo con ello, expone el avance y desarrollo de la obligación relativa al deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones de suministrar información necesaria y transparente, de asesoría, buen consejo y doble asesoría. (....)" (Negrilla fuera de texto)

En este sentido, una vez identificada la etapa de asesoría, según la fecha de afiliación del accionante, se determinan operativamente cuales serían las pruebas que deben allegarse para acreditar una adecuada asesoría del fondo, siendo improcedente que se requiera a Colfondos acreditar entrega de información mediante comparativos o parangones entre regímenes que jamás fueron objeto de regulación por parte de la ley o de la superintendencia financiera al inicio de la actividad de afiliación al fondo.

Es así como, al hacer un recuento de los textos de la normatividad relacionada con la obligación de asesoría y transparencia, todos ellos establecen dicha obligación de forma general y abstracta, sin que se enlistara claramente, desde la emisión de la Ley 100 de 1993 los ítems, temas y comparativos que debía comprender la obligación de asesoría por parte de la AFP para entenderse transparente, clara y completa.

Por lo tanto, no puede endilgarse al fondo una responsabilidad que solo nace por medio del avance jurisprudencial, y que fue omitida por el legislador desde la creación de la Ley 100.

En consecuencia, quien determinó que entiende por asesoría fue a medida del tiempo la rama judicial, tal y como se puede evidenciar en el siguiente análisis histórico normativo:

Decreto 663 de 1993 articulo 97 información: "Las entidades vigiladas deben 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. (...)"

De conformidad con el mandato de la Superintendencia Financiera sobre el deber de información que tiene una administradora, debe advertirse que la existencia del deber de asesoría, es solo hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, es claro que el deber

legal de las administradoras de "poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de traslado", que en los traslados realizados por fuera de la vigencia de estas disposiciones no se les puede exigir que demuestren circunstancia sobre las cuales no había obligatoriedad, como argumento para responsabilizarlas sobre circunstancias que son única y exclusivamente responsabilidad del afiliado.

DÉCIMO SEXTO: NO ME CONSTA, pues se trata de una solicitud realizada a PROTECCIÓN, por lo que debe ser dicha entidad la llamada a pronunciarse.

DÉCIMO SÉPTIMO: NO ME CONSTA, pues se trata de una respuesta dada por PROTECCIÓN, por lo que debe ser dicha entidad la llamada a pronunciarse.

DÉCIMO OCTAVO: NO ME CONSTA, toda vez que en el expediente que se encontraba disponible al momento de la contestación de la demanda, no se encuentran dichos documentos, en tal virtud se procederá a solicitar estos documentos a COLFONDOS, para aportarlos al proceso.

DÉCIMO NOVENO: NO ME CONSTA, toda vez que en el expediente que se encontraba disponible al momento de la contestación de la demanda, no se encuentran dichos documentos, en tal virtud se procederá a solicitar estos documentos a COLFONDOS, para aportarlos al proceso.

VIGÉSIMO: NO ME CONSTA, pues lo mencionado por lo aquí demandante, hace referencia a una solicitud realizada a COLPENSIONES, por lo que debe ser dicha entidad la llamada a pronunciarse.

VIGÉSIMO PRIMERO: NO ME CONSTA, se trata de una respuesta enviada por COLPENSIONES, por lo que debe ser dicha entidad la llamada a pronunciarse.

VIGÉSIMO SEGUNDO: NO ES CIERTO, según historia laboral emitida por COLFONDOS, con fecha de expedición del 02 de Julio de 2024, la parte demandante ostenta 1.704,14 semanas y no las argumentadas en este hecho.

FRENTE A LAS PRETENSIONES

DECLARATIVAS:

PRIMERA: Si bien esta pretensión no está dirigida en contra de mí representada, lo cierto es que, quien debe pronunciarse de fondo es PROTECCIÓN, al tratarse de una actuación ajena e imponible a la AFP que represento, pese a lo anterior, manifiesto que mi representada AFP COLFONDOS S.A. **SE OPONE**, a que se declare lo solicitado por la demandante, ya que no existen presupuestos de hecho ni de derecho para despachar favorablemente esta pretensión.

Ahora bien, su afiliación al Régimen de Ahorro Individual se hizo de manera libre y voluntaria.

La asesoría realizada por mi defendida, informó a la demandante al momento de la afiliación que el valor real de la pensión sería determinado una vez se cumplieran los requisitos para acceder a la pensión, igualmente, la asesoría ofrecida a la demandante contempló la posibilidad de optar por una pensión a la edad que escogiera, siempre y cuando contara con el capital suficiente que le permitiera financiar una pensión superior al 110% de una salario mínimo legal mensual vigente, tal como lo establece el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 y en el evento de no cumplir con el capital requerido podría acceder a la figura de Garantía de Pensión Mínima de Vejez, siempre y cuando cumpliera con los requisitos de edad y semanas exigidos en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993. Así mismo, dicha asesoría contempló la posibilidad de acceder a unos excedentes de libre disponibilidad, el factor de la herencia, la posibilidad de realizar aportes voluntarios, entre otras ventajas.

Aún más la parte demandante, es una persona mentalmente estructurada que podía sopesar las ventajas y desventajas que tenía estando en determinados regímenes, conforme fue explicado por los asesores de mi defendida, es decir, las condiciones que cambiarían al trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

No obstante, es pertinente traer a colación la sentencia SL1452-2019, que determina un conjunto de subreglas para definir las tres etapas normativas que rigen el deber de información y asesoría de los fondos privados, a saber:

"(...) el deber de información consagra cada vez más un mayor nivel de exigencia, es así como identificó tres etapas, conforme a las normas que han regulado el tema, las cuales clasifica en tres periodos a saber: i) desde 1993 hasta 2009; ii) desde de 2009 hasta 2014 y, iii) de 2014 en adelante. (...)". De acuerdo con ello, expone el avance y desarrollo de la obligación relativa al deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones de suministrar información necesaria y transparente, de asesoría, buen consejo y doble asesoría. (...)" (Negrilla fuera de texto)

En este sentido, una vez identificada la etapa de asesoría, según la fecha de afiliación del accionante, se determinan operativamente cuales serían las pruebas que deben allegarse para acreditar una adecuada asesoría del fondo, siendo improcedente que se requiera a Colfondos acreditar entrega de información mediante comparativos o parangones entre regímenes que jamás fueron objeto de regulación por parte de la ley o de la superintendencia financiera al inicio de la actividad de afiliación al fondo.

Es así como, al hacer un recuento de los textos de la normatividad relacionada con la obligación de asesoría y transparencia, todos ellos establecen dicha obligación de forma general y abstracta, sin que se enlistara claramente, desde la emisión de la Ley 100 de 1993 los ítems, temas y comparativos que debía comprender la obligación de asesoría por parte de la AFP para entenderse transparente, clara y completa.

Por lo tanto, no puede endilgarse al fondo una responsabilidad que solo nace por medio del avance jurisprudencial, y que fue omitida por el legislador desde la creación de la Ley 100.

En consecuencia, quien determinó que entiende por asesoría fue a medida del tiempo la rama judicial, tal y como se puede evidenciar en el siguiente análisis histórico normativo:

Decreto 663 de 1993 artículo 97 información: "Las entidades vigiladas deben 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. (...)"

De conformidad con el mandato de la Superintendencia Financiera sobre el deber de información que tiene una administradora, debe advertirse que la existencia del deber de asesoría, es solo hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, es claro que el deber legal de las administradoras de "poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de traslado", que en los traslados realizados por fuera de la vigencia de estas disposiciones no se les puede exigir que demuestren circunstancia sobre las cuales no había obligatoriedad, como argumento para responsabilizarlas sobre circunstancias que son única y exclusivamente responsabilidad del afiliado.

En cuanto a los vicios del consentimiento se refiere y siguiendo la lectura del artículo 1508 del Código Civil son el error, la fuerza y el dolo. La parte demandante NO especifica claramente en qué consistió la acción viciada.

Si se estaba refiriendo a error de derecho, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 1509 ídem no produce vicio del consentimiento.

Si se refirió al error de hecho, por virtud de lo señalado en el artículo 1510 del mismo estatuto civil, 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 por la parte demandante y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, ya que la parte demandante sí pretendió afiliarse al Fondo de Pensiones perteneciente al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

En efecto, en sentencia del 18 de mayo de 2010, el Juzgado 5 laboral del Circuito de Bogotá, al estudiar un caso similar al presente, señaló que:

"(...) Como se trata de comprobaciones subjetivas, es necesario entonces tener en cuenta las circunstancias específicas de cada parte, para deducir si las maniobras fueron suficientemente elaboradas de una parte y si tenían la capacidad suficiente de engañar a la otra parte. Adicionalmente, se requiere que las argucias o maniobras empujadas por la otra parte, sean contrarias al orden social, la buena fe, la moral y las buenas costumbres, y que sin la presencia de dichas maniobras la parte afectada no hubiera contratado. Ahora bien, es preciso referir que los vicios del consentimiento, error, fuerza y dolo, no surgen en abstracto sino que deben provenir de hechos que de manera clara afecten el consentimiento de modo que, de no existir ellos, la declaración de voluntad no se habría emitido; siendo imperioso para los actores acreditar su causación y efectos,

a fin de dar viabilidad a las pretensiones de la demanda (...) Es principio general del derecho, que la ignorancia de la ley no sirve de excusa (art.6 C.C.) luego el desconocimiento o ignorancia de los preceptos legales y la presunta falta de información por parte de las administradoras, no puede ser considerada como un engaño que amerite la declaración del dolo como vicio del consentimiento (...)" (Proceso de Myriam Garcés contra Porvenir S.A. fallo absolutorio del 18 de mayo de 2010).

Al respecto de la pretensión de nulidad deprecada, se pronunció la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, en sentencia de 20 de septiembre de 2017. Radicación n.º 48234, Magistrado Ponente; Doctor Fernando Castillo Cadena, en esta oportunidad el Alto Tribunal sustentó lo siguiente:

" (...) El caso sometido a debate constitucional fue definido por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el cual, mediante sentencia de 21 de marzo de 2017, revocó la decisión del juzgado que había accedido a las pretensiones de la demanda encaminadas a declarar la nulidad del traslado al RAIS con el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Para arribar a tal determinación, el colegiado fijó como problema jurídico «determinar si hay lugar a declarar la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual, y en consecuencia, la nulidad del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual».

Posteriormente, se remitió a las pruebas aportadas al proceso que consideró relevantes, al marco normativo y jurisprudencial que entendió aplicables, de las cuales estableció que «la demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme al formulario que se aprecia a folio 90 de expediente, el 8 de septiembre de 1999; que la actora era beneficiaria del régimen de transición por cuanto al 1 de abril de 1994, contaba con 37 años de edad; que cuando se trasladó a régimen de ahorro individual con solidaridad sometió su aspiración pensional a las disposiciones, requisitos y parámetros contenidos en la ley 100 de 1993 y para esa fecha tenía 42 años de edad. No estaba incurso en las causales de prohibición señaladas, de exclusión, señaladas en el artículo 61 de la ley 100 de 1993, por cuanto a la entrada en vigencia del sistema no tenía 55 años de edad, ni gozaba de una pensión por invalidez.

Derivó que el formulario de afiliación se suscribió por la demandante de manera «voluntaria», y que allí mismo se registró la información sobre el régimen de transición y del retractor, entre otros; que las administradoras informaron a través de los medios de comunicación escritos, la oportunidad de regresar al régimen de prima media y el plazo de gracia concedido por la ley para ese propósito; con relación a los vicios del consentimiento, con base en el interrogatorio de parte que absolvió la actora y la prueba testimonial, anotó que no se demostró que hubiera sido «presionada o engañada al momento de suscribir tal solicitud ni la de traslado, con lo que se pudiera concluir que su consentimiento estuvo viciado por un error de hecho, fuerza o dolo [...]», pues aceptó la realización de reuniones, de manera general e individual, con los asesores de los fondos de pensiones, en las que recibieron información sobre los aspectos mencionados.

Consideró relevante que la promotora se trasladó entre fondos de pensiones en el año 2001 y que en los formularios se dejó constancia «de que se le había entregado la información sobre las particularidades del régimen de transición el derecho al retractor, situaciones sobre las que no se hubiera dejado la constancia si no se hubieran recibido», con fundamento en lo cual concluyó que «la falta de asesoría se desvirtúa en el presente caso porque si bien no fue escrita si fue de manera verbal y esa connotación no le quita el carácter de asesoría».

Con base en las reglas de la experiencia y la sana crítica, señaló que «no resulta razonable que alguno de los contratantes preste su consentimiento a compromisos y obligaciones que le ocasionen alguna clase de perjuicios, lo que descarta que el demandante no hubiera recibido ninguna clase de información respecto del cambio del régimen pensional, pues como es bien sabido es deber de quien decide efectuar esta clase de actuaciones, definir las condiciones y términos de los mismos, las ventajas y desventajas que traerán sus determinaciones».

Añadió que «si en gracia de discusión se aceptara que la demandante incurrió en un error para la toma de su decisión, dicho error es de derecho porque de acuerdo a la definición doctrinal se refiere "a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto de negocio jurídico"; para el caso concreto el error en que incurrió la demandante por el supuesto mal asesoramiento, se relaciona con la naturaleza del régimen de ahorro individual que le otorgaba unos derechos diferentes a los que tenía si hubiese permanecido en el régimen de prima media», lo cual apoyó en el artículo 1509 del Código Civil.

Con respecto al argumento de la actora, en cuanto al perjuicio generado por el monto de la pensión en uno y otro régimen y la falta de información en tal sentido, expresó que este aspecto «se define al momento de cumplir los requisitos de pensión y no al momento de la afiliación, en la medida en que dicho monto depende de varios factores:

En el régimen de prima media, del tiempo de cotizaciones, los salarios base de cotización y, en el régimen de ahorro individual, de los aportes a la cuenta de ahorro individual más bonos pensional etcétera, por lo que cualquier proyección que se realice al momento de la afiliación, es solo eso, una proyección que puede ser afectada por varias variables»; luego de lo cual concluyó:

En consecuencia, la sala no encuentra afectado el acto voluntario y libre del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual realizado por la demandante; primero, porque con el traslado no se incurrió en ninguna prohibición legal que lo impidiera; segundo, a la fecha del traslado el demandante no tenía derechos adquiridos entendidos como aquellos que se consolidan una vez se han cumplido todos los presupuestos normativos exigidos bajo el imperio de una ley; tercero, porque el error de derecho no es causal de nulidad de los actos que generan derechos y obligaciones; cuarto, por la voluntad de permanencia en el régimen de ahorro individual, que se reafirma con el gran número de semanas cotizadas con posterioridad a su afiliación.

Lo anterior permite colegir que la providencia que se pretende atacar por esta vía no es arbitraria o caprichosa, ni está desprovista de sustento jurídico; por el contrario, se apoyó en un razonable análisis de la situación fáctica y jurídica sometida al escrutinio del fallador accionado, que lo llevó a estimar, en el caso concreto, que no se demostraron maniobras engañosas o que la asesoría suministrada a la actora al momento de realizar el traslado de régimen, fuera insuficiente, aspectos que derivó del interrogatorio de parte a la demandante y el testimonio que se recibió en el juicio, conclusión que en manera alguna se puede controvertir a través de esta acción de tutela, so pena de transgredir los principios de autonomía e independencia judicial, previstos en los artículos 228 y 230 de la Constitución Política (...) ". (Negritas y cursivas fuera del texto).

SEGUNDA: ME OPONGO, a que se declare lo solicitado por la parte demandante, ya que la afiliación realizada por la parte demandante se hizo bajo los parámetros estipulados por la ley y acorde a derecho.

La asesoría realizada por mi defendida, informó a la demandante al momento de la afiliación que el valor real de la pensión sería determinado una vez se cumplieran los requisitos para acceder a la pensión, igualmente, la asesoría ofrecida a la demandante contempló la posibilidad de optar por una pensión a la edad que escogiera, siempre y cuando contara con el capital suficiente que le permitiera financiar una pensión superior al 110% de un salario mínimo legal mensual vigente, tal como lo establece el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 y en el evento de no cumplir con el capital requerido podría acceder a la figura de Garantía de Pensión Mínima de Vejez, siempre y cuando cumpliera con los requisitos de edad y semanas exigidos en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993. Así mismo, dicha asesoría contempló la posibilidad de acceder a unos excedentes de libre disponibilidad, el factor de la herencia, la posibilidad de realizar aportes voluntarios, entre otras ventajas.

Aún más la parte demandante, es una persona mentalmente estructurada que podía sopesar las ventajas y desventajas que tenía estando en determinados regímenes, conforme fue explicado por los asesores de mi defendida, es decir, las condiciones que cambiarían al trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

No obstante, es pertinente traer a colación la sentencia SL1452-2019, que determina un conjunto de subreglas para definir las tres etapas normativas que rigen el deber de información y asesoría de los fondos privados, a saber:

"(...) el deber de información consagra cada vez más un mayor nivel de exigencia, es así como identificó tres etapas, conforme a las normas que han regulado el tema, las cuales clasifica en tres periodos a saber: i) desde 1993 hasta 2009; ii) desde de 2009 hasta 2014 y, iii) de 2014 en adelante. (...)". De acuerdo con ello, expone el avance y desarrollo de la obligación relativa al deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones de suministrar información necesaria y transparente, de asesoría, buen consejo y doble asesoría. (....)" (Negrilla fuera de texto)

En este sentido, una vez identificada la etapa de asesoría, según la fecha de afiliación del accionante, se determinan operativamente cuales serían las pruebas que deben allegarse para acreditar una adecuada asesoría del fondo, siendo improcedente que se requiera a Colfondos acreditar entrega de información mediante comparativos o parangones entre regímenes que jamás fueron objeto de regulación por parte de la ley o de la superintendencia financiera al inicio de la actividad de afiliación al fondo.

