



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **NEYLA CÁRDENAS HERNÁNDEZ** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001-31-05-007-2018-00162-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veinte (2020).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 28 de febrero de 2020, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante que se declarara nula y/o ineficaz la afiliación a su nombre realizada y promovida por la A.F.P. HORIZONTE, y posteriormente a PORVENIR S.A., por el incumplimiento de los deberes legales de información a la demandante, y como consecuencia, que carecen de validez jurídica todas las afiliaciones posteriores que hizo al R.A.I.S., y que se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con prestación definida administrada por Colpensiones. Por tanto, solicitó que se condenara a la A.F.P. PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, y a COLPENSIONES para que activara la afiliación en pensión y a ambas demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.

Para el efecto, manifestó que nació el 19 de agosto de 1961; que empezó a cotizar al ISS a partir del 10 de septiembre de 1979; que posteriormente laboró con el Hospital Gonzalo Contreras E.S.E. de La Unión (Valle) entre el 1.º de julio de 1984 y el 30 de junio de 1985, y luego, entre el 6 de agosto de 1985 y el 14 de abril de 1991, debiendo responder por estos períodos la Gobernación del Valle del Cauca; que seguidamente, se vinculó al sector privado y efectuó sus aportes al I.S.S. hasta el mes de agosto de 1997; que en este mes diligenció formulario de afiliación a la A.F.P. HORIZONTE, hoy PORVENIR, siendo persuadida con el argumento de que era lo mejor que había en el sistema pensional, que estaba colapsado, además de que se podía pensionar en cualquier momento sin importar la edad; que para agosto de 1997 había cotizado 705 semanas con empresas de los sectores públicos y privados; que la A.F.P. HORIZONTE no le informó sobre la naturaleza y las características del R.A.I.S., como

tampoco le dijo que su pensión se iba a financiar con lo ahorrado en la cuenta de ahorro individual, ni los riesgos del nuevo sistema, ni sobre las consecuencias, ventajas y desventajas del R.A.I.S., ni que su pensión se disminuiría en más del 55% que la que le otorgaba el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ni tampoco le presentó cuadros comparativos entre uno y otro sistema, y en general, ni ninguna información sobre lo que significaba su permanencia en el R.A.I.S.; que tiene acreditadas más de 1750 semanas válidas de cotización; que en septiembre de 2017, contrató una asesoría para conocer el monto de su pensión, y con el estudio pensional que se le hizo se dio cuenta que la A.F.P. PORVENIR le hizo tomar una decisión que la perjudicó y que reclamó a las demandadas sin obtener resultado favorable.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 3 de abril de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.º 73).

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en que el traslado de régimen de la demandante se llevó a cabo con su consentimiento y de acuerdo a la norma; que para el 10 de noviembre de 2017, cuando la demandante le solicitó el traslado, tenía 56 años de edad, es decir, se encontraba a menos de cinco años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, además de que no fue beneficiaria del régimen de transición, por lo que su regreso al Régimen de Prima Media Definida debió solicitarlo cuando le faltaran más de 10 años para cumplir con el requisito de la edad (f.º 85 - 86).

Propuso como excepciones la de inexistencia del derecho, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y no procedencia de la condena en costas (f.º 92 - 96).

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., también se opuso a las pretensiones de la actora, alegando en su favor que la información suministrada a la demandante fue oportuna, clara, suficiente, concreta, adecuada y veraz y que la decisión de la demandante fue completamente libre sin coacción o engaño, suscribiendo el correspondiente formulario de afiliación; que la actora realizó tres traslados entre distintas AFP, incluyendo un regreso a la AFP HORIZONTE, que luego se fusionó con PORVENIR y que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición, por lo que su traslado fue válido y acorde con la ley. (f.º 120 - 122).

Propuso las excepciones de mérito de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones, buena fe y enriquecimiento sin causa. (f.º 126 - 127).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia del 28 de febrero de 2020, declaró la ineficacia y traslado realizado por NEYLA CÁRDENAS HERNÁNDEZ con el fondo A.F.P. HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., el 11 de agosto de 1997, contenida en el formulario n.º 97-0164861, y condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de que es titular la demandante, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo el traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y a COLPENSIONES recibir sin solución de continuidad a la demandante. Declaró no probadas las excepciones propuestas, condenó a las demandadas al pago de las costas y concedió los recursos de apelación interpuestos por las demandadas.

Manifestó, que la demandante a 1.º de abril de 1994, tenía 32

años y 242.54 semanas cotizadas equivalentes a 4.71 años, que le correspondía a PORVENIR S.A. acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el trabajador afiliado conociera las implicaciones de traslado de régimen pensional. Para el caso en concreto ha de establecerse si para la época de traslado del régimen pensional de las demandadas se le brindó una información completa, clara y precisa para que la demandante de manera voluntaria y consiente decidiera su traslado de régimen pensional.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES alegó que la demandante de manera libre, espontánea y voluntaria tomó la decisión de trasladarse al R.A.I.S. y que no se tuvo en cuenta el artículo 2.º de la Ley 797 de 2003; que en la sentencia SL-1452 de 2019, la Corte dijo que si bien le asiste a la A.F.P. el deber del buen consejo, eso no exonera al afiliado de asistir y tomar las decisiones tan importantes como es su futuro pensional; que la demandante no hizo uso del retracto, y que en el momento en que se afilió al R.A.I.S., tenía apenas una mera expectativa, además de que la decisión del juzgado afecta la sostenibilidad pensional.