Es así como, al hacer un recuento de los textos de la normatividad relacionada con la obligación de asesoría y transparencia, todos ellos establecen dicha obligación de forma general y abstracta, sin que se enlistara claramente, desde la emisión de la Ley 100 de 1993 los ítems, temas y comparativos que debía comprender la obligación de asesoría por parte de la AFP para entenderse transparente, clara y completa.

Por lo tanto, no puede endilgarse al fondo una responsabilidad que solo nace por medio del avance jurisprudencial, y que fue omitida por el legislador desde la creación de la Ley 100.

En consecuencia, quien determinó que entiende por asesoría fue a medida del tiempo la rama judicial, tal y como se puede evidenciar en el siguiente análisis histórico normativo:

Decreto 663 de 1993 artículo 97 información: "Las entidades vigiladas deben 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. (...)"

De conformidad con el mandato de la Superintendencia Financiera sobre el deber de información que tiene una administradora, debe advertirse que la existencia del deber de asesoría, es solo hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, es claro que el deber legal de las administradoras de "poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de traslado", que en los traslados realizados por fuera de la vigencia de estas disposiciones no se les puede exigir que demuestren circunstancia sobre las cuales no había obligatoriedad, como argumento para responsabilizarlas sobre circunstancias que son única y exclusivamente responsabilidad del afiliado.

En cuanto a los vicios del consentimiento se refiere y siguiendo la lectura del artículo 1508 del Código Civil son el error, la fuerza y el dolo. La parte demandante NO especifica claramente en qué consistió la acción viciada.

Si se estaba refiriendo a error de derecho, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 1509 ídem no produce vicio del consentimiento.

Si se refirió al error de hecho, por virtud de lo señalado en el artículo 1510 del mismo estatuto civil, 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 por la parte demandante y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, ya que la parte demandante sí pretendió afiliarse al Fondo de Pensiones perteneciente al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

En efecto, en sentencia del 18 de mayo de 2010, el Juzgado 5 laboral del Circuito de Bogotá, al estudiar un caso similar al presente, señaló que:

"(...) Como se trata de comprobaciones subjetivas, es necesario entonces tener en cuenta las circunstancias específicas de cada parte, para deducir si las maniobras fueron suficientemente elaboradas de una parte y si tenían la capacidad suficiente de engañar a la otra parte. Adicionalmente, se requiere que las argucias o maniobras empujadas por la otra parte, sean contrarias al orden social, la buena fe, la moral y las buenas costumbres, y que sin la presencia de dichas maniobras la parte afectada no hubiera contratado. Ahora bien, es preciso referir que los vicios del consentimiento, error, fuerza y dolo, no surgen en abstracto sino que deben provenir de hechos que de manera clara afecten el consentimiento de modo que, de no existir ellos, la declaración de voluntad no se habría emitido; siendo imperioso para los actores acreditar su causación y efectos, a fin de dar viabilidad a las pretensiones de la demanda (...) Es principio general del derecho, que la ignorancia de la ley no sirve de excusa (art.6 C.C.) luego el desconocimiento o ignorancia de los preceptos legales y la presunta falta de información por parte de las administradoras, no puede ser considerada como un engaño que amerite la declaración del dolo como vicio del consentimiento (...)" (Proceso de Myriam Garcés contra Porvenir S.A. fallo absolutorio del 18 de mayo de 2010).

Al respecto de la pretensión de nulidad deprecada, se pronunció la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, en sentencia de 20 de septiembre de 2017. Radicación n.º 48234, Magistrado Ponente; Doctor Fernando Castillo Cadena, en esta oportunidad el Alto Tribunal sustentó lo siguiente:

" (...) El caso sometido a debate constitucional fue definido por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el cual, mediante sentencia de 21 de marzo de 2017, revocó la decisión del juzgado que había accedido a las pretensiones de la demanda encaminadas a declarar la nulidad del traslado al RAIS con el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Para arribar a tal determinación, el colegiado fijó como problema jurídico «determinar si hay lugar a declarar la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual, y en consecuencia, la nulidad del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual».

Posteriormente, se remitió a las pruebas aportadas al proceso que consideró relevantes, al marco normativo y jurisprudencial que entendió aplicables, de las cuales estableció que «la demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme al formulario que se aprecia a folio 90 de expediente, el 8 de septiembre de 1999; que la actora era beneficiaria del régimen de transición por cuanto al 1 de abril de 1994, contaba con 37 años de edad; que cuando se trasladó a régimen de ahorro individual con solidaridad sometió su aspiración pensional a las disposiciones, requisitos y parámetros contenidos en la ley 100 de 1993 y para esa fecha tenía 42 años de edad. No estaba incurso en las causales de prohibición señaladas, de exclusión, señaladas en el artículo 61 de la ley 100 de 1993, por cuanto a la entrada en vigencia del sistema no tenía 55 años de edad, ni gozaba de una pensión por invalidez.

Derivó que el formulario de afiliación se suscribió por la demandante de manera «voluntaria», y que allí mismo se registró la información sobre el régimen de transición y del retracto, entre otros; que las administradoras informaron a través de los medios de comunicación escritos, la oportunidad de regresar al régimen de prima media y el plazo de gracia concedido por la ley para ese propósito; con relación a los vicios del consentimiento, con base en el interrogatorio de parte que absolvió la actora y la prueba testimonial, anotó que no se demostró que hubiera sido «presionada o engañada al momento de suscribir tal solicitud ni la de traslado, con lo que se pudiera concluir que su consentimiento estuvo viciado por un error de hecho, fuerza o dolo [...]», pues aceptó la realización de reuniones, de manera general e individual, con los asesores de los fondos de pensiones, en las que recibieron información sobre los aspectos mencionados.

Consideró relevante que la promotora se trasladó entre fondos de pensiones en el año 2001 y que en los formularios se dejó constancia «de que se le había entregado la información sobre las particularidades del régimen de transición el derecho al retracto, situaciones sobre las que no se hubiera dejado la constancia si no se hubieran recibido», con fundamento en lo cual concluyó que «la falta de asesoría se desvirtúa en el presente caso porque si bien no fue escrita si fue de manera verbal y esa connotación no le quita el carácter de asesoría».

Con base en las reglas de la experiencia y la sana crítica, señaló que **«no resulta razonable que alguno de los contratantes preste su consentimiento a compromisos y obligaciones que le ocasionen alguna clase de perjuicios, lo que descarta que el demandante no hubiera recibido ninguna clase de información respecto del cambio del régimen pensional, pues como es bien sabido es deber de quien decide efectuar esta clase de actuaciones, definir las condiciones y términos de los mismos, las ventajas y desventajas que traerán sus determinaciones».**

Añadió que «si en gracia de discusión se aceptara que la demandante incurrió en un error para la toma de su decisión, dicho error es de derecho porque de acuerdo a la definición doctrinal se refiere "a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto de negocio jurídico"; para el caso concreto el error en que incurrió la demandante por el supuesto mal asesoramiento, se relaciona con la naturaleza del régimen de ahorro individual que le otorgaba unos derechos diferentes a los que tenía si hubiese permanecido en el régimen de prima media», lo cual apoyó en el artículo 1509 del Código Civil.

Con respecto al argumento de la actora, en cuanto al perjuicio generado por el monto de la pensión en uno y otro régimen y la falta de información en tal sentido, expresó que este aspecto «se define al momento de cumplir los requisitos de pensión y no al momento de la afiliación, en la medida en que dicho monto depende de varios factores:

En el régimen de prima media, del tiempo de cotizaciones, los salarios base de cotización y, en el régimen de ahorro individual, de los aportes a la cuenta de ahorro individual más bonos pensional etcétera, por lo que cualquier proyección que se realice al momento de la afiliación, es solo eso, una proyección que puede ser afectada por varias variables»; luego de lo cual concluyó:

En consecuencia, la sala no encuentra afectado el acto voluntario y libre del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual realizado por la demandante; primero, porque con el traslado no se incurrió en ninguna prohibición legal que lo impidiera; segundo, a la fecha del traslado el demandante no tenía derechos adquiridos entendidos como aquellos que se consolidan una vez se han cumplido todos los presupuestos normativos exigidos bajo el imperio de una ley; tercero, porque el error de derecho no es causal de nulidad de los actos que generan derechos y obligaciones; cuarto, por la voluntad de permanencia en el régimen de ahorro individual, que se reafirma con el gran número de semanas cotizadas con posterioridad a su afiliación.

Lo anterior permite colegir que la providencia que se pretende atacar por esta vía no es arbitraria o caprichosa, ni está desprovista de sustento jurídico; por el contrario, se apoyó en un razonable análisis de la situación fáctica y jurídica sometida al escrutinio del fallador accionado, que lo llevó a estimar, en el caso concreto, que no se demostraron maniobras engañosas o que la asesoría suministrada a la actora al momento de realizar el traslado de régimen, fuera insuficiente, aspectos que derivó del interrogatorio de parte a la demandante y el testimonio que se recibió en el juicio, conclusión que en manera alguna se puede controvertir a través de esta acción de tutela, so pena

de transgredir los principios de autonomía e independencia judicial, previstos en los artículos 228 y 230 de la Constitución Política (...) ". (Negrillas y cursivas fuera del texto).

TERCERA: ME OPONGO, a que se declare lo solicitado por la parte demandante, ya que la afiliación realizada por la parte demandante se hizo bajo los parámetros estipulados por la ley y acorde a derecho.

La asesoría realizada por mi defendida, informó a la demandante al momento de la afiliación que el valor real de la pensión sería determinado una vez se cumplieran los requisitos para acceder a la pensión, igualmente, la asesoría ofrecida a la demandante contempló la posibilidad de optar por una pensión a la edad que escogiera, siempre y cuando contara con el capital suficiente que le permitiera financiar una pensión superior al 110% de un salario mínimo legal mensual vigente, tal como lo establece el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 y en el evento de no cumplir con el capital requerido podría acceder a la figura de Garantía de Pensión Mínima de Vejez, siempre y cuando cumpliera con los requisitos de edad y semanas exigidos en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993. Así mismo, dicha asesoría contempló la posibilidad de acceder a unos excedentes de libre disponibilidad, el factor de la herencia, la posibilidad de realizar aportes voluntarios, entre otras ventajas.

Aún más la parte demandante, es una persona mentalmente estructurada que podía sopesar las ventajas y desventajas que tenía estando en determinados regímenes, conforme fue explicado por los asesores de mi defendida, es decir, las condiciones que cambiarían al trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

No obstante, es pertinente traer a colación la sentencia SL1452-2019, que determina un conjunto de subreglas para definir las tres etapas normativas que rigen el deber de información y asesoría de los fondos privados, a saber:

"(...) el deber de información consagra cada vez más un mayor nivel de exigencia, es así como identificó tres etapas, conforme a las normas que han regulado el tema, las cuales clasifica en tres periodos a saber: i) desde 1993 hasta 2009; ii) desde de 2009 hasta 2014 y, iii) de 2014 en adelante. (...)". De acuerdo con ello, expone el avance y desarrollo de la obligación relativa al deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones de suministrar información necesaria y transparente, de asesoría, buen consejo y doble asesoría. (...)" (Negrilla fuera de texto)

En este sentido, una vez identificada la etapa de asesoría, según la fecha de afiliación del accionante, se determinan operativamente cuales serían las pruebas que deben allegarse para acreditar una adecuada asesoría del fondo, siendo improcedente que se requiera a Colfondos acreditar entrega de información mediante comparativos o parangones entre regímenes que jamás fueron objeto de regulación por parte de la ley o de la superintendencia financiera al inicio de la actividad de afiliación al fondo.

Es así como, al hacer un recuento de los textos de la normatividad relacionada con la obligación de asesoría y transparencia, todos ellos establecen dicha obligación de forma general y abstracta, sin que se enlistara claramente, desde la emisión de la Ley 100 de 1993 los ítems, temas y comparativos que debía comprender la obligación de asesoría por parte de la AFP para entenderse transparente, clara y completa.

Por lo tanto, no puede endilgarse al fondo una responsabilidad que solo nace por medio del avance jurisprudencial, y que fue omitida por el legislador desde la creación de la Ley 100.

En consecuencia, quien determinó que entiende por asesoría fue a medida del tiempo la rama judicial, tal y como se puede evidenciar en el siguiente análisis histórico normativo:

Decreto 663 de 1993 artículo 97 información: "Las entidades vigiladas deben 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. (...)"

De conformidad con el mandato de la Superintendencia Financiera sobre el deber de información que tiene una administradora, debe advertirse que la existencia del deber de asesoría, es solo hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, es claro que el deber legal de las administradoras de "poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de traslado", que en los traslados realizados por fuera de la vigencia de estas disposiciones no se les puede exigir que demuestren circunstancia

sobre las cuales no había obligatoriedad, como argumento para responsabilizarlas sobre circunstancias que son única y exclusivamente responsabilidad del afiliado.

En cuanto a los vicios del consentimiento se refiere y siguiendo la lectura del artículo 1508 del Código Civil son el error, la fuerza y el dolo. La parte demandante NO especifica claramente en qué consistió la acción viciada.

Si se estaba refiriendo a error de derecho, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 1509 ídem no produce vicio del consentimiento.

Si se refirió al error de hecho, por virtud de lo señalado en el artículo 1510 del mismo estatuto civil, 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 por la parte demandante y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, ya que la parte demandante sí pretendió afiliarse al Fondo de Pensiones perteneciente al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

En efecto, en sentencia del 18 de mayo de 2010, el Juzgado 5 laboral del Circuito de Bogotá, al estudiar un caso similar al presente, señaló que:

"(...) Como se trata de comprobaciones subjetivas, es necesario entonces tener en cuenta las circunstancias específicas de cada parte, para deducir si las maniobras fueron suficientemente elaboradas de una parte y si tenían la capacidad suficiente de engañar a la otra parte. Adicionalmente, se requiere que las argucias o maniobras empujadas por la otra parte, sean contrarias al orden social, la buena fe, la moral y las buenas costumbres, y que sin la presencia de dichas maniobras la parte afectada no hubiera contratado. Ahora bien, es preciso referir que los vicios del consentimiento, error, fuerza y dolo, no surgen en abstracto sino que deben provenir de hechos que de manera clara afecten el consentimiento de modo que, de no existir ellos, la declaración de voluntad no se habría emitido; siendo imperioso para los actores acreditar su causación y efectos, a fin de dar viabilidad a las pretensiones de la demanda (...) Es principio general del derecho, que la ignorancia de la ley no sirve de excusa (art.6 C.C.) luego el desconocimiento o ignorancia de los preceptos legales y la presunta falta de información por parte de las administradoras, no puede ser considerada como un engaño que amerite la declaración del dolo como vicio del consentimiento (...)"
(Proceso de Myriam Garcés contra Porvenir S.A. fallo absolutorio del 18 de mayo de 2010).

Al respecto de la pretensión de nulidad deprecada, se pronunció la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, en sentencia de 20 de septiembre de 2017. Radicación n.º 48234, Magistrado Ponente; Doctor Fernando Castillo Cadena, en esta oportunidad el Alto Tribunal sustentó lo siguiente:

" (...) El caso sometido a debate constitucional fue definido por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el cual, mediante sentencia de 21 de marzo de 2017, revocó la decisión del juzgado que había accedido a las pretensiones de la demanda encaminadas a declarar la nulidad del traslado al RAIS con el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Para arribar a tal determinación, el colegiado fijó como problema jurídico «determinar si hay lugar a declarar la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual, y en consecuencia, la nulidad del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual».

Posteriormente, se remitió a las pruebas aportadas al proceso que consideró relevantes, al marco normativo y jurisprudencial que entendió aplicables, de las cuales estableció que «la demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme al formulario que se aprecia a folio 90 de expediente, el 8 de septiembre de 1999; que la actora era beneficiaria del régimen de transición por cuanto al 1 de abril de 1994, contaba con 37 años de edad; que cuando se trasladó a régimen de ahorro individual con solidaridad sometió su aspiración pensional a las disposiciones, requisitos y parámetros contenidos en la ley 100 de 1993 y para esa fecha tenía 42 años de edad. No estaba incurso en las causales de prohibición señaladas, de exclusión, señaladas en el artículo 61 de la ley 100 de 1993, por cuanto a la entrada en vigencia del sistema no tenía 55 años de edad, ni gozaba de una pensión por invalidez.

Derivó que el formulario de afiliación se suscribió por la demandante de manera «voluntaria», y que allí mismo se registró la información sobre el régimen de transición y del retracto, entre otros; que las administradoras informaron a través de los medios de comunicación escritos, la oportunidad de regresar al régimen de prima media y el plazo de gracia concedido por la ley para ese propósito; con relación a los vicios del consentimiento, con base en el interrogatorio de parte que absolvió la actora y la prueba testimonial, anotó que no se demostró que hubiera sido «presionada o engañada al momento de suscribir tal solicitud ni la de traslado, con lo que se pudiera concluir que su consentimiento estuvo viciado por un error de hecho, fuerza o dolo [...]», pues aceptó la realización

de reuniones, de manera general e individual, con los asesores de los fondos de pensiones, en las que recibieron información sobre los aspectos mencionados.

Consideró relevante que la promotora se trasladó entre fondos de pensiones en el año 2001 y que en los formularios se dejó constancia «de que se le había entregado la información sobre las particularidades del régimen de transición el derecho al retractor, situaciones sobre las que no se hubiera dejado la constancia si no se hubieran recibido», con fundamento en lo cual concluyó que «la falta de asesoría se desvirtúa en el presente caso porque si bien no fue escrita si fue de manera verbal y esa connotación no le quita el carácter de asesoría».

Con base en las reglas de la experiencia y la sana crítica, señaló que **«no resulta razonable que alguno de los contratantes preste su consentimiento a compromisos y obligaciones que le ocasionen alguna clase de perjuicios, lo que descarta que el demandante no hubiera recibido ninguna clase de información respecto del cambio del régimen pensional, pues como es bien sabido es deber de quien decide efectuar esta clase de actuaciones, definir las condiciones y términos de los mismos, las ventajas y desventajas que traerán sus determinaciones»**.