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., solicitó que se revocara la sentencia en su totalidad, con fundamento en que el traslado de la demandante al R.A.I.S obedeció a una decisión libre, voluntaria, y sin presiones, lo cual fue ratificado por la actora en el interrogatorio que se le practicó. Igualmente, indicó que el juzgado debió tener en cuenta el testimonio del señor Alejandro Guevara Tamayo, asesor de la actora en el momento del traslado, quien manifestó haberle brindado una información precisa respecto de las condiciones del R.A.I.S, sobre la salvedad de que antes de los 10 años de cumplir la edad de pensión

podía devolverse al I.S.S. o permanecer en el R.A.I.S., y que le recomendó hacer el cálculo actuarial de la mesada pensional una vez le faltaren 10 años para pensionarse. Finalmente, señaló que la afiliación de la actora a la A.F.P se efectuó con el cumplimiento de los presupuestos legales existentes al momento de su afiliación, y que la actora plasmó su voluntad en el formulario de afiliación.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional del aquí demandante estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente; y si hay lugar a ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 19 de agosto de 1961 (f.º 20); **ii)** que a 31 de diciembre de 1994 tenía un total de 237.14 semanas cotizadas en el R.P.M. (f.º 21); **iii)** que antes del 1 de abril de 1994 prestó servicios en el sector público por 5 años, 8 meses y 5 días, que equivalen a 292.57 semanas (f.º 24 a 33); **iv)** que el 11 de agosto de 1987 de octubre de 1996, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por HORIZONTE, conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 128), y posteriormente a PORVENIR y nuevamente a Horizonte (f.º 128 vto a 129), y **v)** que HORIZONTE se fusionó con PORVENIR (f.º 118 a 127).

El traslado de régimen por vinculación a una A.F.P., es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

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

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

En el presente proceso, se tiene que la demandante firmó la solicitud de afiliación y traslado de régimen (f.º 128). En el recuadro denominado '7. ESPACIO PARA EL AFILIADO', se encuentra el siguiente texto 'preimpreso', encima de su firma como afiliada: *"VOLUNTAD DE SELECCIÓN Y AFILIACION. Hago constar que la selección del Régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones. Manifiesto que he elegido a la sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía HORIZONTE S.A., para que administre mis aportes pensionales y que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos"*. En términos similares aparece esa misma

constancia de haber seleccionado el RAIS en forma libre, espontánea y sin presiones, en las demás afiliaciones.

Entonces, en principio, se tiene claramente que la línea jurisprudencial de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, (sentencias SL-4964 de 2018, SL-19447 de 2017, SL-17595 de 2017, STL-1677 de 2019, SL-413 de 2018, SL-1688 de 2019, SL-1451 de 2019 y SL-1452 de 2019, entre otras) señala que la falta de información completa y comprensible por parte de la administradora de pensiones, puede configurar un engaño, que conlleve a la anulación del traslado, situación que no se da en el presente caso; no obstante el Tribunal de Cierre en dichas providencias resalta las condiciones o expectativas pensionales de los trabajadores demandantes al momento del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual, las que de resultar vulneradas con el traslado pueden conllevar a la ineficacia del mismo; lo cual se materializa en que el afiliado ya cuente con un derecho consolidado, que le genere una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión bajo las previsiones del sistema de prima media con prestación definida.

Y es que realmente surgen interrogantes como: ¿Qué tipo de efecto nocivo puede causarse a la accionante quien contaba con 33 años de edad para el 1º de abril de 1994, que para esa data tenía un total de 529.71 semanas cotizadas entre tiempos privados y públicos, y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?

Así las cosas, para el año de 1994, la demandante contaba con 33 años, es decir, según la norma que se encuentra vigente -Ley 797 de 2003- le faltaban aproximadamente 29 años para cumplir la edad de 62 años, lo cual se traduce en que no contaba con esa expectativa legítima de adquirir el derecho para que pudiera predicarse válidamente que su afiliación inicial a le cercenó ese derecho.

Por lo que se infiere, que con este acto se produjeron los efectos de traslado válido al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a HORIZONTE, fuera ineficaz o estuviera viciado de nulidad, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando posteriormente realizó dos afiliaciones al mismo régimen, lo que es indicativo de que conocía dicho régimen.

Así mismo, se debe tener en cuenta que la información señalada por la demandante que le fue otorgada, no implica un engaño, en la medida en que no es errónea, dado que quienes se encuentran vinculados al Régimen de Ahorro Individual pueden obtener el derecho a la pensión sin el cumplimiento del requisito de edad, situación estas que es excluyentes del Régimen de Prima Media, que el actor manifestó conocer según su dicho, por lo que desvirtúa el deseo de permanecer en el Régimen de Prima Media o de retornar a él, lo cual se concluye porque pese a las diversas oportunidades de trasladarse no optó por tal situación, antes por el contrario, pernoctó en el R.A.I.S.

Ahora bien, sobre las consideraciones expuestas en la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL-1452 de 2019, se debe advertir que no desconoce la obligación de los fondos de pensiones de suministrar a los afiliados la información completa y veraz respecto a las condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, sin embargo, se considera que la omisión de esa obligación, *per se*, no afecta ni la validez ni la eficacia del acto jurídico de traslado, salvo que se constituya en un verdadero engaño, en maniobras o artificios tendientes a obtener el consentimiento en la celebración del acto jurídico de traslado, lo que necesariamente debe analizarse en cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias fáctico jurídicas particulares que lo rodean, como se dijo en la sentencia STL3186-2020, con la advertencia de que el juez

está facultado para formar libremente su convencimiento sin estar sujeto a tarifa legal alguna, en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica (artículos 51, 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social); sin embargo, con base en ello, en este caso en específico, se reitera, no se acreditó.

De manera que, no es de recibo para la Sala mayoritaria, el hecho de que la actora consideró que PORVENIR S.A. incumplió el deber de información, pues no hubo manifestación suya de inconformidad durante el tiempo en que estuvo afiliada. Así las cosas, se tiene que hubo una ratificación tácita del acto jurídico de traslado, con el pleno cumplimiento de las solemnidades legales.

Lo anterior, por cuanto dichas obligaciones generales y especiales que establecen los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, a cargo de los Fondos de Pensiones, relativas al deber de información para con los afiliados, se suple con aquellas previsiones que se reitera, fueron aceptadas por la demandante, al momento de suscribir los formularios, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad libre, espontánea y sin presiones.

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

Tampoco se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en la demandante para su afiliación, por parte de HORIZONTE S.A., en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil.

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

Por lo anterior, respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe señalar que no se encuentra consignada en una norma legal, porque se reitera las conductas referidas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 no se alegan en el presente caso, y en gracia de discusión, no le compete a la jurisdicción definir sobre su ocurrencia o no.

Ya la Corte Constitucional, en la sentencia C-345 de 2017, realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto “*suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad*”.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada, esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como, por ejemplo, cuando falta la voluntad no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con

un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se encuentra plasmada en el formulario, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa, porque como ya se analizó en párrafos anteriores, no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes desde el año 1995, en la medida en que las partes realizaron las actuaciones (sucesivamente) correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora en los periodos en que la demandante se vinculó a ella.

Y respecto de la ineficacia, en sentido estricto de que no se requiere declaración judicial, se refiere es a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes respecto de la nulidad.

Ahora, bueno es recordar que las reglas de la experiencia y la sana crítica indican que cuando se suscriben diferentes negocios jurídicos, en virtud de la autonomía de la voluntad, no resulta razonable que alguno de los contratantes presten su consentimiento a compromisos y obligaciones que le ocasionen alguna clase de perjuicios, lo que de contera descarta, como ya se vio, que la demandante no hubiera recibido información sobre el régimen de ahorro individual, 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, tal como se concluye en la aclaración de voto a la

sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68838, dado que el acto de la afiliación o no, depende de la persona natural y no del fondo.

También, en el análisis del presente caso, es relevante tener en cuenta que la demandante es una persona que se encuentra ad portas de exigir el derecho a la pensión, y respecto a esta situación, la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2.º de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993, indicando que ese traslado sin respetar los términos señalados en las normas vulnera los principios de equidad y sostenibilidad financiera.

En dicha sentencia, expuso la Corte lo siguiente:

“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones, ...” y “el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta

contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, ...”.

Además de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, también se colige que esas decisiones vulneran el principio de solidaridad propio del régimen de prima media porque se trasgrede el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, lo cual se constata en la sentencia C-401 de 2016 cuando expuso:

“...los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”.

Así mismo, en la sentencia C-083/19, señaló que:

“el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor

del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional^[30], y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación^[31], de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

Lo anterior, lleva a colegir que las diferencias entre los regímenes dan lugar a la exigencia de unos plazos predeterminados para garantizar la sostenibilidad, equidad y solidaridad de cada régimen y el bienestar de los afiliados.

De tal manera, que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el régimen de prima media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual, y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Lo anterior, sin pasar por alto que en la actualidad existe un criterio jurisprudencial mayoritario no unificado en nuestro Órgano de Cierre en relación con la temática que hoy absorbe el conocimiento de esta Sala, por lo que se considera que el afiliado no está exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos, y teniendo en cuenta que de su elección dependerá su futuro pensional.

Es de anotar también, que no se puede pasar por inadvertido que la inconformidad de la demandante que motivó la presentación de la demanda es el posible monto de la mesada pensional, lo cual no se constituye en una causal de nulidad o ineficacia del acto inicial de traslado o de su permanencia en el R.A.I.S., máxime, cuando el monto de la mesada pensional se determina al momento de hacer exigible la pensión o reunir los requisitos, y no al momento de la vinculación a cualquiera de los fondos, porque en dicha oportunidad una proyección de la mesada es simplemente una información que puede ser modificada por diversas variables, como por ejemplo en el Régimen de Prima Media por los ingresos bases de cotización durante la vida laboral, la edad, y las semanas de cotización, y en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por los aportes, aportes voluntarios, bonos pensionales, rendimientos, edad de retiro que se escoja, etc.

Así las cosas, si en gracia de discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido el 11 de agosto de 1997, el mismo tuvo que ser advertido en esa oportunidad, por lo que, indefectiblemente, partir de esa fecha, debía contarse el plazo de 4 años con el que contaba el afiliado para pedir la rescisión del acto jurídico de traslado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, y como no lo hizo, ese hecho debe tenerse como una ratificación tácita del acto, con lo que se sana cualquier nulidad que hubiese podido existir.

Por lo dicho anteriormente, no es viable que la demandante pretenda ahora la nulidad de su traslado. Así, la afiliada debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó, tal y como lo admitió al firmar inicialmente el formulario de vinculación a HORIZONTE S.A.

En conclusión, se tiene el pleno convencimiento para la mayoría de esta Sala de decisión, que al no aplicar la jurisprudencia constitucional al presente caso, se encuentra que declarar la nulidad o ineficacia del acto de traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual vulnera los principios constitucionales de equidad, solidaridad y sostenibilidad financiera del Régimen de pensiones; al tener en cuenta que los criterios jurisprudenciales para declarar la ineficacia del traslado señalados por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no se acreditan, además de que no se prueban los vicios del consentimiento consagrados en las normas legales antes citadas. En consecuencia, hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 28 de febrero de 2020, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión, y en su lugar, **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, de las pretensiones formuladas en su contra por la señora **NEYLA CÁRDENAS HERNÁNDEZ**, resultado que hace innecesario el estudio de las excepciones propuestas por las demandadas.