Añadió que «si en gracia de discusión se aceptara que la demandante incurrió en un error para la toma de su decisión, dicho error es de derecho porque de acuerdo a la definición doctrinal se refiere "a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto de negocio jurídico"; para el caso concreto el error en que incurrió la demandante por el supuesto mal asesoramiento, se relaciona con la naturaleza del régimen de ahorro individual que le otorgaba unos derechos diferentes a los que tenía si hubiese permanecido en el régimen de prima media», lo cual apoyó en el artículo 1509 del Código Civil.

Con respecto al argumento de la actora, en cuanto al perjuicio generado por el monto de la pensión en uno y otro régimen y la falta de información en tal sentido, expresó que este aspecto «se define al momento de cumplir los requisitos de pensión y no al momento de la afiliación, en la medida en que dicho monto depende de varios factores:

En el régimen de prima media, del tiempo de cotizaciones, los salarios base de cotización y, en el régimen de ahorro individual, de los aportes a la cuenta de ahorro individual más bonos pensional etcétera, por lo que cualquier proyección que se realice al momento de la afiliación, es solo eso, una proyección que puede ser afectada por varias variables»; luego de lo cual concluyó:

En consecuencia, la sala no encuentra afectado el acto voluntario y libre del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual realizado por la demandante; primero, porque con el traslado no se incurrió en ninguna prohibición legal que lo impidiera; segundo, a la fecha del traslado el demandante no tenía derechos adquiridos entendidos como aquellos que se consolidan una vez se han cumplido todos los presupuestos normativos exigidos bajo el imperio de una ley; tercero, porque el error de derecho no es causal de nulidad de los actos que generan derechos y obligaciones; cuarto, por la voluntad de permanencia en el régimen de ahorro individual, que se reafirma con el gran número de semanas cotizadas con posterioridad a su afiliación.

Lo anterior permite colegir que la providencia que se pretende atacar por esta vía no es arbitraria o caprichosa, ni está desprovista de sustento jurídico; por el contrario, se apoyó en un razonable análisis de la situación fáctica y jurídica sometida al escrutinio del fallador accionado, que lo llevó a estimar, en el caso concreto, que no se demostraron maniobras engañosas o que la asesoría suministrada a la actora al momento de realizar el traslado de régimen, fuera insuficiente, aspectos que derivó del interrogatorio de parte a la demandante y el testimonio que se recibió en el juicio, conclusión que en manera alguna se puede controvertir a través de esta acción de tutela, so pena de transgredir los principios de autonomía e independencia judicial, previstos en los artículos 228 y 230 de la Constitución Política (...) ". (Negritas y cursivas fuera del texto).

CUARTA: Si bien esta pretensión no está dirigida en contra de mí representada, lo cierto es que, quien debe pronunciarse de fondo es COLPENSIONES, al tratarse de una actuación ajena e imponible a la AFP que represento, pese a lo anterior, manifiesto que mi representada AFP COLFONDOS S.A, **SE OPONE**, a que se declare lo solicitado por la demandante, ya que no existen presupuestos de hecho ni de derecho para despachar favorablemente esta pretensión.

CONDENATORIAS:

PRIMERA: Si bien esta pretensión no está dirigida en contra de mí representada, lo cierto es que, quien debe pronunciarse de fondo es PROTECCIÓN, al tratarse de una actuación ajena e imponible a la AFP que represento, pese a lo anterior, manifiesto que mi representada AFP COLFONDOS S.A. **SE OPONE**, a que se declare lo solicitado por la demandante, ya que no existen presupuestos de hecho ni de derecho para despachar favorablemente esta pretensión.

Ahora bien, su afiliación al Régimen de Ahorro Individual se hizo de manera libre y voluntaria.

La asesoría realizada por mi defendida, informó a la demandante al momento de la afiliación que el valor real de la pensión sería determinado una vez se cumplieran los requisitos para acceder a la pensión, igualmente, la asesoría ofrecida a la demandante contempló la posibilidad de optar por una pensión a la edad que escogiera, siempre y cuando contara con el capital suficiente que le permitiera financiar una pensión superior al 110% de un salario mínimo legal mensual vigente, tal como lo establece el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 y en el evento de no cumplir con el capital requerido podría acceder a la figura de Garantía de Pensión Mínima de Vejez, siempre y cuando cumpliera con los requisitos de edad y semanas exigidos en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993. Así mismo, dicha asesoría contempló la posibilidad de acceder a unos excedentes de libre disponibilidad, el factor de la herencia, la posibilidad de realizar aportes voluntarios, entre otras ventajas.

Aún más la parte demandante, es una persona mentalmente estructurada que podía sopesar las ventajas y desventajas que tenía estando en determinados regímenes, conforme fue explicado por los asesores de mi defendida, es decir, las condiciones que cambiarían al trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

No obstante, es pertinente traer a colación la sentencia SL1452-2019, que determina un conjunto de subreglas para definir las tres etapas normativas que rigen el deber de información y asesoría de los fondos privados, a saber:

"(...) el deber de información consagra cada vez más un mayor nivel de exigencia, es así como identificó tres etapas, conforme a las normas que han regulado el tema, las cuales clasifica en tres periodos a saber: i) desde 1993 hasta 2009; ii) desde de 2009 hasta 2014 y, iii) de 2014 en adelante. (...)" De acuerdo con ello, expone el avance y desarrollo de la obligación relativa al deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones de suministrar información necesaria y transparente, de asesoría, buen consejo y doble asesoría. (....)" (Negrilla fuera de texto)

En este sentido, una vez identificada la etapa de asesoría, según la fecha de afiliación del accionante, se determinan operativamente cuales serían las pruebas que deben allegarse para acreditar una adecuada asesoría del fondo, siendo improcedente que se requiera a Colfondos acreditar entrega de información mediante comparativos o parangones entre regímenes que jamás fueron objeto de regulación por parte de la ley o de la superintendencia financiera al inicio de la actividad de afiliación al fondo.

Es así como, al hacer un recuento de los textos de la normatividad relacionada con la obligación de asesoría y transparencia, todos ellos establecen dicha obligación de forma general y abstracta, sin que se enlistara claramente, desde la emisión de la Ley 100 de 1993 los ítems, temas y comparativos que debía comprender la obligación de asesoría por parte de la AFP para entenderse transparente, clara y completa.

Por lo tanto, no puede endilgarse al fondo una responsabilidad que solo nace por medio del avance jurisprudencial, y que fue omitida por el legislador desde la creación de la Ley 100.

En consecuencia, quien determinó que entiende por asesoría fue a medida del tiempo la rama judicial, tal y como se puede evidenciar en el siguiente análisis histórico normativo:

Decreto 663 de 1993 artículo 97 información: "Las entidades vigiladas deben 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. (...)"

De conformidad con el mandato de la Superintendencia Financiera sobre el deber de información que tiene una administradora, debe advertirse que la existencia del deber de asesoría, es solo hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, es claro que el deber legal de las administradoras de "poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de traslado", que en los traslados realizados por fuera de la vigencia de estas disposiciones no se les puede exigir que demuestren circunstancia sobre las cuales no había obligatoriedad, como argumento para responsabilizarlas sobre circunstancias que son única y exclusivamente responsabilidad del afiliado.

En cuanto a los vicios del consentimiento se refiere y siguiendo la lectura del artículo 1508 del Código Civil son el error, la fuerza y el dolo. La parte demandante NO especifica claramente en qué consistió la acción viciada.

Si se estaba refiriendo a error de derecho, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 1509 ídem no produce vicio del consentimiento.

Si se refirió al error de hecho, por virtud de lo señalado en el artículo 1510 del mismo estatuto civil, 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 por la parte demandante y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, ya que la parte demandante sí pretendió afiliarse al Fondo de Pensiones perteneciente al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

En efecto, en sentencia del 18 de mayo de 2010, el Juzgado 5 laboral del Circuito de Bogotá, al estudiar un caso similar al presente, señaló que:

"(...) Como se trata de comprobaciones subjetivas, es necesario entonces tener en cuenta las circunstancias específicas de cada parte, para deducir si las maniobras fueron suficientemente elaboradas de una parte y si tenían la capacidad suficiente de engañar a la otra parte. Adicionalmente, se requiere que las argucias o maniobras empujadas por la otra parte, sean contrarias al orden social, la buena fe, la moral y las buenas costumbres, y que sin la presencia de dichas maniobras la parte afectada no hubiera contratado. Ahora bien, es preciso referir que los vicios del consentimiento, error, fuerza y dolo, no surgen en abstracto sino que deben provenir de hechos que de manera clara afecten el consentimiento de modo que, de no existir ellos, la declaración de voluntad no se habría emitido; siendo imperioso para los actores acreditar su causación y efectos, a fin de dar viabilidad a las pretensiones de la demanda (...) Es principio general del derecho, que la ignorancia de la ley no sirve de excusa (art.6 C.C.) luego el desconocimiento o ignorancia de los preceptos legales y la presunta falta de información por parte de las administradoras, no puede ser considerada como un engaño que amerite la declaración del dolo como vicio del consentimiento (...)"
(Proceso de Myriam Garcés contra Porvenir S.A. fallo absolutorio del 18 de mayo de 2010).

Al respecto de la pretensión de nulidad deprecada, se pronunció la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, en sentencia de 20 de septiembre de 2017. Radicación n.º 48234, Magistrado Ponente; Doctor Fernando Castillo Cadena, en esta oportunidad el Alto Tribunal sustentó lo siguiente:

" (...) El caso sometido a debate constitucional fue definido por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el cual, mediante sentencia de 21 de marzo de 2017, revocó la decisión del juzgado que había accedido a las pretensiones de la demanda encaminadas a declarar la nulidad del traslado al RAIS con el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Para arribar a tal determinación, el colegiado fijó como problema jurídico «determinar si hay lugar a declarar la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual, y en consecuencia, la nulidad del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual».

Posteriormente, se remitió a las pruebas aportadas al proceso que consideró relevantes, al marco normativo y jurisprudencial que entendió aplicables, de las cuales estableció que «la demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme al formulario que se aprecia a folio 90 de expediente, el 8 de septiembre de 1999; que la actora era beneficiaria del régimen de transición por cuanto al 1 de abril de 1994, contaba con 37 años de edad; que cuando se trasladó a régimen de ahorro individual con solidaridad sometió su aspiración pensional a las disposiciones, requisitos y parámetros contenidos en la ley 100 de 1993 y para esa fecha tenía 42 años de edad. No estaba incurso en las causales de prohibición señaladas, de exclusión, señaladas en el artículo 61 de la ley 100 de 1993, por cuanto a la entrada en vigencia del sistema no tenía 55 años de edad, ni gozaba de una pensión por invalidez.

Derivó que el formulario de afiliación se suscribió por la demandante de manera «voluntaria», y que allí mismo se registró la información sobre el régimen de transición y del retractor, entre otros; que las administradoras informaron a través de los medios de comunicación escritos, la oportunidad de regresar al régimen de prima media y el plazo de gracia concedido por la ley para ese propósito; con relación a los vicios del consentimiento, con base en el interrogatorio de parte que absolvió la actora y la prueba testimonial, anotó que no se demostró que hubiera sido «presionada o engañada al momento de suscribir tal solicitud ni la de traslado, con lo que se pudiera concluir que su consentimiento estuvo viciado por un error de hecho, fuerza o dolo [...]», pues aceptó la realización de reuniones, de manera general e individual, con los asesores de los fondos de pensiones, en las que recibieron información sobre los aspectos mencionados.

Consideró relevante que la promotora se trasladó entre fondos de pensiones en el año 2001 y que en los formularios se dejó constancia «de que se le había entregado la información sobre las particularidades del régimen de transición del derecho al retractor, situaciones sobre las que no se hubiera dejado la constancia si no se hubieran recibido», con fundamento en lo cual concluyó que «la falta de asesoría se desvirtúa en el presente caso porque si bien no fue escrita si fue de manera verbal y esa connotación no le quita el carácter de asesoría».

Con base en las reglas de la experiencia y la sana crítica, señaló que «no resulta razonable que alguno de los contratantes preste su consentimiento a compromisos y obligaciones que le ocasionen alguna clase de perjuicios, lo que descarta que el demandante no hubiera recibido ninguna clase de información respecto del cambio del régimen pensional, pues como es bien sabido es deber de quien decide efectuar esta clase de actuaciones, definir las condiciones y términos de los mismos, las ventajas y desventajas que traerán sus determinaciones».

Añadió que «si en gracia de discusión se aceptara que la demandante incurrió en un error para la toma de su decisión, dicho error es de derecho porque de acuerdo a la definición doctrinal se refiere "a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto de negocio jurídico"; para el caso concreto el error en que incurrió la demandante por el supuesto mal asesoramiento, se relaciona con la naturaleza del régimen de ahorro individual que le otorgaba unos derechos diferentes a los que tenía si hubiese permanecido en el régimen de prima media», lo cual apoyó en el artículo 1509 del Código Civil.

Con respecto al argumento de la actora, en cuanto al perjuicio generado por el monto de la pensión en uno y otro régimen y la falta de información en tal sentido, expresó que este aspecto «se define al momento de cumplir los requisitos de pensión y no al momento de la afiliación, en la medida en que dicho monto depende de varios factores:

En el régimen de prima media, del tiempo de cotizaciones, los salarios base de cotización y, en el régimen de ahorro individual, de los aportes a la cuenta de ahorro individual más bonos pensional etcétera, por lo que cualquier proyección que se realice al momento de la afiliación, es solo eso, una proyección que puede ser afectada por varias variables»; luego de lo cual concluyó:

En consecuencia, la sala no encuentra afectado el acto voluntario y libre del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual realizado por la demandante; primero, porque con el traslado no se incurrió en ninguna prohibición legal que lo impidiera; segundo, a la fecha del traslado el demandante no tenía derechos adquiridos entendidos como aquellos que se consolidan una vez se han cumplido todos los presupuestos normativos exigidos bajo el imperio de una ley; tercero, porque el error de derecho no es causal de nulidad de los actos que generan derechos y obligaciones; cuarto, por la voluntad de permanencia en el régimen de ahorro individual, que se reafirma con el gran número de semanas cotizadas con posterioridad a su afiliación.

Lo anterior permite colegir que la providencia que se pretende atacar por esta vía no es arbitraria o caprichosa, ni está desprovista de sustento jurídico; por el contrario, se apoyó en un razonable análisis de la situación fáctica y jurídica sometida al escrutinio del fallador accionado, que lo llevó a estimar, en el caso concreto, que no se demostraron maniobras engañosas o que la asesoría suministrada a la actora al momento de realizar el traslado de régimen, fuera insuficiente, aspectos que derivó del interrogatorio de parte a la demandante y el testimonio que se recibió en el juicio, conclusión que en manera alguna se puede controvertir a través de esta acción de tutela, so pena de transgredir los principios de autonomía e independencia judicial, previstos en los artículos 228 y 230 de la Constitución Política (...) ". (Negrillas y cursivas fuera del texto).

SEGUNDA: ME OPONGO, a que se declare lo solicitado por la parte demandante, ya que la afiliación realizada por la parte demandante se hizo bajo los parámetros estipulados por la ley y acorde a derecho.

Ahora bien, su afiliación al Régimen de Ahorro Individual se hizo de manera libre y voluntaria.

La asesoría realizada por mi defendida, informó a la demandante al momento de la afiliación que el valor real de la pensión sería determinado una vez se cumplieran los requisitos para acceder a la pensión, igualmente, la asesoría ofrecida a la demandante contempló la posibilidad de optar por una pensión a la edad que escogiera, siempre y cuando contara con el capital suficiente que le permitiera financiar una pensión superior al 110% de un salario mínimo legal mensual vigente, tal como lo establece el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 y en el evento de no cumplir con el capital requerido podría acceder a la figura de Garantía de Pensión Mínima de Vejez, siempre y cuando cumpliera con los requisitos de edad y semanas exigidos en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993. Así mismo, dicha asesoría contempló la posibilidad de acceder a unos excedentes de libre disponibilidad, el factor de la herencia, la posibilidad de realizar aportes voluntarios, entre otras ventajas.

Aún más la parte demandante, es una persona mentalmente estructurada que podía sopesar las ventajas y desventajas que tenía estando en determinados regímenes, conforme fue explicado por los asesores de mi defendida, es decir, las condiciones que cambiarían al trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

No obstante, es pertinente traer a colación la sentencia SL1452-2019, que determina un conjunto de subreglas para definir las tres etapas normativas que rigen el deber de información y asesoría de los fondos privados, a saber:

"(...) el deber de información consagra cada vez más un mayor nivel de exigencia, es así como identificó tres etapas, conforme a las normas que han regulado el tema, las cuales clasifica en tres periodos a saber: i) desde 1993 hasta 2009; ii) desde de 2009 hasta 2014 y, iii) de 2014 en adelante. (...)". De acuerdo con ello, expone el avance y desarrollo de la obligación relativa al deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones de suministrar información necesaria y transparente, de asesoría, buen consejo y doble asesoría. (...)" (Negrilla fuera de texto)

En este sentido, una vez identificada la etapa de asesoría, según la fecha de afiliación del accionante, se determinan operativamente cuales serían las pruebas que deben allegarse para acreditar una adecuada asesoría del fondo, siendo improcedente que se requiera a Colfondos acreditar entrega de información mediante comparativos o parangones entre regímenes que jamás fueron objeto de regulación por parte de la ley o de la superintendencia financiera al inicio de la actividad de afiliación al fondo.

Es así como, al hacer un recuento de los textos de la normatividad relacionada con la obligación de asesoría y transparencia, todos ellos establecen dicha obligación de forma general y abstracta, sin que se enlistara claramente, desde la emisión de la Ley 100 de 1993 los ítems, temas y comparativos que debía comprender la obligación de asesoría por parte de la AFP para entenderse transparente, clara y completa.

Por lo tanto, no puede endilgarse al fondo una responsabilidad que solo nace por medio del avance jurisprudencial, y que fue omitida por el legislador desde la creación de la Ley 100.

En consecuencia, quien determinó que entiende por asesoría fue a medida del tiempo la rama judicial, tal y como se puede evidenciar en el siguiente análisis histórico normativo:

Decreto 663 de 1993 artículo 97 información: "Las entidades vigiladas deben 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. (...)"

De conformidad con el mandato de la Superintendencia Financiera sobre el deber de información que tiene una administradora, debe advertirse que la existencia del deber de asesoría, es solo hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, es claro que el deber legal de las administradoras de "poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de traslado", que en los traslados realizados por fuera de la vigencia de estas disposiciones no se les puede exigir que demuestren circunstancia sobre las cuales no había obligatoriedad, como argumento para responsabilizarlas sobre circunstancias que son única y exclusivamente responsabilidad del afiliado.

En cuanto a los vicios del consentimiento se refiere y siguiendo la lectura del artículo 1508 del Código Civil son el error, la fuerza y el dolo. La parte demandante NO especifica claramente en qué consistió la acción viciada.

Si se estaba refiriendo a error de derecho, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 1509 ídem no produce vicio del consentimiento.

Si se refirió al error de hecho, por virtud de lo señalado en el artículo 1510 del mismo estatuto civil, 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 por la parte demandante y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, ya que la parte demandante sí pretendió afiliarse al Fondo de Pensiones perteneciente al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

En efecto, en sentencia del 18 de mayo de 2010, el Juzgado 5 laboral del Circuito de Bogotá, al estudiar un caso similar al presente, señaló que:

"(...) Como se trata de comprobaciones subjetivas, es necesario entonces tener en cuenta las circunstancias específicas de cada parte, para deducir si las maniobras fueron suficientemente elaboradas de una parte y si tenían la capacidad suficiente de engañar a la otra parte. Adicionalmente, se requiere que las argucias o maniobras empujadas por la otra parte, sean contrarias al orden social, la buena fe, la moral y las buenas costumbres, y que sin la presencia de

dichas maniobras la parte afectada no hubiera contratado. Ahora bien, es preciso referir que los vicios del consentimiento, error, fuerza y dolo, no surgen en abstracto sino que deben provenir de hechos que de manera clara afecten el consentimiento de modo que, de no existir ellos, la declaración de voluntad no se habría emitido; siendo imperioso para los actores acreditar su causación y efectos, a fin de dar viabilidad a las pretensiones de la demanda (...) Es principio general del derecho, que la ignorancia de la ley no sirve de excusa (art.6 C.C.) luego el desconocimiento o ignorancia de los preceptos legales y la presunta falta de información por parte de las administradoras, no puede ser considerada como un engaño que amerite la declaración del dolo como vicio del consentimiento (...)" (Proceso de Myriam Garcés contra Porvenir S.A. fallo absolutorio del 18 de mayo de 2010).

Al respecto de la pretensión de nulidad deprecada, se pronunció la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, en sentencia de 20 de septiembre de 2017. Radicación n.º 48234, Magistrado Ponente; Doctor Fernando Castillo Cadena, en esta oportunidad el Alto Tribunal sustentó lo siguiente:

" (...) El caso sometido a debate constitucional fue definido por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el cual, mediante sentencia de 21 de marzo de 2017, revocó la decisión del juzgado que había accedido a las pretensiones de la demanda encaminadas a declarar la nulidad del traslado al RAIS con el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Para arribar a tal determinación, el colegiado fijó como problema jurídico «determinar si hay lugar a declarar la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual, y en consecuencia, la nulidad del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual».

Posteriormente, se remitió a las pruebas aportadas al proceso que consideró relevantes, al marco normativo y jurisprudencial que entendió aplicables, de las cuales estableció que «la demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme al formulario que se aprecia a folio 90 de expediente, el 8 de septiembre de 1999; que la actora era beneficiaria del régimen de transición por cuanto al 1 de abril de 1994, contaba con 37 años de edad; que cuando se trasladó a régimen de ahorro individual con solidaridad sometió su aspiración pensional a las disposiciones, requisitos y parámetros contenidos en la ley 100 de 1993 y para esa fecha tenía 42 años de edad. No estaba incurso en las causales de prohibición señaladas, de exclusión, señaladas en el artículo 61 de la ley 100 de 1993, por cuanto a la entrada en vigencia del sistema no tenía 55 años de edad, ni gozaba de una pensión por invalidez.

Derivó que el formulario de afiliación se suscribió por la demandante de manera «voluntaria», y que allí mismo se registró la información sobre el régimen de transición y del retractor, entre otros; que las administradoras informaron a través de los medios de comunicación escritos, la oportunidad de regresar al régimen de prima media y el plazo de gracia concedido por la ley para ese propósito; con relación a los vicios del consentimiento, con base en el interrogatorio de parte que absolvió la actora y la prueba testimonial, anotó que no se demostró que hubiera sido «presionada o engañada al momento de suscribir tal solicitud ni la de traslado, con lo que se pudiera concluir que su consentimiento estuvo viciado por un error de hecho, fuerza o dolo [...]», pues aceptó la realización de reuniones, de manera general e individual, con los asesores de los fondos de pensiones, en las que recibieron información sobre los aspectos mencionados.

Consideró relevante que la promotora se trasladó entre fondos de pensiones en el año 2001 y que en los formularios se dejó constancia «de que se le había entregado la información sobre las particularidades del régimen de transición el derecho al retractor, situaciones sobre las que no se hubiera dejado la constancia si no se hubieran recibido», con fundamento en lo cual concluyó que «la falta de asesoría se desvirtúa en el presente caso porque si bien no fue escrita si fue de manera verbal y esa connotación no le quita el carácter de asesoría».

Con base en las reglas de la experiencia y la sana crítica, señaló que «no resulta razonable que alguno de los contratantes preste su consentimiento a compromisos y obligaciones que le ocasionen alguna clase de perjuicios, lo que descarta que el demandante no hubiera recibido ninguna clase de información respecto del cambio del régimen pensional, pues como es bien sabido es deber de quien decide efectuar esta clase de actuaciones, definir las condiciones y términos de los mismos, las ventajas y desventajas que traerán sus determinaciones».

Añadió que «si en gracia de discusión se aceptara que la demandante incurrió en un error para la toma de su decisión, dicho error es de derecho porque de acuerdo a la definición doctrinal se refiere "a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto de negocio jurídico"; para el caso concreto el error en que incurrió la demandante por el supuesto mal asesoramiento, se relaciona con la naturaleza del régimen de ahorro individual que le otorgaba unos derechos diferentes a los que tenía si hubiese permanecido en el régimen de prima media», lo cual apoyó en el artículo 1509 del Código Civil.

Con respecto al argumento de la actora, en cuanto al perjuicio generado por el monto de la pensión en uno y otro régimen y la falta de información en tal sentido, expresó que este aspecto «se define

al momento de cumplir los requisitos de pensión y no al momento de la afiliación, en la medida en que dicho monto depende de varios factores:

En el régimen de prima media, del tiempo de cotizaciones, los salarios base de cotización y, en el régimen de ahorro individual, de los aportes a la cuenta de ahorro individual más bonos pensional etcétera, por lo que cualquier proyección que se realice al momento de la afiliación, es solo eso, una proyección que puede ser afectada por varias variables»; luego de lo cual concluyó:

En consecuencia, la sala no encuentra afectado el acto voluntario y libre del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual realizado por la demandante; primero, porque con el traslado no se incurrió en ninguna prohibición legal que lo impidiera; segundo, a la fecha del traslado el demandante no tenía derechos adquiridos entendidos como aquellos que se consolidan una vez se han cumplido todos los presupuestos normativos exigidos bajo el imperio de una ley; tercero, porque el error de derecho no es causal de nulidad de los actos que generan derechos y obligaciones; cuarto, por la voluntad de permanencia en el régimen de ahorro individual, que se reafirma con el gran número de semanas cotizadas con posterioridad a su afiliación.

Lo anterior permite colegir que la providencia que se pretende atacar por esta vía no es arbitraria o caprichosa, ni está desprovista de sustento jurídico; por el contrario, se apoyó en un razonable análisis de la situación fáctica y jurídica sometida al escrutinio del fallador accionado, que lo llevó a estimar, en el caso concreto, que no se demostraron maniobras engañosas o que la asesoría suministrada a la actora al momento de realizar el traslado de régimen, fuera insuficiente, aspectos que derivó del interrogatorio de parte a la demandante y el testimonio que se recibió en el juicio, conclusión que en manera alguna se puede controvertir a través de esta acción de tutela, so pena de transgredir los principios de autonomía e independencia judicial, previstos en los artículos 228 y 230 de la Constitución Política (...) ". (Negrillas y cursivas fuera del texto).

TERCERA. Si bien esta pretensión no está dirigida en contra de mí representada, lo cierto es que, quien debe pronunciarse de fondo es COLPENSIONES, al tratarse de una actuación ajena e imponible a la AFP que represento, pese a lo anterior, manifiesto que mi representada AFP COLFONDOS S.A, **SE OPONE**, a que se declare lo solicitado por la demandante, ya que no existen presupuestos de hecho ni de derecho para despachar favorablemente esta pretensión.

CUARTA: Si bien esta pretensión no está dirigida en contra de mí representada, lo cierto es que, quien debe pronunciarse de fondo es COLPENSIONES, al tratarse de una actuación ajena e imponible a la AFP que represento, pese a lo anterior, manifiesto que mi representada AFP COLFONDOS S.A, **SE OPONE**, a que se declare lo solicitado por la demandante, ya que no existen presupuestos de hecho ni de derecho para despachar favorablemente esta pretensión.

QUINTA: ME OPONGO, a la condena ultra y extra petita, porque de los hechos de la demanda no existen derechos que puedan reconocerse con las facultades ultra y extra petita del Juez Laboral. Además, ha de tenerse en cuenta que la actora desde el momento de la demanda debió haber formulado las pretensiones que pretenda hacer valer de forma clara y precisa, máxime que actúa bajo apoderado judicial.

SEXTA: ME OPONGO, las costas dependen de la prosperidad de las pretensiones incoadas contra mi defendida y como no existe fundamento para que estas prosperen, me opongo al pago de las mismas y antes bien, se solicita la condena en costas a cargo de la parte actora, como quiera que el proceder de mi representada ha sido probo y conforme a la Ley. COLFONDOS S.A. siempre ha actuado con la buena fe que se presume de toda personal natural y jurídica por mandato constitucional, en la relación de afiliación que lo vínculo con la hoy demandante, aún más cuando se debe verificar la calidad en la que actúa mi defendida.

HECHOS, FUNDAMENTOS Y RAZONES DE DERECHO DE DEFENSA.

A partir del pronunciamiento expreso y concreto sobre las pretensiones y cada uno de los hechos de la demanda, el cual por parte de esta defensa se orienta a probar que al demandante no le asisten presupuestos de hecho ni de derecho para que este honorable despacho acceda a lo pretendido, me permito expresar señor Juez, que sustento la presente contestación de demanda en los siguientes hechos, fundamentos y razones de derecho:

La parte actora suscribió de manera libre, consciente y voluntaria, sin ningún vicio de consentimiento, solicitud de vinculación y/o traslado al fondo de cesantías y pensiones obligatorias administrado por **COLFONDOS S.A.**, en el año 2000.

La asesoría realizada por mi defendida, informó a la demandante al momento de la afiliación que el valor real de la pensión sería determinado una vez se cumplieran los requisitos para

acceder a la pensión, igualmente, la asesoría ofrecida a la demandante contempló la posibilidad de optar por una pensión a la edad que escogiera, siempre y cuando contara con el capital suficiente que le permitiera financiar una pensión superior al 110% de una salario mínimo legal mensual vigente, tal como lo establece el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 y en el evento de no cumplir con el capital requerido podría acceder a la figura de Garantía de Pensión Mínima de Vejez, siempre y cuando cumpliera con los requisitos de edad y semanas exigidos en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993. Así mismo, dicha asesoría contempló la posibilidad de acceder a unos excedentes de libre disponibilidad, el factor de la herencia, la posibilidad de realizar aportes voluntarios, entre otras ventajas.

Aún más la parte demandante, es una persona mentalmente estructurada que podía sopesar las ventajas y desventajas que tenía estando en determinados regímenes, conforme fue explicado por los asesores de mi defendida, es decir, las condiciones que cambiarían al trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

No obstante, es pertinente traer a colación la sentencia SL1452-2019, que determina un conjunto de subreglas para definir las tres etapas normativas que rigen el deber de información y asesoría de los fondos privados, a saber:

"(...) el deber de información consagra cada vez más un mayor nivel de exigencia, es así como identificó tres etapas, conforme a las normas que han regulado el tema, las cuales clasifica en tres periodos a saber: i) desde 1993 hasta 2009; ii) desde 2009 hasta 2014 y, iii) de 2014 en adelante. (...)". De acuerdo con ello, expone el avance y desarrollo de la obligación relativa al deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones de suministrar información necesaria y transparente, de asesoría, buen consejo y doble asesoría. (...)" (Negrilla fuera de texto)

En este sentido, una vez identificada la etapa de asesoría, según la fecha de afiliación del accionante, se determinan operativamente cuales serían las pruebas que deben allegarse para acreditar una adecuada asesoría del fondo, siendo improcedente que se requiera a Colfondos acreditar entrega de información mediante comparativos o parangones entre regímenes que jamás fueron objeto de regulación por parte de la ley o de la superintendencia financiera al inicio de la actividad de afiliación al fondo.

Es así como, al hacer un recuento de los textos de la normatividad relacionada con la obligación de asesoría y transparencia, todos ellos establecen dicha obligación de forma general y abstracta, sin que se enlistara claramente, desde la emisión de la Ley 100 de 1993 los ítems, temas y comparativos que debía comprender la obligación de asesoría por parte de la AFP para entenderse transparente, clara y completa.

Por lo tanto, no puede endilgarse al fondo una responsabilidad que solo nace por medio del avance jurisprudencial, y que fue omitida por el legislador desde la creación de la Ley 100.

En consecuencia, quien determinó que entiende por asesoría fue a medida del tiempo la rama judicial, tal y como se puede evidenciar en el siguiente análisis histórico normativo:

Decreto 663 de 1993 artículo 97 información: "Las entidades vigiladas deben 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. (...)"

De conformidad con el mandato de la Superintendencia Financiera sobre el deber de información que tiene una administradora, debe advertirse que la existencia del deber de asesoría, es solo hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, es claro que el deber legal de las administradoras de "poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de traslado", que en los traslados realizados por fuera de la vigencia de estas disposiciones no se les puede exigir que demuestren circunstancia sobre las cuales no había obligatoriedad, como argumento para responsabilizarlas sobre circunstancias que son única y exclusivamente responsabilidad del afiliado.

Así mismo, la ley 100 de 1993 en sus artículos 5 y 13 establece lo siguiente:

• **Ley 100 de 1993.**

Art. 13: Características del Sistema General de Pensiones. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características: (...) b) La selección de cualquiera de los regímenes previstos por el

artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente Ley.

Artículo 5. Régimen de ahorro individual con solidaridad.

En el régimen de ahorro individual con solidaridad, los afiliados tienen una cuenta individualizada, en la cual se abona el valor de sus cotizaciones y las de su empleador, las cotizaciones voluntarias, los bonos pensionales y los subsidios del Estado si hubiere lugar a ellos, más todos los rendimientos financieros que genere la cuenta individual.

El monto de la pensión es variable y depende entre otros factores, del monto acumulado en la cuenta, de la edad a la cual decida retirarse el afiliado, de la modalidad de la pensión, así como de las semanas cotizadas y la rentabilidad de los ahorros acumulados.

Podrán seleccionar este régimen todos los trabajadores actuales del sector privado y los servidores públicos, que tengan vinculación contractual, legal o reglamentaria, los trabajadores independientes, las personas que se vinculen laboralmente con posterioridad a la vigencia del sistema general de pensiones previsto en la ley 100 de 1993, y en general cualquier persona natural que no haya sido expresamente excluida de este régimen.

Quienes al 1° de abril de 1994 tengan cincuenta y cinco (55) años o más de edad si son hombres o cincuenta (50) años o más de edad si son mujeres, podrán seleccionar el régimen de ahorro individual con solidaridad, en cuyo caso deberán cotizar por lo menos quinientas (500) semanas en el nuevo régimen. En este evento será obligatorio para el empleador efectuar los aportes correspondientes.

Están excluidos de este régimen quienes se encuentren pensionados por invalidez por el ISS o por cualquier fondo, caja o entidad de previsión del sector público.

Las personas que cumplan los requisitos para seleccionar el régimen de ahorro individual con solidaridad no podrán ser rechazadas por las administradoras del mismo.

Artículo 13. Permanencia de la afiliación. La afiliación al sistema general de pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado.

Dicha afiliación no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones.

• **Decreto 3995 de 2008**

Artículo 2°. Afiliación válida en situaciones de múltiple vinculación. Está prohibida la múltiple vinculación. El afiliado sólo podrá trasladarse en los términos que establece la Ley 797 de 2003. Cuando el afiliado cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos en la ley, esta última vinculación no será válida y el afiliado incurrirá en múltiple vinculación. La vinculación válida será la correspondiente al último traslado que haya sido efectuado con el cumplimiento de los términos legales antes de incurrir en un estado de múltiple vinculación.

Para definir a qué régimen pensional esta válidamente vinculada una persona que se encuentra en estado de múltiple vinculación al 31 de diciembre de 2007, se aplicarán, por una única vez, las siguientes reglas:

Cuando el afiliado en situación de múltiple vinculación haya efectuado cotizaciones efectivas, entre el 1° de julio y el 31 de diciembre de 2007, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido el mayor número de cotizaciones; en caso de no haber realizado cotizaciones en dicho término, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido la última cotización efectiva. Para estos efectos, no serán admisibles los pagos de cotizaciones efectuados con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de este decreto.

Cuando el afiliado no haya efectuado ninguna cotización o haya realizado el mismo número de cotizaciones en ambos regímenes entre el 1° de julio y el 31 de diciembre de 2007, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales antes de la situación de múltiple vinculación.