SEGUNDO: Costas de la primera instancia a cargo de la demandante.
No hay lugar a ellas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

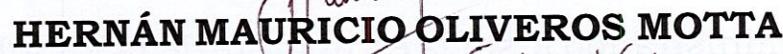
Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

SALVO VOTO

SALVAMENTO DE VOTO

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que en el caso bajo estudio, **la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad demandada**, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró haber brindado **al accionante** al momento de la afiliación o con posterioridad, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Lo anterior, se edifica en que la característica fundamental para la selección de régimen pensional, es que la misma sea libre y voluntaria por parte del afiliado, conforme lo dispone el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; igualmente, el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada y, permite realizar una nueva en forma libre y espontánea.

También, desde la expedición del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; el artículo 4º decreto 656 de 1994 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, dispusieron las obligaciones de las AFP de ofrecer un servicio eficiente, eficaz, y oportuno a los usuarios, brindándoles la información necesaria para tomar la decisión de afiliarse y permanecer en el régimen pensional. Premisa que conforme a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible, pues, solo así, se entenderá que el asesor o promotor del fondo

pensional ha emitido un consejo, sugerencia o recomendación de manera completa en atención a las situaciones particulares del afiliado (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018; STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Paralelamente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL1421 de 2019, la misma corporación indicó que, el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”, la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. **Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado.**

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que, para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688-2019 y SL1452-2019. Ello es así también, porque considero que las “*expectativas legítimas*” es un concepto vacío que no puede ser llenado por el intérprete de manera subjetiva sin la existencia de unas reglas claras y objetivas, so pena de transgredir el derecho fundamental a la igualdad.

También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en aplicación del artículo 1604 del Código Civil, señaló que en tratándose de

asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

En el presente asunto, ninguna confesión se colige del interrogatorio de parte surtido por el demandante de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, dado que no se advierte del mismo que le hubieren ilustrado al momento del traslado o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que por ley tenía para trasladarse, acerca de las características, condiciones, acceso, servicios, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, en un lenguaje claro, simple y comprensible. Se reitera que no existe libertad informada cuando la persona desconoce realmente de los efectos que pueda acarrearle el cambio de régimen, de allí, la gran importancia de la carga de la prueba en cabeza de la administradora de pensiones, en demostrar que el cambio de régimen fue lo suficientemente informado.

Finalmente, considero que la sostenibilidad del sistema no se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su **vida productiva**, en los cuales se **edifica el financiamiento de la pensión**, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social (Ley 100 de 1993), serán devueltos con sus rendimientos y gastos de administración al régimen de prima media con prestación definida.

En consecuencia, para el suscrito Magistrado se configuró una violación del deber de información, lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, que no puede entenderse superada con la suscripción del formulario de afiliación, con lo dicho en el interrogatorio de parte y tampoco por las cotizaciones efectuadas en el RAIS, por lo que resulta procedente declarar la ineficacia del traslado e imponer las consecuentes condenas.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

En el presente asunto, ninguna contestación con cargo del intercesario de parte suya por el demandante de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, dado que no se advierte del mismo que se hubiera instruido el momento del traslado o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 días que por ley para trasladar, oírse de las contestaciones, condiciones, excusas, excepciones, excepciones y excepciones de las defensas pensionales, en un lenguaje claro, simple y comprensible. Se reitera que no existe libertad instruida cuando la persona desiere voluntariamente de las cosas que pueda sustraer el cambio de régimen, de allí la gran importancia de la carga de la prueba en cabeza de la administradora de pensiones, cuando surge que el cambio de régimen fue la subterfugio (artículo 191).

Finalmente, conviene recordar que la administración del sistema de pensiones, dado que los aportes efectuados por el trabajador en el momento de su ingreso al sistema se destinan al financiamiento de la pensión, el sistema de pensiones debe ser administrado de manera que asegure el cumplimiento de sus obligaciones, y que los recursos que se destinan a este fin sean administrados de manera que asegure el cumplimiento de sus obligaciones, y que los recursos que se destinan a este fin sean administrados de manera que asegure el cumplimiento de sus obligaciones.

En consecuencia, se concluye que la administradora de pensiones no ha cumplido con su obligación de instruir el momento del traslado o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 días que por ley para trasladar, oírse de las contestaciones, condiciones, excusas, excepciones, excepciones y excepciones de las defensas pensionales, en un lenguaje claro, simple y comprensible. Se reitera que no existe libertad instruida cuando la persona desiere voluntariamente de las cosas que pueda sustraer el cambio de régimen, de allí la gran importancia de la carga de la prueba en cabeza de la administradora de pensiones, cuando surge que el cambio de régimen fue la subterfugio (artículo 191).

En consecuencia, se concluye que la administradora de pensiones no ha cumplido con su obligación de instruir el momento del traslado o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 días que por ley para trasladar, oírse de las contestaciones, condiciones, excusas, excepciones, excepciones y excepciones de las defensas pensionales, en un lenguaje claro, simple y comprensible. Se reitera que no existe libertad instruida cuando la persona desiere voluntariamente de las cosas que pueda sustraer el cambio de régimen, de allí la gran importancia de la carga de la prueba en cabeza de la administradora de pensiones, cuando surge que el cambio de régimen fue la subterfugio (artículo 191).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JOSÉ ISMAEL DE JESÚS SALINAS MURCIA** en contra de **COLPENSIONES**.

EXP. 11001 31 05 007 2018 00207 01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veinte (2020).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, respecto de la sentencia dictada el 03 de marzo de 2020 por el Juzgado 7.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se condene a COLPENSIONES, a reconocer y pagar el incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo, previsto en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, desde el momento a partir del cual radicó solicitud administrativa ante COLPENSIONES, esto es, el 5 de diciembre de 2017, y hasta cuando subsistan las causas que le dieron origen, junto con la indexación de las sumas adeudadas.