Las reglas previstas en este artículo también aplicarán a aquellos afiliados que se encuentran registrados en las bases de datos de los dos regímenes por no haberse perfeccionado el traslado de régimen.

Artículo 12. Traslado de personas con menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a pensión. Las personas vinculadas al RAIS a las que les falten menos de 10 años para cumplir la edad para la pensión de vejez del Régimen de Prima Medía, podrán trasladarse a este únicamente si teniendo en cuenta lo establecido por las Sentencias C-789 de 2002 y la C-1024 de 2004, recuperan

el régimen de transición. La AFP a la cual se encuentre vinculado el afiliado que presente la solicitud de traslado, deberá remitir toda la información necesaria para que el ISS realice el cálculo respectivo conforme a lo señalado en el artículo 7° del presente decreto. Una vez recibida la información contará con 20 días hábiles para manifestar si es viable el traslado.

1-. Sobre el deber de asesoría de conformidad con el mandato de la Superintendencia Financiera

Inicialmente es necesario traer a colación la sentencia SL1452-2019, que determina un conjunto de subreglas para definir las tres etapas normativas que rigen el deber de información y asesoría de los fondos privados, a saber:

*"(...) **el deber de información** consagra cada vez más un mayor nivel de exigencia, es así como identificó **tres etapas**, conforme a las normas que han regulado el tema, las cuales clasifica en tres periodos a saber: i) **desde 1993 hasta 2009**; ii) desde de 2009 hasta 2014 y, iii) de 2014 en adelante. (...)". De acuerdo con ello, expone el avance y desarrollo de la obligación relativa al deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones de suministrar información necesaria y transparente, de asesoría, buen consejo y doble asesoría.(....)" (Negrilla fuera de texto)*

En este sentido, una vez identificada la etapa de asesoría, según la fecha de afiliación del accionante, se determinan operativamente cuales serían las pruebas que deben allegarse para acreditar una adecuada asesoría del fondo, siendo improcedente que se requiera a Colfondos acreditar entrega de información mediante comparativos o parangones entre regímenes que jamás fueron objeto de regulación por parte de la ley o de la superintendencia financiera al inicio de la actividad de afiliación al fondo.

Es así como, al hacer un recuento de los textos de la normatividad relacionada con la obligación de asesoría y transparencia, todos ellos establecen dicha obligación de forma general y abstracta, sin que se enlistara claramente, desde la emisión de la Ley 100 de 1993 los ítems, temas y comparativos que debía comprender la obligación de asesoría por parte de la AFP para entenderse transparente, clara y completa.

Por lo tanto, no puede endilgarse al fondo una responsabilidad que solo nace por medio del avance jurisprudencial, y que fue omitida por el legislador desde la creación de la Ley 100.

En consecuencia, quien determinó que entiende por asesoría fue a medida del tiempo la rama judicial, tal y como se puede evidenciar en el siguiente análisis histórico normativo:

Decreto 663 de 1993 artículo 97 información: "Las entidades vigiladas deben 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. (...)"

De conformidad con el mandato de la Superintendencia Financiera sobre el deber de información que tiene una administradora, debe advertirse que la existencia del deber de asesoría, es solo hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, es claro que el deber legal de las administradoras de "poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de traslado", que en los traslados realizados por fuera de la vigencia de estas disposiciones no se les puede exigir que demuestren circunstancia sobre las cuales no había obligatoriedad, como argumento para responsabilizarlas sobre circunstancias que son única y exclusivamente responsabilidad del afiliado.

2-. El deber de doble asesoría para afiliados a partir del 2014

El deber de asesoría no sólo se observa en relación con la afiliación de la persona, sino también al momento que desea trasladarse de régimen, pues es importante que la AFP ilustre al afiliado en las implicaciones que conlleva el traslado al RPM. De este deber surge la expedición de la Ley 1748 de 2014, que en el párrafo primero de su artículo 2 señala:

"(...) Adicionar un inciso 2o al artículo 9o de la Ley 1328 de 2009, que regula el contenido mínimo de la información al consumidor financiero, cuyo texto es el siguiente:

En desarrollo de lo anterior, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deberán garantizar que los clientes que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre

regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia. (...)”.

Se resalta que esta doble asesoría es condición previa al traslado, por lo que la falta de esta acarrea la nulidad mismo, así lo ha puesto de presente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia con radicado No 33083.

Ahora bien, dicha invalidez sólo se podrá observar cuando se incumpla el deber de doble asesoría en virtud de lo expuesto anteriormente, por lo tanto, al allegarse por Colfondos las pruebas de la misma, es claro que el demandante toma una decisión informada, y en señal de ello suscribe el Formulario de Vinculación o Traslado, manifestando pleno conocimiento y consentimiento en el proceso de la vinculación, ya que con su firma deja constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones; de manera que no puede ahora aducir válidamente falta de asesoría o información brindada en su momento por parte del asesor de la AFP.

Con la expedición de la Ley 797 de 2003, su artículo 2, modificatorio del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, se estableció que después de un año de la vigencia de la ley, el afiliado no podría trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Dicho año posterior a la vigencia de la ley, se le conoce como año de gracia, y permite a las personas que faltándoles 10 años o menos para cumplir la edad para pensionarse, trasladarse por una única vez de régimen.

Con el fin de garantizar el derecho al año de gracia, las AFP previo mandato de la Superfinanciera, notificaron personalmente a cada afiliado de la posibilidad que tenían de trasladarse cumpliendo el deber de asesoría. Como dichos afiliados fueron informados, no podrán aducir que las condiciones en el RPM hubieran sido mejores, buscando invalidar la afiliación en el RAIS, pues ya tuvieron la posibilidad de trasladarse nuevamente, tras haber sido informados en virtud del deber de asesoría que tienen las AFP.

La sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado al RAIS, sin embargo, en razón a que la AFP ha cumplido con su deber de asesoría junto con la administradora del RPM, la persona contaba con la capacidad de sopesar los argumentos sobre los beneficios de traslado de régimen que le brindó el asesor a fin de determinar si realmente le convenía o no la toma el RAIS sin que hubiese existido omisión alguna de Colfondos, pretendiendo lograr con esta demanda un traslado extemporáneo, disfrazado de nulidad.

3-. Afiliación libre y espontánea de la parte demandante

Los afiliados al Sistema de Seguridad Social Integral, según nuestro ordenamiento jurídico, gozan del derecho de “libre escogencia”, pues de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de regímenes previstos por la Ley, es decir el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM o el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, es libre y voluntaria por parte de toda persona, quien debe manifestar por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. Hecho que se realiza con el diligenciamiento del formulario de afiliación al fondo de su Selección.

En relación con la libertad de escogencia que tienen los afiliados, la Corte Constitucional en la Sentencia C-789 de 2002, señaló lo siguiente:

“(...) En el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 al cual pertenecen los incisos demandados, se configura un régimen de transición en pensiones, que hace parte de las instituciones pertenecientes a la prestación social denominada pensión de vejez.

A su vez el Sistema General de Pensiones contempla dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten, a saber: el régimen solidario de prima media con prestación definida o tradicional del ISS y el régimen de ahorro individual con solidaridad. Es importante resaltar que tanto los trabajadores del sector público como lo del sector privado puede elegir libremente entre cualquiera de estos dos regímenes que estimen más conveniente” (...) (Negrita fuera del original).

Este derecho que es a la vez un principio rector de la Seguridad Social se refiere no solo al régimen pensional: RPM o RAIS, si no a las entidades o Fondos Administradores, en uno u otro sistema. En tal virtud, cuando una persona elige de manera libre y voluntaria la AFP a la cual desea pertenecer, decisión en la cual va implícita la elección de régimen, debe efectuar el diligenciamiento del formulario de afiliación correspondiente, para lo cual utiliza documentos proforma aprobados por la Superintendencia Financiera - Superfinanciera a través de las

Circulares 034 y 037 de 1994, cuyo contenido cumple con los requisitos establecidos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Sobre este punto de la voluntad de elección y la toma de decisión libre y voluntaria por parte de cada persona ha querido hacer especial énfasis la Superfinanciera, razón por la cual, en la proforma aprobada por dicha entidad existe una casilla especial que contiene la declaración expresa de que la persona obra con la cognición de haber ejecutado una elección libre y voluntaria.

En efecto, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 dispone: "El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

- a. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1 del artículo 271 de la presente ley.

Este artículo establece lo siguiente: "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 de 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

Hay que resaltar que en la medida en que la selección de régimen y administradora es un acto que concierne exclusivamente a la voluntad libre y espontánea del trabajador, se consagró como requisito que dentro del respectivo formulario se dejara una manifestación expresa sobre tales condiciones, la cual se respalda con la firma del trabajador mismo.

De igual forma se considera importante señalar que una vez suscrita la solicitud de vinculación a las AFP, el afiliado acepta y se compromete a todas las normas, condiciones y requisitos del RAIS, tal como lo consagra el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, de acuerdo con el cual:

"ARTICULO 11. DILIGENCIAMIENTO DE LA SELECCIÓN Y VINCULACION. La selección de 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. (...)"

Ahora bien, la ley en aras de proteger al cotizante del régimen de seguridad social en pensiones ha establecido un periodo de cinco (5) días hábiles desde la fecha en la cual manifestó la correspondiente selección, para que éste pueda retractarse de su decisión de escogencia del régimen (derecho de retracto), como así lo establece el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994, derecho que en su oportunidad la demandante no ejerció.

Teniendo en cuenta lo anterior, mi representada informó de manera adecuada y completa al demandante, con anterioridad a su vinculación a COLFONDOS S.A., acerca de las condiciones bajo las cuales opera el RAIS.

4-. Derecho de retracto

Adicionalmente, la parte demandante no hizo uso del derecho de retractarse de la afiliación al Fondo de Pensiones administrado por mí representada, de conformidad con lo establecido en el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994, manifestando por escrito su decisión, en ese sentido, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de su vinculación e incluso no hizo uso de su derecho de trasladarse de régimen pensional, de manera que decidió permanecer en él.

De lo anterior se puede observar que la Ley otorga un tiempo prudencial para que afiliado se retracte de su decisión en aras de respetar su derecho a la libertad de escogencia de régimen o de administradora en ambos regímenes, con el fin de que después no pueda alegar la nulidad o invalidez de la afiliación afectando la estabilidad del sistema. No puede entonces alegar el demandante la nulidad de la afiliación, teniendo en cuenta de que tuvo el derecho de retracto cinco días después de la afiliación, derecho que no ejerció.

5-. Sobre la nulidad de la afiliación y/o vicio del consentimiento

Ahora bien, en cuanto a los vicios del consentimiento se refiere y siguiendo la lectura del artículo 1508 del Código Civil son el error, la fuerza y el dolo. La parte demandante NO especifica claramente en qué consistió la acción viciada.

Si se estaba refiriendo a error de derecho, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 1509 ídem no produce vicio del consentimiento.

Si se refirió al error de hecho, por virtud de lo señalado en el artículo 1510 del mismo estatuto civil, 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 por la parte demandante y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, ya que la parte demandante sí pretendió afiliarse al Fondo de Pensiones perteneciente al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

En efecto, en sentencia del 18 de mayo de 2010, el Juzgado 5 laboral del Circuito de Bogotá, al estudiar un caso similar al presente, señaló que:

"(...) Como se trata de comprobaciones subjetivas, es necesario entonces tener en cuenta las circunstancias específicas de cada parte, para deducir si las maniobras fueron suficientemente elaboradas de una parte y si tenían la capacidad suficiente de engañar a la otra parte. Adicionalmente, se requiere que las argucias o maniobras empujadas por la otra parte, sean contrarias al orden social, la buena fe, la moral y las buenas costumbres, y que sin la presencia de dichas maniobras la parte afectada no hubiera contratado. Ahora bien, es preciso referir que los vicios del consentimiento, error, fuerza y dolo, no surgen en abstracto sino que deben provenir de hechos que de manera clara afecten el consentimiento de modo que, de no existir ellos, la declaración de voluntad no se habría emitido; siendo imperioso para los actores acreditar su causación y efectos, a fin de dar viabilidad a las pretensiones de la demanda (...) Es principio general del derecho, que la ignorancia de la ley no sirve de excusa (art.6 C.C.) luego el desconocimiento o ignorancia de los preceptos legales y la presunta falta de información por parte de las administradoras, no puede ser considerada como un engaño que amerite la declaración del dolo como vicio del consentimiento (...)"
(Proceso de Myriam Garcés contra Porvenir S.A. fallo absolutorio del 18 de mayo de 2010).

Al respecto de la pretensión de nulidad deprecada, se pronunció la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, en sentencia de 20 de septiembre de 2017. Radicación n.º 48234, Magistrado Ponente; Doctor Fernando Castillo Cadena, en esta oportunidad el Alto Tribunal sustentó lo siguiente:

" (...) El caso sometido a debate constitucional fue definido por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el cual, mediante sentencia de 21 de marzo de 2017, revocó la decisión del juzgado que había accedido a las pretensiones de la demanda encaminadas a declarar la nulidad del traslado al RAIS con el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Para arribar a tal determinación, el colegiado fijó como problema jurídico «determinar si hay lugar a declarar la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual, y en consecuencia, la nulidad del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual».

Posteriormente, se remitió a las pruebas aportadas al proceso que consideró relevantes, al marco normativo y jurisprudencial que entendió aplicables, de las cuales estableció que «la demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme al formulario que se aprecia a folio 90 de expediente, el 8 de septiembre de 1999; que la actora era beneficiaria del régimen de transición por cuanto al 1 de abril de 1994, contaba con 37 años de edad; que cuando se trasladó a régimen de ahorro individual con solidaridad sometió su aspiración pensional a las disposiciones, requisitos y parámetros contenidos en la ley 100 de 1993 y para esa fecha tenía 42 años de edad. No estaba incurso en las causales de prohibición señaladas, de exclusión, señaladas en el artículo 61 de la ley 100 de 1993, por cuanto a la entrada en vigencia del sistema no tenía 55 años de edad, ni gozaba de una pensión por invalidez.

Derivó que el formulario de afiliación se suscribió por la demandante de manera «voluntaria», y que allí mismo se registró la información sobre el régimen de transición y del retractor, entre otros; que las administradoras informaron a través de los medios de comunicación escritos, la oportunidad de regresar al régimen de prima media y el plazo de gracia concedido por la ley para ese propósito; con relación a los vicios del consentimiento, con base en el interrogatorio de parte que absolvió la actora y la prueba testimonial, anotó que no se demostró que hubiera sido «presionada o engañada al momento de suscribir tal solicitud ni la de traslado, con lo que se pudiera concluir que su consentimiento estuvo viciado por un error de hecho, fuerza o dolo [...]», pues aceptó la realización

de reuniones, de manera general e individual, con los asesores de los fondos de pensiones, en las que recibieron información sobre los aspectos mencionados.

Consideró relevante que la promotora se trasladó entre fondos de pensiones en el año 2001 y que en los formularios se dejó constancia «de que se le había entregado la información sobre las particularidades del régimen de transición el derecho al retractor, situaciones sobre las que no se hubiera dejado la constancia si no se hubieran recibido», con fundamento en lo cual concluyó que «la falta de asesoría se desvirtúa en el presente caso porque si bien no fue escrita si fue de manera verbal y esa connotación no le quita el carácter de asesoría».

Con base en las reglas de la experiencia y la sana crítica, señaló que **«no resulta razonable que alguno de los contratantes preste su consentimiento a compromisos y obligaciones que le ocasionen alguna clase de perjuicios, lo que descarta que el demandante no hubiera recibido ninguna clase de información respecto del cambio del régimen pensional, pues como es bien sabido es deber de quien decide efectuar esta clase de actuaciones, definir las condiciones y términos de los mismos, las ventajas y desventajas que traerán sus determinaciones»**.

Añadió que «si en gracia de discusión se aceptara que la demandante incurrió en un error para la toma de su decisión, dicho error es de derecho porque de acuerdo a la definición doctrinal se refiere "a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto de negocio jurídico"; para el caso concreto el error en que incurrió la demandante por el supuesto mal asesoramiento, se relaciona con la naturaleza del régimen de ahorro individual que le otorgaba unos derechos diferentes a los que tenía si hubiese permanecido en el régimen de prima media», lo cual apoyó en el artículo 1509 del Código Civil.

Con respecto al argumento de la actora, en cuanto al perjuicio generado por el monto de la pensión en uno y otro régimen y la falta de información en tal sentido, expresó que este aspecto «se define al momento de cumplir los requisitos de pensión y no al momento de la afiliación, en la medida en que dicho monto depende de varios factores:

En el régimen de prima media, del tiempo de cotizaciones, los salarios base de cotización y, en el régimen de ahorro individual, de los aportes a la cuenta de ahorro individual más bonos pensional etcétera, por lo que cualquier proyección que se realice al momento de la afiliación, es solo eso, una proyección que puede ser afectada por varias variables»; luego de lo cual concluyó:

En consecuencia, la sala no encuentra afectado el acto voluntario y libre del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual realizado por la demandante; primero, porque con el traslado no se incurrió en ninguna prohibición legal que lo impidiera; segundo, a la fecha del traslado el demandante no tenía derechos adquiridos entendidos como aquellos que se consolidan una vez se han cumplido todos los presupuestos normativos exigidos bajo el imperio de una ley; tercero, porque el error de derecho no es causal de nulidad de los actos que generan derechos y obligaciones; cuarto, por la voluntad de permanencia en el régimen de ahorro individual, que se reafirma con el gran número de semanas cotizadas con posterioridad a su afiliación.

Lo anterior permite colegir que la providencia que se pretende atacar por esta vía no es arbitraria o caprichosa, ni está desprovista de sustento jurídico; por el contrario, se apoyó en un razonable análisis de la situación fáctica y jurídica sometida al escrutinio del fallador accionado, que lo llevó a estimar, en el caso concreto, que no se demostraron maniobras engañosas o que la asesoría suministrada a la actora al momento de realizar el traslado de régimen, fuera insuficiente, aspectos que derivó del interrogatorio de parte a la demandante y el testimonio que se recibió en el juicio, conclusión que en manera alguna se puede controvertir a través de esta acción de tutela, so pena de transgredir los principios de autonomía e independencia judicial, previstos en los artículos 228 y 230 de la Constitución Política (...) ". (Negrillas y cursivas fuera del texto).