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que el extinto I.S.S., le reconoció la pensión de vejez mediante la Resolución n.º 002670 de 2003, con base en artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 por ser beneficiario del régimen de transición; contrajo matrimonio con la Señora María Olimpia del Carmen Cruz de Salinas el 6 de julio de 1963, con quien convive desde esa data, quien depende económicamente de él, y no devenga pensión alguna; reclamó administrativamente el día 5 de diciembre de 2017.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Se admitió la demanda el 23 de mayo de 2018, ordenándose su notificación y traslado a la demandada (f.º 38).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones, con el argumento de que los incrementos pensionales reclamados fueron derogados con la expedición de la ley 100 de 1993, aunado a ello, señaló que, de acuerdo con el precedente de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado el demandante no demostró el cumplimiento de los requisitos

contemplados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, ya que no probó la dependencia económica de su cónyuge.

Formuló como excepciones de fondo, las de prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de COLPENSIONES, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, pago, carencia de causa para demandar, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (f.º 43-57).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, manifestó que coincide con la postura expuesta por la Corte Constitucional en sentencia SU-140 de 2019, al considerar que los incrementos por persona a cargo fueron derogados por la ley 100 de 1993, por lo anterior, solicitó que fuera proferida sentencia anticipada, negando las pretensiones de la demanda (f.º 75 - 80).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 7.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 3 de marzo de 2020, declaró probada la excepción de inexistencia del derecho y la obligación reclamada, y como consecuencia, absolvió a **COLPENSIONES** de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la parte demandante.

Luego de hacer una síntesis de la evolución jurisprudencial que se ha hecho respecto de la vigencia de estos incrementos, concluyó que, de acuerdo con la Sentencia de la Corte Constitucional, SU-140 de 2019, los mismos se encuentran derogados parcialmente a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993, salvo para aquellas personas

que hubiesen adquirido su derecho pensional antes del 1 de abril de 1994 y los hubiesen reclamado dentro del siguiente trienio, cosa que no sucedió en este caso.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandante, apeló con el argumento de que la SU-140 de 2019, sólo tiene efectos inter partes conforme al artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, y sólo en casos especiales la Corte les ha concedido un efecto inter comunis. Así mismo, señaló que de conformidad con el salvamento de voto del Magistrado Alberto Rojas Ríos, esta era una decisión regresiva en materia de protección de derechos pensionales, que además desconocía el precedente desarrollado por la Sala de Revisión de la Corte Constitucional sobre la procedencia del reconocimiento y pago de estos incrementos pensionales.

Sumado a lo anterior, solicitó no ser condenada en costas, toda vez que al momento de la presentación de la demanda ostentaba una posición jurídica que permitía la petición, y en este momento, no se le puede endilgar la inseguridad jurídica que le generó la jurisprudencia; además, no cuenta con los recursos para suplir estos gastos.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se surte el recurso de apelación interpuesto por el demandante, donde la Sala de decisión tendrá como problema jurídico, el verificar si los incrementos pensionales previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, conservan su vigencia en el nuevo sistema pensional; en caso afirmativo, si se

reúnen los presupuestos de la norma para disponer su pago, y si los mismos se encuentran afectados del fenómeno prescriptivo en forma total o parcial.

Los incrementos pensionales del 14% por cónyuge a cargo no fueron derogados por el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, por lo tanto, se deben entender como parte del régimen de prima media con prestación definida en virtud del artículo 31 *ibidem* (CSJ SL, 27 jul. 2005 rad. 21517, SL, 5 dic. 2007 rad. 29751 y SL, 18 ago. 2010 rad. 36345, SL13007-2017 y SL1975-2018), criterio que acoge la Sala Mayoritaria de Decisión, al tratarse de un pronunciamiento emitido por el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Revisados los requisitos para el reconocimiento y pago del incremento pensional por cónyuge a cargo, si bien habría lugar al reconocimiento de los incrementos pensionales regulados por el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, porque se encuentran vigentes para quienes como el demandante, son pensionados por vejez en virtud del régimen de transición que remite al citado acuerdo, como consta en la Resolución n.º002670 de 2003 (f.º 24), aunado a que se acreditó la calidad de cónyuge del demandante de María Olimpia del Carmen Cruz de Salinas, con quien contrajo matrimonio por el rito católico el 06 de julio de 1963 (f.º 12), la convivencia bajo el mismo techo, lecho y mesa desde esa fecha, y la dependencia económica total de esta, respecto de José Ismael de Jesús Salinas Murcia, debido a la enfermedad que padece, con la declaración de las testigos María Cristina Segura Wilches y Adela Mendoza Huertas (vecina y amiga de la pareja, respectivamente), material probatorio con el que al tenor de lo dispuesto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se concluye que se encuentran reunidos los requisitos legales para el reconocimiento de tales incrementos,

máxime cuando la demandada no acreditó que la cónyuge del demandante reciba pensión alguna.

Sin embargo, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL, 12 dic. 2007 rad. 27923, SL, 13 jun. 2012 rad. 42568, SL, 18 sep. 2012 rad. 40919 y 42300, SL9638-2014, SL1585-2015, STL104-2016, SL1749-2018 y SL942-2019, que reiteraron la sentencia SL 12 dic. 2007 rad. 27923, entre otras), aunque los incrementos pensionales están vigentes, se encuentran sometidos a las reglas de la prescripción trienal que rige en materia laboral previstas en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en forma total y no parcial.

Y aunque no se desconocen por la Sala mayoritaria los pronunciamientos de la Corte Constitucional al respecto, en los que se adoctrinó sobre la imprescriptibilidad del derecho al incremento pensional, desde la sentencia T-456 del 27 de noviembre de 2018, al resolver de forma acumulada 11 expedientes que compartían unidad de materia, la alta Corporación concluyó que tal beneficio fue derogado con la Ley 100 de 1993, por lo que debió consolidarse en vigencia del Decreto 758 de 1990, tesis ratificada en la sentencia SU-140-2019.

Así las cosas, ante tal escenario, la Sala mayoritaria acude en su integridad a la postura de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que contrario a lo argumentado por la Corte Constitucional, ha sostenido de manera pacífica e inveterada que los citados incrementos pensionales conservan su vigencia aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, pero además, que están sujetos al fenómeno de la prescripción, puesto que no hacen parte del derecho a la pensión, en tanto constituyen un aspecto económico que sirve para aumentar el monto de la misma y que tal incremento debe

entenderse exigible desde el momento en que se produjo el reconocimiento pensional, (artículos 22 del Acuerdo 049 de 1990, 31 Ley 100 de 1993, CSJ SL1975 y SL1749 ambas de 2018, SL13007-2017, SL, 10 ago. 2010 rad. 36345, SL, 27 jun. 2005 rad. 21517).

De manera que, al haber transcurrido más de 3 años desde la exigibilidad del derecho a incrementar la pensión, con la notificación de la resolución n.º 002670 de 2003, que reconoció la pensión de vejez al demandante (f.º 24), sin que se hubiese interrumpido el término prescriptivo dentro de los 3 años siguientes, pues los reclamó el 05 de diciembre de 2017 (f.º 9) y presentó la demanda el 12 de marzo de 2018 (f.º 16), es claro que los incrementos por cónyuge a cargo aquí reclamados, se encuentran afectados por el fenómeno prescriptivo.

Respecto de la condena en costas impuesta, se tiene que según el artículo 365 del Código General del Proceso, su numeral 1.º establece que se impondrán a la parte vencida, tal como sucedió con la parte demandante en primera instancia, toda vez que se declaró probada la excepción de inexistencia del derecho y la obligación reclamada propuesta por COLPENSIONES y como consecuencia, se absolvió a la misma de las pretensiones de la demanda. Sumado a ello, es necesario mencionar que de acuerdo con el artículo 152 de la misma normatividad, la demandante no solicitó el amparo de pobreza en la oportunidad procesal pertinente, razón por la cual, no es procedente acoger dichas súplicas.

En consecuencia, se **confirmará** la sentencia apelada, sin costas en la alzada ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

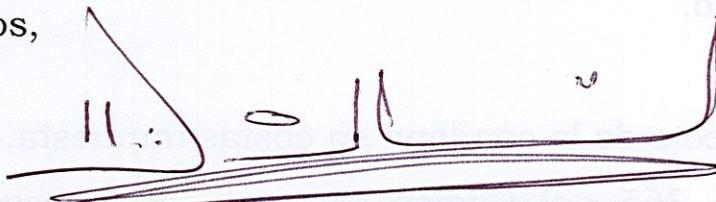
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de marzo de 2020 por el Juzgado 7.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER

Ángela Lucía Murillo Varón
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
relacionada de voto

Hernán Mauricio Oliveros Motta
HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

73

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL**



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JOSE ISMAEL DE JESUS SALINAS MURCIA

DEMANDADO: COLPENSIONES

RADICACIÓN: 11001 31 05 007 2018 00207 01

MAGISTRADO PONENTE: DAVID A. J. CORREA STEER.

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia, presento aclaración de voto en relación con la vigencia de los artículos 20 y 21 del Acuerdo 049 de 1990, respecto de las personas que adquieren el derecho a la pensión en virtud del régimen de transición, por lo siguiente:

La Corte Constitucional señaló en la sentencia SU 140 de 2019 que los incrementos establecidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de la misma anualidad fueron derogados a la expedición de la Ley 100 de 1993, e, igualmente, indicó que reconocerlos violaría en forma directa el inciso 11 del artículo 48 de la carta política, relacionado con la sostenibilidad financiera del sistema, como quiera que su concesión se realiza sin que exista correspondencia entre los aportes efectuados por el cotizante y el monto de la pensión que debe recibir, máxime cuando dichos incrementos pensionales se tratan de una prestación económica accesoria a la pensión de vejez:

De otro lado, la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias, fija el alcance de una norma a partir de los presupuestos constitucionales o la aplica de un determinado modo a un caso concreto, generando así una doctrina constitucional que tiene carácter vinculante para todos los jueces de la República y desde ese punto de vista se acoge el argumento estipulado en la sentencia SU 140 de 2019, conforme a los postulados de igualdad y seguridad jurídica.

Por esa razón, aun cuando se acompaña la decisión absolutoria es menester aclarar que se considera que las normas que sustentan el incremento pensional no se encuentran vigentes para las personas que adquieren el derecho a la pensión en virtud del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, artículo 36, como lo es en el presente caso.

La anterior postura ha sido avalada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en las siguientes sentencias de tutela STL16559-2019, radicación 57998; STL 16483-2019, radicación 58038, y STL 16702-2019, radicación 58070.


ANGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISION LABORAL

ACLRACION DE VOTO

DEMANDANTE: JOSE ISMAEL DE JESUS SALINAS MORA
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICACION: 11001 31 02 037 2015 00207 01

MAGISTRADO PROMOTOR: DAVID A. CORREA SANCHEZ

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia, la presente aclaración de voto en relación con la vigencia de los artículos 17 y 21 del Acuerdo 049 de 1990, respecto de las personas que adhiran al decreto en vigencia del régimen de transición, por lo siguiente:

La Corte Constitucional señaló en la sentencia SU 140 de 2013 que los términos establecidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 se aplican con el decreto 758 de la misma fecha, fueron derogados por la expedición de la Ley 90 de 1993, y, igualmente, antes que se adoptaran medidas en materia de transición, el artículo 48 de la carta política, relacionado con la suspensión de la vigencia del artículo 48 de la carta política, se refiere a una suspensión de la vigencia del artículo 48 de la carta política, como quiera que su concesión se realiza en que exista correspondencia entre los efectos electorales por el contrato y el fin de la vigencia que debe recibir, máxime cuando dichos instrumentos legales se refieren a una prestación económica accesoria a la pensión de vejez.