6-. La parte demandante no es beneficiaria del Régimen de Transición

La demandante no es beneficiaria del régimen de transición. El demandante no era beneficiario del régimen de transición, por razón de la edad, por lo que la afiliada tampoco sería beneficiario del régimen de transición, tal y como lo advierte el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, así: "Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida".

Lo anterior, tiene su explicación lógica, y es precisamente el no poder aplicar una normatividad anterior a la Ley 100 de 1993 a los fondos privados que administran el régimen de ahorro individual con solidaridad.

De igual manera, la demandante no tiene derecho a pensionarse bajo el régimen de transición porque no contaba con 15 o más años de servicios al 1º de abril de 1994 o 750 semanas cotizadas, ya que no cumple las condiciones señaladas en el artículo 3º del Decreto 3800 de

2003 y el artículo 12 del Decreto 3995 de 2008, así como el Acto Legislativo 01 de 2005, y como se dijo, según los lineamientos trazados por las sentencias C – 789 de 2002 y C – 1024 de 2004, en conclusión, en el presente caso, no puede ordenarse el traslado automático al régimen de prima media con prestación definida, trayendo a colación el precedente jurisprudencial de la sentencia de unificación SU 062 de 2010, de la H. Corte Constitucional. Importantísimas razones para señalar que no es procedente su traslado automático o en cualquier tiempo al RPM, teniendo en cuenta precedentes jurisprudenciales de las sentencias C – 789 de 2002, SU 130 de 2013, SU 062 de 2010 y C – 1024 de 2004.

En cuanto a la conservación del Régimen de Transición la Corte Constitucional en Sentencia SU 062-10 explicó "El tema de la posibilidad de traslado entre regímenes pensionales presenta particularidades importantes en el caso de las personas beneficiarias del régimen de transición pues, según el artículo 36 (incisos 4 y 5) de la ley 100 de 1993, la protección que otorga éste último se *extingue* cuando se escoge, inicialmente o por traslado, el régimen de ahorro individual, lo cual quiere decir que no se recupera por el ulterior cambio que se haga al régimen de prima media. Dice la disposición mencionada:

"(...) Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida (...)".

En otras palabras, los beneficiarios del régimen de transición tienen libertad para escoger el régimen pensional al que se desean afiliar y también poseen la facultad de trasladarse entre ellos, pero la escogencia del régimen de ahorro individual o el traslado que hagan al mismo trae para ellos una consecuencia: la pérdida de la protección del régimen de transición. En ese sentido, estas personas, para pensionarse, deberán cumplir necesariamente con los requisitos de la ley 100 de 1993 según el régimen pensional que elijan y no podrán hacerlo de acuerdo con las normas anteriores, aunque les resulten más favorables.

Es evidente que, en el caso de las personas amparadas por el régimen de transición, el efecto del traslado tiene importantes repercusiones en el goce del derecho a la pensión de vejez y, por tanto, en el derecho fundamental a la seguridad social, ya que hace más exigentes las condiciones para acceder a la prestación referida. El traslado deja de ser entonces una simple cuestión legal y adquiere una relevancia constitucional innegable por estar en juego un derecho fundamental.

Corolario a lo anterior, de igual, NO es posible su regreso al RPM por expresa prohibición del literal e) del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, porque la demandante tiene en la actualidad 57 años, al respecto la norma ordena: " e) Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. 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 de conformidad con el asunto que nos ocupa es importante resaltar lo manifestado por la Corte constitucional en Sentencia C-789/02, donde señaló:

"(...) para la Corte es claro que el sistema de seguridad social en pensiones no tiene por finalidad preservar el equilibrio cuota-prestación, sino la debida atención de las contingencias a las que están expuestas los afiliados y beneficiarios, además porque el régimen de prestaciones de la seguridad social en pensiones no es un régimen contractual como el de los seguros privados sino, todo lo contrario, se trata de un régimen legal que de alguna manera se asienta en el principio contributivo en el que los empleadores y el mismo Estado participan junto a los trabajadores con los aportes que resultan determinantes de la cuantía de la pensión (...)".

7-. Inexistencia de engaño y de expectativa legítima

De conformidad con el asunto que nos ocupa es importante resaltar lo manifestado por la Corte constitucional en Sentencia C-789/02, donde señaló:

De ahí que los afiliados a la seguridad social no ostenten 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.” (Resaltado y subrayado fuera de texto).

Ahora bien, sobre las expectativas legítimas la Honorable Corte Constitucional en Sentencia 789 de 2002 indica que:

“(…) Se podría hablar de una frustración de la expectativa a pensionarse en determinadas condiciones y de un desconocimiento del trabajo de quienes se trasladaron al sistema de ahorro individual, si la condición no se hubiera impuesto en la Ley 100 de 1993, sino en un tránsito legislativo posterior, y tales personas se hubieran trasladado antes del tránsito legislativo. En tal situación, la nueva ley sí hubiera transformado –de manera heterónoma- la expectativa legítima de quienes estaban incluidos dentro del régimen de transición. Sin embargo, este no es el caso, y por lo tanto, lo que la Corte observa es que este grupo de personas, al renunciar al sistema de prima media con prestación definida simplemente no cumplieron los requisitos necesarios para acceder al régimen de transición (…)”.

Como podemos observar, la jurisprudencia es clara sobre la posibilidad de traslado entre regímenes pensionales y la necesidad de la frustración de una expectativa legítima, la cual no se observa en el caso que nos ocupa, pues como lo venimos manifestando, la parte actora se vinculó al RAIS, el cual está expuesto en la Ley 100 de 1993, y no en un tránsito legislativo posterior, por lo que nunca se frustró la expectativa pensional del afiliado, pues simplemente decidió vincularse al RAIS.

8-. Prescripción de la acción para solicitar la declaratoria de nulidad por el supuesto vicio del consentimiento por error

Por último, un asunto de vital importancia es el que se refiere a la prescripción de la acción, si tenemos en cuenta que la nulidad de los actos debe demandarse dentro de un término expresamente señalado por la ley, que, en el presente caso, no fue tenido en cuenta por la hoy demandante. Así, en gracia de discusión si se llegara a la absurda conclusión de que la vinculación de la parte actora al régimen de ahorro individual con solidaridad se encuentra viciada de nulidad relativa por los vicios del consentimiento (dolo), es imperioso anotar al despacho que cualquier declaración de nulidad de dicho acto jurídico estaría actualmente prescrita conforme lo dispone el Artículo 1750 del Código de Civil, que reza en lo pertinente: *“El plazo para pedir la rescisión durará cuatro años. Este cuatrienio se contará, en el caso de violencia, desde el día en que ésta hubiera cesado; en el caso de error o de dolo, desde el día de la celebración del acto o contrato.”* En efecto, la posibilidad de declarar la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se encuentra sencillamente prescrita: así se desprende de la circunstancia de que se ha superado con creces o bien el plazo de tres años previsto en el artículo 151 del CPTSS; o bien el de cuatro años previsto en el artículo 1750 del Código Civil en el caso de las nulidades relativas de los actos jurídicos – circunstancia a la que sin ninguna duda se asimilaría el consentimiento viciado - cuya aplicabilidad al menos en los asuntos laborales ha sido admitida por la jurisprudencia nacional:

“(…) La nulidad absoluta se reduce a las causales contenidas en el artículo 1741 ibídem, esto es, el objeto ilícito, la causa ilícita, la omisión de ciertos actos o actos o contratos en consideración de la naturaleza de ellos y la incapacidad absoluta, mientras que en relación con la nulidad relativa esa misma disposición dispuso en su inciso final cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa y da derecho a la rescisión del acto o contrato”, lo que se predica como derivados de una incapacidad relativa o incapacidades particulares como por ejemplo, las que impone la ley a ciertas personas para ejecutar algunos actos, los emanados del consentimiento, valga decir, el error, el dolo y la fuerza, la lesión enorme en ciertos casos, etc.

Es del caso agregar, que de haber existido un vicio que diera lugar a la única nulidad posible para el caso particular, esto es, la relativa, estaría vencido el plazo de cuatro años para pedir la rescisión o nulidad de contrato previsto en el artículo 1750 ibídem... (…)” (CSJ, Sala de Casación Laboral, sentencia de julio 14 de 2004, radicación 22.125, ponente Luis Javier Osorio López).

Ahora bien, y si con posterioridad al traslado de régimen pensional las previsiones que tuvo en mente a decidir el traslado de régimen no se hubieren podido cumplir tal y como la demandante hubiera querido, esto es algo imprevisible, tanto para la parte afiliada como para la persona que asesoró en el diligenciamiento del formulario correspondiente, luego el no cumplimiento de las expectativas económicas no es motivo para afirmar que fue engañado o mal informado.

9-. Inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe. Art. 20 y 108 ley 100 de 1993

De conformidad con el artículo 20 de la ley 100 de 1993, tanto en el Régimen de Prima Media como en el de Ahorro Individual el 3% del IBC de los afiliados al Sistema General de Pensiones, se destina a pagar la comisión de administración y el SEGURO PREVISIONAL, éste último se le paga mes a mes a una aseguradora para que en caso de que ocurra un siniestro por invalidez o sobrevivencia, dicha entidad pague la suma adicional necesaria para financiar la pensión de invalidez o sobrevivencia. A su turno, en el artículo 108 de la precitada ley se señalan las reglas y condiciones generales bajo las cuales deben operar "los seguros que contraten las administradoras para efectuar los aportes adicionales necesarios para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes (...)".

Así mismo, el Gobierno Nacional a través de los Decretos 876 y 1161 ambos de 1994, fijó las reglas particulares aplicables al seguro de invalidez y sobrevivencia, respecto de las cuales la Superintendencia Financiera impartió instrucciones a través del Capítulo II numeral 3.2 de la Circular Externa Básica Jurídica 007 de 1996. Del contexto de las normas enunciadas se infiere que la prestación a cargo de las aseguradoras en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad constituye un componente de las pensiones de invalidez y sobrevivencia, en la medida en que se concreta al pago de la suma adicional requerida para completar el capital que financie el monto de pensión por estos conceptos, y para que la aseguradora pague dicha suma adicional, mes a mes la Administradora de Fondos de Pensiones le paga un SEGURO PREVISIONAL proveniente del Ingreso Base de Cotización de los afiliados al Sistema General de pensiones.

Así las cosas, en el hipotético evento que se declare la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual y se condene a mi representada a devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual a Colpensiones, únicamente será procedente la devolución de los aportes de la cuenta de ahorro individual más los rendimientos financieros generados con la buena gestión de COLFONDOS S.A., pero NO es procedente que se ordene trasladar lo concerniente a lo que mi representada descontó por SEGURO PREVISIONAL, toda vez que dicho porcentaje fue descontado con base en la Ley y fue girado directamente a la aseguradora prestatante del servicio, quien es un tercero de buena fe.

La Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, se ha pronunciado frente a los terceros de buena fe, cuando se declara la nulidad del negocio jurídico de la siguiente manera: «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"»

En armonía con lo anterior, se solicita que mi representada no sea obligada a devolver el valor del SEGURO PREVISIONAL, toda vez que mensualmente de la cuenta de ahorro individual se descontó dicho seguro y se le pagó a una aseguradora para que en caso de que hubiera existido un siniestro de invalidez o sobrevivencia ésta pagara una suma adicional que financiara las pensiones por dichos conceptos. Así mismo, el SEGURO PREVISIONAL ya fue pagado mes a mes a la aseguradora y mi representada ya está imposibilitada para recobrárselo y devolvérselo a Colpensiones, toda vez que en este caso la aseguradora es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver en el contrato suscrito entre el afiliado y COLFONDOS S.A.

9.1-. Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa. Artículo 20 ley 100 de 1993. Mod. Ley 797/2003.

La comisión de administración es aquella que cobran las AFP para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de los afiliados, de cada aporte del 16% del IBC que ha realizado la demandante al Sistema General de Pensiones, la AFP ha descontado un 3% para cubrir los gastos de administración antes mencionados y para pagar el seguro previsional a la compañía de seguros, descuento que se encuentra debidamente autorizado en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, y que opera tanto para el Régimen de Ahorro Individual como para el Régimen de Prima Media. Durante todo el tiempo que la

demandante ha estado afiliado al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., mi representada ha administrado los dineros que la misma ha depositado en su cuenta de ahorro individual, gestión que se ha realizado con la mayor diligencia y cuidado, pues COLFONDOS S.A. es una entidad financiera experta en la inversión de los recursos de propiedad de sus afiliados; adicionalmente, dicha gestión de administración se ve evidenciada en los buenos rendimientos financieros que ha generado la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Ahora bien, en el hipotético evento que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al RAIS y se condene a mi representada a devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones, únicamente será procedente la devolución de los aportes de la cuenta de ahorro individual más los rendimientos financieros generados con la buena gestión de COLFONDOS S.A., pero NO es procedente que se ordene la devolución de lo que mi representada descontó por comisión de administración, toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, descuentos realizados conforme a la ley y como contraprestación a una buena gestión de administración, como es legalmente permitido frente a cualquier entidad financiera. Lo anterior se concluye de lo establecido en el artículo 1746 del Código Civil que habla de los efectos de la declaratoria de nulidad "La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo. En este orden de ideas, si la consecuencia de la ineficacia y/o nulidad de la afiliación es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y por ende nunca COLFONDOS S.A. debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron y tampoco se debió cobrar una comisión de administración, sin embargo el artículo 1746 habla de las restituciones mutuas, intereses, frutos y del abono de mejoras, con base en esto debe entenderse que aunque se declare una ineficacia y/o nulidad de la afiliación y se haga la ficción que nunca existió contrato, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, por eso el fruto o mejora que obtuvo el afiliado son los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, producto de la buena gestión de la AFP y el fruto o mejora de la AFP es la comisión de administración, la cual debe conservar si efectivamente hizo rentar el patrimonio del afiliado.

Así las cosas, se puede hablar de unas prestaciones acaecidas que no pueden desconocerse sobre todo cuando se trata de contratos que tienen que ver con el derecho laboral y de la seguridad social, toda vez que si se aplicara en estricto sentido la teoría de la nulidad del derecho privado mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, se llegaría a la conclusión que el afiliado debe devolver los rendimientos de su cuenta a la AFP y ésta última la comisión de administración al afiliado, toda vez que si la comisión nunca se debió haber descontado, tampoco nunca debieron haber existido rendimientos. Finalmente, es menester poner de presente que en caso de que se ordene a COLFONDOS S.A. devolver a Colpensiones los aportes de la demandante, los rendimientos generados y adicionalmente lo descontado por comisión de administración, se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante, pues estaría recibiendo unos rendimientos generados por la buena administración de mi representada, sin reconocer o pagar ningún concepto por la gestión realizada, realizando el juez una interpretación no acorde con la Constitución ni con la ley, en detrimento del patrimonio de mi representada, vulnerándosele el derecho a la igualdad y privilegiando de manera injustificada a una de las dos partes del contrato que fue declarado nulo y que fue suscrito de buena fe por mi representada.

10. Eximente de responsabilidad

Cuando nace la ley 100 de 1993 con su correspondiente Decreto reglamentario 663 de 1993 la obligación de asesoría e información fue dada de forma genérica y abstracta, tanto es así, que Colfondos empieza a realizar las asesorías a sus afiliados mediante una charla personalizada previa al diligenciamiento del formulario de afiliación, para este efecto, todos los asesores comerciales desde el momento en el que empiezan las afiliaciones a este régimen, han sido capacitados para brindar la asesoría completa según la exigencia y evolución normativa descrita a cargo de las administradoras de fondos de pensiones del RAIS.

Estas asesorías desde 1994 se realizaron de forma verbal, debido a que la norma jamás exigió una ritualidad diferente, entendiendo que después de la asesoría verbal con la suscripción de la afiliación surgía acto de entendimiento y aceptación del afiliado quien efectivamente había recibido y entendido la información entregada por parte del asesor.

Motivo por el cual, los formularios de afiliación contenían una frase que indicaba la aceptación y entendimiento de la asesoría dada por la administradora previa suscripción.

Ahora bien, según la jurisprudencia el formulario de afiliación no es prueba suficiente para acreditar el cumplimiento del deber de información en cabeza de Colfondos, en esta línea al repasar la obligación descrita en el Decreto 663 de 1993, el legislador solo impone una obligación de asesoría e información general sin especificar su ritualidad y menos aún su contenido, ítems, cálculos y regularidad de la entrega. Tampoco estableció a las administradoras de pensiones la obligatoriedad de documentar su asesoría por medios escritos, digitales o por grabación de audio, no definió parámetros objetivos de cuando entender que se entregaba información y asesoría clara y suficiente como cualidades de la comunicación asertiva. Por lo tanto, el legislador otorgó mediante el texto de la obligación de asesoría, una libre discrecionalidad por parte del fondo para la entrega de lo que cada administradora entendió como información necesaria, completa y oportuna.

11-. Derecho a ser juzgado con imparcialidad

A medida del avance jurisprudencial, se ha venido identificando por parte de la administradora un (i) sesgo del juzgador y (ii) ausencia de parcialidad que, según la doctrina, se quiebra cuando el juez persigue en un caso concreto servir a una de las partes. La imparcialidad es un elemento básico que el juzgador debe tener al momento de fallar y conlleva:

1. La ausencia de prejuicios
2. Independencia de cualquier opinión
3. No involucrarse personal ni emocionalmente

Los actores judiciales deben tomar decisiones alejados de ideas preconcebidas con el fin de motivar su decisión con la objetividad que requieren las partes, sin sesgos y emitir con la mayor imparcialidad sus sentencias, este sesgo se ha podido identificar por argumentos expuestos en sentencias de la CSJ que mencionan:

"No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público. (Sentencia SL 1452 de 2019, SL4680-2020) (Subrayado y negrilla fuera de texto)

La palabra imparcialidad es un criterio rector de la Justicia, establece que las decisiones deben tomarse con criterios objetivos, sin influencias, opiniones o prejuicios. Este criterio permite ser tratado ante la ley de la misma manera en cualquier circunstancia, tal y como lo describe la Corte Constitucional en Sentencia C-450/15:

En este marco, el principio de imparcialidad de los jueces ha sido entendido como una de las garantías integrantes del debido proceso, [8] en virtud de la cual el funcionario judicial encargado, deberá decidir "con fundamento en los hechos, de acuerdo con los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas."
(..)