De otro lado, la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias, al aplicar el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, se refirió a la vigencia de las normas de una norma a partir de las prescripciones constitucionales, la vigencia de un determinado modo a un caso concreto, generando así una diferencia entre el carácter vinculante para todos los casos de la Ley 90 de 1993 y desde ese punto de vista se adoptó el argumento expuesto en la sentencia SU 140 de 2013, conforme a los principios de igualdad y seguridad jurídica.

Por lo tanto, cuando se adopta la decisión de la referencia, se debe tener presente que se considera que las normas que sustentan el régimen de transición se refieren a personas que adhiran al decreto 758 de 1990, y no a las personas que adhiran al régimen de transición contemplado en la Ley 90 de 1993, en tanto que el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, en el presente caso.

En consecuencia, se debe considerar que la Corte Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., en la sentencia SU 140 de 2013, se refirió a la vigencia de las normas de una norma a partir de las prescripciones constitucionales, la vigencia de un determinado modo a un caso concreto, generando así una diferencia entre el carácter vinculante para todos los casos de la Ley 90 de 1993 y desde ese punto de vista se adoptó el argumento expuesto en la sentencia SU 140 de 2013, conforme a los principios de igualdad y seguridad jurídica.

DAVID A. CORREA SANCHEZ
Magistrado Promotor



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARGARITA MARÍA LEURO RUEDA** en contra de **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., y COLFONDOS S.A.**

EXP. 110013105-005-2019-00008-01.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veinte (2020).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida el 20 de noviembre de 2019, por el Juzgado 5.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la existencia de vicio en el consentimiento, porque Colmena, hoy Protección S.A. la indujo en error al momento de firmar el formulario de afiliación con el cual se trasladó de régimen pensional, así como la nulidad o invalidez del mismo, declaró que continúa afiliada al régimen de prima media con prestación definida, y en consecuencia, se ordene a Protección S.A. a devolver todos aportes a Colpensiones S.A., quien deberá recibirla como su afiliada (f.º 2).

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 26 de septiembre de 1960; cotizó con el empleador Club Militar desde el 1.º de junio de 1983 hasta el 31 de marzo de 1988; que realizó aportes en el extinto Instituto de Seguros Sociales en 579 semanas hasta el día de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; que el 22 de febrero de 1995, se trasladó a Protección S.A. sin haber obtenido la información adecuada y completa acerca del cambio de régimen pensional por parte del asesor en la reunión grupal que tuvo en su empresa familiar, pues solo le indicó que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, y que era mejor iniciar con la nueva modalidad ofrecida por los fondos privados que generaba una buena rentabilidad, que se podía pensionar a cualquier edad y con una muy buena mesada; que el 19 de febrero de 2007, con fecha de efectividad el 1.º de abril de 2007, la demandante se afilió Colfondos S.A., y posteriormente, en junio del año 2010, retorna a Protección S.A., fondo al que se encuentra afiliada actualmente; que reclamó administrativamente a Colpensiones, Protección S.A. y Colfondos S.A. el 19, 20 y 21 de noviembre de 2018 respectivamente, pero las peticiones fueron negadas (f.º 3 -5).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 5 de marzo de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 118).

COLPENSIONES S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que la afiliación de la demandante cuenta con validez, en tanto obra como soporte de dicha afiliación las cotizaciones efectuadas por la demandante a Protección S.A. y Colfondos S.A. de manera libre, espontánea y voluntaria, además, no obra soporte alguno que demuestre lo contrario, ni el vicio del consentimiento alegado por la actora.

En su defensa, propuso como excepciones las de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la innominada o genérica (f.º 132-141).

COLFONDOS S.A., se opuso a todas y cada una de las pretensiones, y formuló como excepciones las de inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios en el consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad, buena fe y la genérica o innominada (f.º 246-271).

PROTECCIÓN S.A., no allegó contestación dentro de la oportunidad legal para ello, razón por la cual se tuvo por no contestada la demanda (f.º 307).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 115).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 20 de noviembre de 2019, declaró la nulidad de la afiliación y traslado realizado el 22 de febrero de 1995 a Colmena, hoy Protección S.A.; ordenó a Protección S.A. trasladar la totalidad de los dineros que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones, quien a su vez debe recibir sin solución de continuidad desde la afiliación inicial al régimen de prima media con prestación definida, declaró no probadas las excepciones planteadas, y absolvió a Colfondos S.A. de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, sin costas en esta instancia.

En lo que interesa a la alzada, Consideró que la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017, ha dicho que la existencia del régimen de nulidades de los actos y contratos, en cuyo perfeccionamiento ha concurrido un vicio del consentimiento, se encuentra constitucionalmente atada a defectos en la expresión de la voluntad como consecuencia de una equivocación, de una actuación mal intencionada o una presión indebida, que impactan negativamente la libertad individual, ya que impiden que el consentimiento se preste de manera autónoma y espontánea, y más aún coaccionando al sujeto a la celebración de una relación contractual que no consentiría si tuviera plena libertad.

Señaló que en sentencias como las de radicado n.º56147 del 10 de abril de 2019, y la n.º68803 del 8 de mayo de 2019, respecto de la prescripción, en este tipo de controversias que involucran el derecho a la seguridad social, en virtud del artículo 48 superior, no están cobijadas por el término trienal establecido en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, y en tal sentido la acción no prescribe.

Arguyó, que en las mismas sentencias anteriormente citadas, respecto de la carga de la prueba del cumplimiento del deber de información, establecido en el Decreto n.º720 del 6 de abril de 1994, el cual fue expedido con anterioridad a la vinculación de la demandante con Colmena, se estableció que las A.F.P. debían suministrar al potencial afiliado una información suficiente, amplia y oportuna, al momento de la promoción de la afiliación, y durante toda la afiliación, con ocasión a las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado, y la omisión de tal deber puede incluso comprometer su propia responsabilidad patrimonial.