Así, la Corte ha precisado que la imparcialidad judicial "se predica del derecho de igualdad de todas las personas ante la ley (Art. 13 C.P.), garantía de la cual deben gozar todos los ciudadanos frente a quien administra justicia. Se trata de un asunto no sólo de índole moral y ética, en el que la honestidad y la honorabilidad del juez son presupuestos necesarios para que la sociedad confíe en los encargados de definir la responsabilidad de las personas y la vigencia de sus derechos, sino también de responsabilidad judicial."

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha reconocido ampliamente esta garantía, en el plano convencional y a través de sus órganos. En este sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo reconoce la imparcialidad del juez como un elemento y

presupuesto esencial del derecho al debido proceso, siendo imperativa su observancia en todo tipo de proceso judicial o administrativo. Así, la Corte Interamericana ha considerado que la imparcialidad supone que "el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio." Lo anterior, permite además que los tribunales inspiren la confianza necesaria tanto a las partes como a la ciudadanía en general.

En consecuencia, la imparcialidad tiene como efecto el mantenimiento de "la confianza en el Estado de Derecho, a través de decisiones que gocen de credibilidad social y legitimidad democrática."

La Corte ha reconocido el carácter imprescindible de este principio en un Estado democrático de derecho, ya que garantiza a todo ciudadano un juicio justo y con respeto al debido proceso. Además, implica que las actuaciones judiciales estén ajustadas a los principios de equidad, rectitud, honestidad y moralidad "sobre los cuales descansa el ejercicio de la función pública."

"La valoración de la imparcialidad, no se realiza a partir de las posiciones morales, éticas o psicológicas de los jueces, sino a través de su postura intersubjetiva. Es decir, la apreciación de la imparcialidad del juez se concreta, en un juicio exterior derivado de la interrelación del juzgador con las partes y la comunidad en general. (...)"

De lo anteriormente referido emanan dos conclusiones: (i) la falta de imparcialidad del funcionario que conoce del mismo asunto en primera y segunda instancia es debida a la valoración de los hechos, pruebas y argumentos que sustentan la decisión sobre el mismo asunto que se debate, y (ii) la apreciación de la imparcialidad del juez se realiza desde una postura intersubjetiva, la cual se concreta, en un juicio exterior en virtud del cual, objetivamente, puede considerarse que la decisión careció de imparcialidad."(Subrayado y negrilla fuera de texto)

12-. Aplicabilidad de la Sentencia Su 107 de 2024 de la Corte Constitucional

Ahora bien, no podemos dejar pasar por algo el ultimo pronunciamiento emitido por **la Corte Constitucional en la sentencia SU 107 de 2024** en la que consideró que el precedente es desproporcionado en materia probatoria y con ello se viola el derecho al debido proceso en los casos en los cuales se discute la ineficacia del traslado por problemas de información ocurridos entre 1993 y 2009, como ocurre en el presente asunto.

No se pueden imponer cargas probatorias imposibles de cumplir para ninguna de las partes (ni al afiliado ni a la AFP).

La Corte Constitucional, reconoció que el precedente de la Corte Suprema de Justicia si bien tiene un componente altamente tuitivo resultaba abiertamente **DESPROPORCIONADO**, en lo que tiene que ver con la inversión de la prueba, regla según la cual, siempre y en todos los casos corresponde a la AFP demandada demostrar que suministró información.

"Precisamente por lo anterior, la Corte Constitucional procuró modular -o, lo que es lo mismo, flexibilizar- el precedente establecido por la Corte Suprema de Justicia en lo relativo a la inversión de la carga de la prueba en este tipo de procesos."

Para ello, ordenó que en los procesos donde se pretenda declarar la ineficacia de un traslado deben tenerse en cuenta, de manera exclusiva, las reglas contenidas en la Constitución Política, en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y en el Código General del Proceso, que se refieren al debido proceso. Esto supone que el juez, debe actuar como director del proceso judicial, con la autonomía e independencia que le son propios y, dentro de las muchas actuaciones dirigidas a formar su convencimiento para decidir lo que en derecho corresponda, puede: (i) Decretar, practicar y valorar en igualdad todas las pruebas que soliciten las partes que sean necesarias, pertinentes y conducentes para demostrar los hechos que sirven de causa a las pretensiones o las excepciones; (ii) procurar, de manera oficiosa, la obtención de pruebas acudiendo a las enlistadas en el artículo 161 del Código General del Proceso:

"(...) la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes", y a las demás que considere necesarias; (iii) valorar las pruebas decretadas y debidamente practicadas con su inmediación, de manera individual y en su conjunto con las demás, luego de lo cual puede determinar el grado de convicción que aquellas ofrecen sobre lo ocurrido; (iv) acudir a la prueba indiciaria si lo estima necesario, en los términos de los artículos 176 y 242 del CGP; e (v) invertir la carga de la prueba cuando, analizando el caso concreto y la posición de las partes, esté ante un demandante que se encuentra en la imposibilidad de demostrar los supuestos de hecho de sus pretensiones, y en un proceso donde no haya sido posible desentrañar por completo la verdad a pesar de los esfuerzos probatorios oficiosos desplegados por el juez de la causa."

Bajo ese entendido, la Corte Constitucional considera que ante la carga probatoria desproporcionada, una cantidad importante de personas se han traslado al Régimen de Prima Media, pasando por alto las reglas normales de traslado entre regímenes establecidas en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, con lo cual se afecta la sostenibilidad financiera del RGPM en un grado importante.

Aunado a lo anterior, existe una imposibilidad del Juez o Magistrado de emitir sentencia teniendo como fundamento exclusivo la inversión de la carga de la prueba en cabeza de la AFP en cualquiera de los escenarios que jurisprudencialmente se habían contemplado, a saber, por la aplicación estricta del artículo 1604 del Código Civil (v. gr., Sentencias SL19447- 2017 y SL17595-2017) o, por la aparente facilidad de las AFP de demostrar el suministro de información (Sentencia SL4296-2018) o; por considerar que quien alega una falta de información no está obligado a demostrar una negación indefinida (SL1452- 2019). Lo anterior, teniendo en cuenta que la Corte Constitucional señaló que el precedente de la Sala de Casación Laboral que impone a las administradoras la carga de demostrar, por medio de pruebas directas, que sí informaron al afiliado sobre las consecuencias del traslado surtido entre 1993 y 2009, resulta ser desproporcionado.

“EL DEBER DE INFORMACIÓN EN CABEZA DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES, SE CONSTITUYE COMO UNA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA” Se insiste, como manifesté anteriormente, en que para el momento en el que se expide la Ley 100 de 1993, a las Administradoras de Fondos de Pensiones se les impuso un deber simple de información, es decir, que sus promotores suministraran información suficiente a los posibles afiliados en todo lo relacionado con el producto o servicio que éstos pretendían contratar, sin que se les impusiera la carga u obligación a los Fondos de dejar evidencia física o material de la información brindada.

Aspecto que fue corroborado por la Corte Constitucional al precisar que “el deber de información que se exigía, de 1993 a 2009, imponía a los asesores de las administradoras comunicar las características esenciales del régimen al que la persona pretendía trasladarse”. Lo anterior, para concluir que el traslado efectuado se dio atendiendo a los criterios normativos impuestos a las Administradoras de Fondos de Pensiones para la fecha del traslado y, por tanto, goza de plena validez jurídica.

Tanto es así que, si bien el deber de Información/Asesoría ha cambiado a lo largo de los años, no puede endilgarse engaño por parte de esas entidades, cuando lo cierto es que, al momento de la afiliación, éstas actuaron conforme a la ley prevalente para el momento y la aplicaron en su totalidad.

Así mismo, en el artículo 167 del Código General del Proceso, se anunció aquellos casos en que una parte se considera en mejor posición para probar concluyendo sin mayores precisiones, que una parte está en mejor posición para probar: En virtud de su cercanía con el material probatorio. Es decir, “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen” y que, no resulta factible descartar, entre otros, los efectos probatorios de la suscripción del formulario de afiliación, pues como lo señala el artículo segundo del Decreto 1642 de 1995, es a través de éste que se materializa la vinculación libre y voluntaria por parte del trabajador al RAIS para el periodo comprendido entre 1993 y 2009.

Así mismo en lo atinente a devolución de gastos de administración y primas de seguro previsional, la sentencia antes mencionada establece:

*“Así, tan solo es susceptible de traslado el ahorro de la cuenta individual, los rendimientos y si se ha pagado el valor de un bono pensional, **pues no toda la cotización es apta de traslado toda vez que el aporte se desglosa entre otros, en primas de seguros, gastos de administración, el porcentaje para el fondo de garantía mínima.** Incluso, tampoco sería posible devolver los aportes voluntarios realizados por el afiliado mientras estuvo en el RAIS y que implicaron beneficios tributarios a efectos de la declaración de renta, la compra de acciones u otro tipo de inversiones, pues se trata de una serie de situaciones que consolidaron”* (negritas fuera de texto)

*“... Y, (iii) en los casos en los que se declare la ineficacia del traslado **solo es posible ordenar el traslado de los recursos disponibles en la cuenta de ahorro individual, rendimientos y el bono pensional si ha sido efectivamente pagado, sin que sea factible ordenar el traslado de los valores pagados por las distintas primas, gastos de administración y porcentaje del***

fondo de garantía de pensión mínima ni menos dichos valores de forma indexada (supra 298 y ss.)." (Negrillas fuera de texto)

De lo anteriormente expuesto, se solicita al señor juez valorar los argumentos expuesto en la presente defensa de forma imparcial como garantía del debido proceso que ostentan las partes de un litigio, con el fin de realizar la valoración objetiva que requiere el proceso.

En consecuencia, no acceder a las pretensiones de la demanda, y en caso de acceder a ellas y declarar la nulidad de la afiliación, no condenar a la devolución de los gastos de administración y seguro previsional, así como a cualquier suma adicional efectivamente invertida y ejecutada en el transcurso de la "afiliación" por los motivos anteriormente expuestos.

Así las cosas, señor, Juez, solicito ABSOLVER a mi representada de las pretensiones de la demanda, en razón a los hechos y razones de defensa antes mencionados, los cuales he ido demostrando en el escrito de contestación de demanda y con las pruebas aportadas y solicitadas en este proceso.

EXCEPCIONES DE MÉRITO

INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN:

Corresponde a COLPENSIONES proceder con la validación y verificación de requisitos en punto de la aceptación del traslado de régimen de la parte demandante, ya que, de conformidad con la Ley, es a esta entidad y no a COLFONDOS a la que le corresponde proceder con la aceptación de este. Sin que implique aceptación de mi procurada sobre la validez de las pretensiones se proponen como de mérito la de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, por no existir fundamento jurídico ni fáctico para condenar a mi representada por lo pretendido por la parte demandante como quiera que así se desprende de todas y cada una de las documentales aportadas con esta contestación.

Debe recordarse, de conformidad con lo normado en el Código Civil, que las causales de nulidad son taxativas. En ese sentido es evidente que la parte actora no ha demostrado que se presente causal alguna de nulidad que invalide el acto jurídico, por demás unilateral, libre y autónomo por el cual, la demandante se trasladó desde el régimen solidario de prima media con prestación definida (RPM), entonces administrado por el Instituto de Seguros Sociales (ISS), al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad (RAIS), administrado por la AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, de manera libre y espontánea.

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA SOLICITAR LA NULIDAD DEL TRASLADO:

Teniendo en cuenta la documental aportada al expediente, es evidente que la parte actora, efectuó el traslado desde el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, entonces administrado por el Instituto de Seguros Sociales al RAIS en el año 1997.

De conformidad con los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, es claro que, si la actora consideraba la existencia de una ineficacia o nulidad en el traslado antes mencionado, tenía 3 años desde su efectividad para interponer la demanda correspondiente.

En ese sentido y como quiera que la demanda se presentó más de 20 años después de haberse efectuado el traslado, es evidente que la acción para solicitar la ineficacia o nulidad está prescrita.

Aunado a lo anterior, se solicita al despacho que al estudiar la presente excepción tenga en cuenta lo preceptuado en el artículo 1750 del Código Civil, norma que establece que para demandar la rescisión de los contratos se tiene un término de 4 años, el cual se encuentra vencido a la radicación de la demanda, teniendo en cuenta la fecha de traslado al Régimen de Ahorro Individual con COLFONDOS S.A.

AUSENCIA ABSOLUTA DE RESPONSABILIDAD:

El traslado de régimen solicitado por la actora que no es viable habida cuenta que uno de los requisitos para poder solicitar cambio de régimen es que falten menos de Diez (10) años para cumplir la edad de pensión definida para el régimen de Prima Media con prestación Definida (Colpensiones) de conformidad con lo establecido en el Decreto 3800 del 2003 que reglamenta

el Literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el Artículo 2° de la Ley 797 del 2003, y en el presente caso la señora demandante ya cumplió con el requisito de la edad dentro del para el régimen de Prima Media con prestación Definida (Colpensiones)

En acuerdo a lo establecido en la **Sentencia C-1024 de la Corte Constitucional**: "...las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el Art. 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 en la sentencia C-789 de 2002..."

Por su parte la sentencia C-789 de 2002 precisó "el régimen de transición se aplica a quienes, estando en el régimen de prima media con prestación definida, se trasladaron al régimen de ahorro individual con solidaridad, habiendo cumplido los requisitos de 15 años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones, y decidan regresar al régimen de prima media con prestación definida, siempre y cuando: a) trasladen a éste todo el ahorro que efectuaron al régimen de ahorro individual con solidaridad; y b) dicho ahorro no sea inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso que hubiere permanecido en el régimen de prima media."

La demandante realizó su afiliación válidamente en su momento a COLFONDOS S.A. y debe seguir cotizando para alcanzar el requisito de obtener el capital suficiente para financiar la Pensión de Vejez.

BUENA FE DE LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A:

Invoco esta excepción de conformidad con lo consignado en el art 769 del Código Civil, aplicable por remisión analógica a los juicios laborales según el artículo 145 del CPL.

Mí poderdante, siempre ha obrado con lealtad y transparencia ciñéndose estrictamente a lo establecido en el ordenamiento legal vigente normas que aplicó al caso bajo examen. En virtud a esto nos atrevemos a afirmar sin desacierto alguno que esta Administradora de Fondo de Pensiones no ha incurrido en falta legal alguna frente a la actora de la presente Litis, además está presto a atender los requerimientos y responder en la medida en que se cumplan requisitos exigidos en la ley.

AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO:

La vinculación realizada por la demandante al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por COLFONDOS.A, goza de plena validez, por cuanto la misma se realizó en atención a la libre voluntad del actor, quien de manera espontánea y directa suscribió el acto de afiliación al Fondo de Pensiones Obligatorias, mediante el cual manifestó su voluntad de afiliación dentro del Régimen de Ahorro Individual, una vez recibió la asesoría tendiente a mostrar las ventajas y desventajas de dicho traslado entre Administradoras de Fondos de Pensión del RAIS. Por lo tanto, no se presentó fuerza, ni se afectó la voluntad de la demandante de escoger libremente uno de los regímenes del sistema de seguridad Social en pensiones.

VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD:

Excepción que hacemos valer en el hecho de que la vinculación de la parte demandante al Fondo de Pensiones Obligatorias que administra mi representada, se dio con el lleno de los requisitos legales exigidos, por lo cual la petición de ineficacia solicitada en la demanda resulta inviable, por cuanto la parte Demandante, de manera libre y voluntaria, en uso de sus facultades legales y en ejercicio de la libertad de afiliación establecida en el artículo 13 literal b de la ley 100 de 1993, resolvió afiliarse al RAIS y someterse a todas las características y exigencias del régimen, como se evidencia en la correspondiente solicitud de vinculación.

RATIFICACIÓN DE LA AFILIACIÓN DE LA ACTORA AL FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS ADMINISTRADO POR COLFONDOS S.A.:

Excepción que oponemos a la totalidad de las pretensiones de la demanda, con base en lo expuesto en el acápite de "HECHOS, RAZONES Y FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA DEFENSA" y que se fundamenta en el hecho de que aun ubicándonos nuevamente en el remoto e hipotético escenario de aceptar que la afiliación de la actora al RAIS, hubiera estado afectada por alguna

causal de nulidad o ineficacia, que en todo caso, no serían ni objeto, ni causa ilícita, tendríamos que la misma fue saneada por ratificación de las partes, ratificación que se vio reflejada en el hecho de que la actora NO hizo uso del derecho de retractarse de la afiliación al Fondo de Pensiones administrado por mí representada, de conformidad con lo establecido en el artículo 3º del Decreto 1161 de 1994, manifestando por escrito su decisión en ese sentido, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de su vinculación.

BUENA FE:

En caso de declararse la existencia a cargo de mi representada demandada y en favor de la demandante, solicito se declare que dicha actuación ha sido de buena fe por parte de mi defendida como principio que regula todos los actos jurídicos, siendo exonerada de cualquier condena por mora, perjuicios, indemnización de perjuicios, intereses moratorios, indexación y costas del proceso.

COMPENSACIÓN:

Lo anterior de acuerdo a lo preceptuado en Libro Cuarto, Título XVII de la Compensación Código Civil, aplicable por analogía expresa del artículo 145 del C.P.T.

Para que en la remota eventualidad en que mi representada sea condenada a pagar cualquier suma de dinero a favor de la actora, éstas sumas sean compensadas con aquellas que mí representada, en un momento dado transfiera a COLPENSIONES por concepto de devolución de los saldos de la cuenta de ahorro individual como consecuencia de un traslado de régimen, de la demandante relacionados con las prestaciones económicas pedidas y los que logremos probar dentro de la Litis hasta el fallo de primera instancia. Advierto al Despacho que, por el hecho de hacer uso de este medio de defensa, no estoy dando aceptación ni tácita ni expresa ni a los hechos ni a las pretensiones ni peticiones ni demás cargos de la demanda.

IMPROCEDENCIA DE CONDENA EN COSTAS Decreto 692 de 1994, Decreto 3995 de 2008 y Artículo 3 Decreto 1161 de 1994:

No hay lugar a que esta agencia declare la NULIDAD del traslado y de la afiliación, siendo que la hoy demandante, de manera libre, voluntaria y sin coacción alguna, se vinculó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS, donde actualmente se encuentra vinculada, permaneciendo en el RAIS más de 28 años, sin que durante este tiempo arguyera inconformidad alguna respecto a este régimen pensional o de alguna irregularidad sobre su afiliación. Existe una aceptación tácita del traslado de régimen y la afiliación, un claro reflejo de la voluntad de la demandante al diligenciar y suscribir afiliación en diferentes AFP administradas por el RAIS, siendo esta una señal nítida de su capacidad, consentimiento y voluntad consciente del acto. El hecho de hacer las cotizaciones es una clara señal de compromiso de pertenecer a un régimen pensional, razón por la cual las pretensiones de la demanda no tienen vocación de prosperidad y en consecuencia no puede haber condena alguna en contra de mi defendida y menos por concepto de costas ni agencias en derecho, toda vez que mí poderdante ha obrado en todo momento con lealtad y transparencia ciñéndose a lo establecido en el ordenamiento legal vigente a lo cual ha dado aplicación, razón por la cual nos atrevemos a afirmar sin desacierto alguno, que mí mandante no ha incurrido en falta legal alguna frente a la actora, además de estar presta a atender los requerimientos y responder en la medida en que esta tenga legalmente derecho.

INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER EL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE. ART. 20 Y 108 LEY 100 DE 1993:

De conformidad con el artículo 20 de la ley 100 de 1993, tanto en el Régimen de Prima Media como en el de Ahorro Individual el 3% del IBC de los afiliados al Sistema General de Pensiones, se destina a pagar la comisión de administración y el SEGURO PREVISIONAL, éste último se le paga mes a mes a una aseguradora para que en caso de que ocurra un siniestro por invalidez o sobrevivencia, dicha entidad pague la suma adicional necesaria para financiar la pensión de invalidez o sobrevivencia. A su turno, en el artículo 108 de la precitada ley se señalan las reglas y condiciones generales bajo las cuales deben operar "los seguros que contraten las administradoras para efectuar los aportes adicionales necesarios para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes (...)".

Así mismo, el Gobierno Nacional a través de los Decretos 876 y 1161 ambos de 1994, fijó las reglas particulares aplicables al seguro de invalidez y sobrevivencia, respecto de las cuales la Superintendencia Financiera impartió instrucciones a través del Capítulo II numeral 3.2 de la Circular Externa Básica Jurídica 007 de 1996. Del contexto de las normas enunciadas se infiere que la prestación a cargo de las aseguradoras en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad constituye un componente de las pensiones de invalidez y sobrevivencia, en la medida en que se concreta al pago de la suma adicional requerida para completar el capital que financie el monto de pensión por estos conceptos, y para que la aseguradora pague dicha suma adicional, mes a mes la Administradora de Fondos de Pensiones le paga un SEGURO PREVISIONAL proveniente del Ingreso Base de Cotización de los afiliados al Sistema General de pensiones.

Así las cosas, en el hipotético evento que se declare la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual y se condene a mi representada a devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual a Colpensiones, únicamente será procedente la devolución de los aportes de la cuenta de ahorro individual más los rendimientos financieros generados con la buena gestión de COLFONDOS S.A., pero NO es procedente que se ordene trasladar lo concerniente a lo que mi representada descontó por SEGURO PREVISIONAL, toda vez que dicho porcentaje fue descontado con base en la Ley y fue girado directamente a la aseguradora prestante del servicio, quien es un tercero de buena fe.

La Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, se ha pronunciado frente a los terceros de buena fe, cuando se declara la nulidad del negocio jurídico de la siguiente manera: «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"

En armonía con lo anterior, se solicita que mi representada no sea obligada a devolver el valor del SEGURO PREVISIONAL, toda vez que mensualmente de la cuenta de ahorro individual se descontó dicho seguro y se le pagó a una aseguradora para que en caso de que hubiera existido un siniestro de invalidez o sobrevivencia ésta pagara una suma adicional que financiara las pensiones por dichos conceptos. Así mismo, el SEGURO PREVISIONAL ya fue pagado mes a mes a la aseguradora y mi representada ya está imposibilitada para recobrárselo y devolvérselo a Colpensiones, toda vez que en este caso la aseguradora es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver en el contrato suscrito entre el afiliado y COLFONDOS S.A.

Así mismo, debe tenerse en cuenta el más reciente pronunciamiento realizado por la Corte Constitucional en la **Sentencia SU 107 de 2024 en su numeral 298** en el que se establece:

"Así, tan solo es susceptible de traslado el ahorro de la cuenta individual, los rendimientos y si se ha pagado el valor de un bono pensional, **pues no toda la cotización es apta de traslado toda vez que el aporte se desglosa entre otros, en primas de seguros, gastos de administración, el porcentaje para el fondo de garantía mínima**. Incluso, tampoco sería posible devolver los aportes voluntarios realizados por el afiliado mientras estuvo en el RAIS y que implicaron beneficios tributarios a efectos de la declaración de renta, la compra de acciones u otro tipo de inversiones, pues se trata de una serie de situaciones que consolidaron" (negrillas fuera de texto)

"... Y, (iii) en los casos en los que se declare la ineficacia del traslado solo es posible ordenar el traslado de los recursos disponibles en la cuenta de ahorro individual, rendimientos y el bono pensional si ha sido efectivamente pagado, sin que sea factible ordenar el traslado de los valores pagados por las distintas primas, gastos de administración y porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima ni menos dichos valores de forma indexada (supra 298 y ss.)." (Negrillas fuera de texto).

INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA. ARTICULO 20 LEY 100 DE 1993. MOD. LEY 797/2003:

La comisión de administración es aquella que cobran las AFP para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de los afiliados, de cada aporte del 16% del IBC que ha realizado la demandante al Sistema General de Pensiones, la AFP ha descontado un 3% para cubrir los gastos de administración antes mencionados y para pagar el seguro previsual a la compañía de seguros, descuento que se encuentra debidamente autorizado en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, y que opera tanto para el Régimen de Ahorro Individual como para el Régimen de Prima Media. Durante todo el tiempo que la demandante ha estado afiliado al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., mi representada ha administrado los dineros que la misma ha depositado en su cuenta de ahorro individual, gestión que se ha realizado con la mayor diligencia y cuidado, pues COLFONDOS S.A. es una entidad financiera experta en la inversión de los recursos de propiedad de sus afiliados; adicionalmente, dicha gestión de administración se ve evidenciada en los buenos rendimientos financieros que ha generado la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Ahora bien, en el hipotético evento que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al RAIS y se condene a mi representada a devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones, únicamente será procedente la devolución de los aportes de la cuenta de ahorro individual más los rendimientos financieros generados con la buena gestión de COLFONDOS S.A., pero NO es procedente que se ordene la devolución de lo que mi representada descontó por comisión de administración, toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, descuentos realizados conforme a la ley y como contraprestación a una buena gestión de administración, como es legalmente permitido frente a cualquier entidad financiera. Lo anterior se concluye de lo establecido en el artículo 1746 del Código Civil que habla de los efectos de la declaratoria de nulidad "La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo. En este orden de ideas, si la consecuencia de la ineficacia y/o nulidad de la afiliación es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y por ende nunca COLFONDOS S.A. debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron y tampoco se debió cobrar una comisión de administración, sin embargo el artículo 1746 habla de las restituciones mutuas, intereses, frutos y del abono de mejoras, con base en esto debe entenderse que aunque se declare una ineficacia y/o nulidad de la afiliación y se haga la ficción que nunca existió contrato, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, por eso el fruto o mejora que obtuvo el afiliado son los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, producto de la buena gestión de la AFP y el fruto o mejora de la AFP es la comisión de administración, la cual debe conservar si efectivamente hizo rentar el patrimonio del afiliado.

Así las cosas, se puede hablar de unas prestaciones acaecidas que no pueden desconocerse sobre todo cuando se trata de contratos que tienen que ver con el derecho laboral y de la seguridad social, toda vez que si se aplicara en estricto sentido la teoría de la nulidad del derecho privado mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, se llegaría a la conclusión que el afiliado debe devolver los rendimientos de su cuenta a la AFP y ésta última la comisión de administración al afiliado, toda vez que si la comisión nunca se debió haber descontado, tampoco nunca debieron haber existido rendimientos. Finalmente, es menester poner de presente que en caso de que se ordene a COLFONDOS S.A. devolver a Colpensiones los aportes de la demandante, los rendimientos generados y adicionalmente lo descontado por comisión de administración, se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante, pues estaría recibiendo unos rendimientos generados por la buena administración de mi representada, sin reconocer o pagar ningún concepto por la gestión realizada, realizando el juez una interpretación no acorde con la Constitución ni con la ley, en detrimento del patrimonio de mi representada, vulnerándosele el derecho a la igualdad y privilegiando de manera injustificada a una de las dos partes del contrato que fue declarado nulo y que fue suscrito de buena fe por mi representada.

En mérito de todo lo expuesto, me permito proponer la presente excepción con el fin de que en el hipotético evento que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al RAIS y se condene

a mi representada a devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones, sólo sea ordenada la devolución de los aportes más los rendimientos financieros, y en ningún caso se debe obligar a mi representada a devolver conjuntamente los rendimientos y la comisión de administración, toda vez que se trata de prestaciones ya acaecidas, por lo que no puede desconocerse que la cuenta de ahorro individual produjo unos rendimientos gracias a la buena gestión de la AFP, la cual a su vez cobró una comisión para hacer rentar dichos dineros, por lo tanto son conceptos excluyentes, es decir que no se pueden devolver los dos al afiliado, pues no hay causa ni fáctica ni jurídica para hacerlo, toda vez que se estaría desconociendo el trabajo que durante años ha realizado mi representada, vulnerándose a la AFP el derecho a las restituciones mutuas con frutos, intereses y mejoras, y la igualdad de trato en el marco de una relación contractual presidida de buena fe.

Así mismo, debe tenerse en cuenta el más reciente pronunciamiento realizado por la Corte Constitucional en la **Sentencia SU 107 de 2024 en su numeral 298** en el que se establece:

*"Así, tan solo es susceptible de traslado el ahorro de la cuenta individual, los rendimientos y si se ha pagado el valor de un bono pensional, **pues no toda la cotización es apta de traslado toda vez que el aporte se desglosa entre otros, en primas de seguros, gastos de administración, el porcentaje para el fondo de garantía mínima.** Incluso, tampoco sería posible devolver los aportes voluntarios realizados por el afiliado mientras estuvo en el RAIS y que implicaron beneficios tributarios a efectos de la declaración de renta, la compra de acciones u otro tipo de inversiones, pues se trata de una serie de situaciones que consolidaron"* (negritas fuera de texto)

*"... Y, (iii) en los casos en los que se declare la ineficacia del traslado solo es posible ordenar el **traslado de los recursos disponibles en la cuenta de ahorro individual, rendimientos y el bono pensional si ha sido efectivamente pagado, sin que sea factible ordenar el traslado de los valores pagados por las distintas primas, gastos de administración y porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima ni menos dichos valores de forma indexada** (supra 298 y ss.)."* (Negritas fuera de texto).

EXCEPCIÓN DEL DEBIDO PROCESO:

Invoco esta excepción, teniendo en cuenta los más recientes lineamientos de la **Sentencia SU 107 DE 2024 emitida por la Corte Constitucional** los cuales no podemos dejar pasar por alto, ya que en lo concerniente a la carga de la prueba y así mismo con el fin de garantizar el debido proceso, se logró establecer por dicha Corte, considera que se encuentra facultada por la Constitución para revisar si un precedente, construido por la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia se ajusta a la Constitución.

Advierte que el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia cuestionado goza de un carácter eminentemente tuitivo en aplicación del artículo 53 de la Constitución al punto de anular la actividad probatoria por parte de la parte demandada y su valoración por parte de juez.

Así mismo, aduce que la Corte Suprema de Justicia no reconoce valor probatorio alguno a los formularios de afiliación, supone, para las AFP, una ostensible dificultad en su defensa. Además, el precedente aludido hace que el juez comprometa su imparcialidad, pues exige siempre y en todo caso que las administradoras demuestren, más allá de toda duda, que sí informaron al afiliado sobre las consecuencias del traslado surtido entre 1993 y 2009. Demostrar lo anterior, con pruebas directas, puede ser una carga irrazonable porque en ese periodo las administradoras no tenían el deber legal de guardar una reproducción de lo que, específicamente, el asesor comentó al afiliado en la ante sala de su afiliación.

El Alto Tribunal Constitucional reitera que el juez laboral debe actuar como director del proceso, pues goza de amplios poderes y facultades, entre otros, para "adoptar las medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio entre las partes, la agilidad y rapidez en su trámite", Para esto, la autoridad judicial puede valerse de herramientas como la facultad oficiosa con que cuenta para decretar y practicar pruebas, en los términos del artículo 54 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social

Estas razones permiten establecer que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en lo referido a la ineficacia de los traslados, está modificando las reglas relativas a la carga de la prueba. Así, este precedente hace que, en últimas, baste a los demandantes expresar genéricamente en la demanda que no fueron informados al momento del traslado de régimen

pensional y, por lo tanto, no se les exige aportar prueba alguna para demostrar los supuestos de hecho que sirven de causa a sus pretensiones. Así pues, dado que las AFP, especialmente en el periodo comprendido entre 1993 y 2009, encuentran dificultades para demostrar que sí informaron a los demandantes -a partir de pruebas directas-, casi la totalidad de estos casos culmina con una sentencia condenatoria.

NO NOMIDA O GENÉRICA:

Cualquier otra Excepción y/o Excepciones perentorias que se demuestren dentro del presente proceso, fundamentada en lo establecido en los Artículos 305.- Modificado. Decreto. 2282 de 1989, artículo 1º modificado. 135 (Congruencias) y 306 (Resolución de excepciones) del C.P.C., le solicito respetuosamente declarar en la sentencia del medio exceptivo que resulte probado. Por remisión analógica del artículo 145 del CPL.

PRUEBAS

PETICIÓN ESPECIAL:

Considerando que al momento de la contestación de la demanda, el expediente de la demandante que se encuentra disponible para consulta, en apariencia no consta de todos los documentos del caso, respetuosamente señor juez, me permito solicitar se conceda el término de 10 días para aportar los demás documentos que integren el expediente administrativo del demandante.

Solicito su señoría, ordene el decreto y la práctica de las siguientes pruebas, para que su Honorable Despacho, las tenga en cuenta a la hora de fallar, las cuales, se enuncian a continuación:

DOCUMENTALES. Solicito señor juez se tengan como pruebas documentales las siguientes:

1. Pantallazo del SIAFP
2. Reporte de Días acreditados
3. Historia laboral completa Colfondos
4. Consulta ASOFONDOS

INTERROGATORIO DE PARTE CON RECONOCIMIENTO DEL CONTENIDO DE DOCUMENTOS Y FIRMAS.

Sírvase Señor Juez, citar a la demandante **ISABEL PANQUEBA NUÑEZ CC. 51626013** con el fin de que absuelva interrogatorio de parte con reconocimiento del contenido y firmas de los documentos por ella suscritos y que obran como prueba documental dentro del expediente, interrogatorio que verbalmente formularé en la audiencia pública que su Despacho señale para el efecto.

PRUEBAS APORTADAS POR LA PARTE ACTORA.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 265 del Código General del Proceso y el antiguo artículo 277 del C.P.C., modificado por el artículo 27 de la Ley 794 de 2003 y el inciso 4 del Artículo 252 del CPC, modificado por el Artículo 11 de la Ley 1395 de 2010, aplicables por analogía al procedimiento laboral, desde ya manifestamos que desconocemos el contenido de los documentos presentados por la parte actora, que provengan de terceros, pues por esa circunstancia, mí representada no tiene certeza de su veracidad y/o autenticidad.

ANEXOS

- Poder
- Certificado de cámara de comercio de la firma M&M ABOGADOS Y ASOCIADOS S.A.S.
- Escritura pública 5034 del 28 de septiembre de 2023, otorgada por la Notaria del Circulo de Bogotá.

MM Abogados y Asociados S.A.S
NIT No. 901.237.353-1
notificacionesjudiciales@mmabogados.co
Calle 19 No 2A - 43 Ed. Mirador del parque Of. 104
+57 4221696 / 3008321865
www.mmabogados.co

MM

ABOGADOS Y ASOCIADOS

NOTIFICACIONES

A mí representada, recibe notificaciones en la calle 67 No. 7-94 pisos 3,6,10,11,14 de la ciudad de Bogotá D.C, correo electrónico para notificaciones judiciales: procesosjudiciales@colfondos.com.co

A la suscrita abogada, en la Secretaría del Juzgado o a los correos electrónicos: notificacionesjudiciales@mmabogados.co y elianadelabarrera94@gmail.com

Cordial saludo,


ELIANA ANDREA DE LA BARRERA GONZALEZ
C.C. 1.069.493.228 de Sahagún
T.P. 314.035 del C. S. de la J.

ELIANA ANDREA DE LA BARRERA GONZÁLEZ
C.C. 1.069.493.228 DE SAHAGÚN CÓRDOBA
T.P. N° 314035 del C.S. de la J.