Por lo anterior, consideró que no se acreditó por parte de la demandada Protección S.A., teniendo la carga procesal de hacerlo, cuál fue la asesoría brindada a la demandante para que tomara la decisión de trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, por ende, no se tiene certeza de que la misma haya sido completa y suficiente, ni que se cumplió con el deber legal de información, así que también existió un vicio en el consentimiento de la demandante, por un error en el objeto del negocio jurídico, el cual no corresponde al planteado por el fondo, así pues, consideró que estuvo engañada por años.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES S.A., apeló con el argumento de que la demandante se trasladó en forma libre y voluntaria al régimen de ahorro individual con solidaridad, porque la manifestación de voluntad, la demandante la expresó al firmar el formulario de vinculación, Así mismo, señaló que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición del artículo 2.º de la ley 797 del 2003, por cuanto se encuentra con la edad mínima requerida para adquirir la

pensión de vejez, razón por la cual no es dable retornar al régimen de prima media con prestación definida.

Adujo, que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición por lo que no se le vulnera ninguna expectativa legítima, razón por la cual recae sobre ésta la carga de la prueba, quien no logró demostrar el vicio del consentimiento, sino que, al contrario, afirmó que existió una información, y una decisión libre y voluntaria de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Dijo además, que tampoco resulta viable declarar la nulidad del traslado al R.A.I.S., porque ello va en contravía del principio de equilibrio financiero, y generaría una descapitalización del fondo común, por cuanto la demandante no ha aportado dentro del régimen de prima media por más de 20 años y resultaría beneficiada por los aportes de las personas que sí lo han hecho.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional de la aquí demandante estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente; y si hay lugar o no, a ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 26 de septiembre de 1960 (f.º 32); **ii)** que a 1.º de abril de 1994 tenía un total de 331 semanas cotizadas en el R.P.M. (f.º 143, expediente administrativo); **iii)** y que inicialmente, el 22 de febrero de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con

solidaridad administrado en su momento por COLMENA S.A hoy PROTECCIÓN S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º46 a 48, 209 a 212), y posteriormente se trasladó a otros fondos de pensiones, como I.N.G. PENSIONES, COLFONDOS S.A., y posteriormente retornó a PROTECCIÓN S.A. donde se encuentra actualmente afiliado.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

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

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

En el presente proceso, se tiene que el demandante firmó inicialmente la solicitud de afiliación y traslado de régimen (f.º46). En el recuadro denominado 'voluntad de afiliado', se encuentra el siguiente texto 'preimpreso', encima de su firma como afiliada: *"Hago constar que realizo de forma libre, espontánea, y sin presiones, la escogencia al régimen de ahorro individual, así como la selección de la administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR, para que sea la única que administra mis aportes pensionales. También declaro que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos"*.

Entonces, en principio, se tiene claramente que la línea jurisprudencial de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, (sentencias SL-4964 de 2018, SL-19447 de 2017, SL-17595 de 2017, STL-1677 de 2019, SL-413 de 2018, SL-1688 de 2019, SL-1451 de 2019 y SL-1452 de 2019, entre otras) señala que la falta de información completa y comprensible por parte de la administradora de pensiones, puede configurar un engaño, que conlleve a la anulación del traslado, situación que no se da en el presente caso; no obstante el Tribunal de Cierre en dichas providencias resalta las condiciones o expectativas pensionales de los trabajadores demandantes al momento del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual, las que de resultar vulneradas con el traslado pueden conllevar a la ineficacia del mismo; lo cual se materializa en que el afiliado ya cuente con un derecho consolidado, que le genere una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión bajo las previsiones del sistema de prima media con prestación definida.

Y es que realmente surgen interrogantes como: ¿Qué tipo de efecto nocivo puede causarse a la accionante quien contaba con 34 años de edad para el 1º de abril de 1994, que para esa data tenía un total de 331 semanas cotizadas, y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?

Así las cosas, para el año de 1994, el demandante contaba con 34 años, es decir, según la norma que se encuentra vigente -Ley 797 de 2003- le faltaban aproximadamente 23 años para cumplir la edad de 57 años, lo cual se traduce en que no contaba con esa expectativa legítima de adquirir el derecho para que pudiera predicarse válidamente que su afiliación inicial a PROTECCIÓN S.A. le cercenó ese derecho.

Por lo que se infiere, que con este acto se produjeron los efectos de traslado válido al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a PROTECCIÓN S.A., fue ineficaz o estuviera viciado de nulidad, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando en el interrogatorio el actor indicó que estuvo de acuerdo con la información suministrada por PROTECCIÓN S.A., mediante el cual dicha entidad le realizó un cálculo del valor de los mesadas pensionales en cada régimen. De igual forma, admitió siempre recibió información de su fondo de pensiones, y que cuando hizo averiguaciones respecto del estado de su pensión consideró que la información suministrada por PROTECCIÓN S.A. era confiable, pero no suficiente.

Así mismo, se debe tener en cuenta que la información señalada por el demandante que le fue otorgada, no implica un engaño, en la medida en que no es errónea, dado que quienes se encuentran vinculados al Régimen de Ahorro Individual pueden obtener el derecho a la pensión sin el cumplimiento del requisito de edad, aumentar el monto de la mesada pensional etc., situaciones estas que son excluyentes del Régimen de Prima Media, que el actor manifestó conocer según su dicho, por lo que desvirtúa el deseo de permanecer en el Régimen de Prima Media o de retornar a él, lo cual se concluye

porque pese a las diversas oportunidades de trasladarse no optó por tal situación, antes por el contrario, pernoctó en el R.A.I.S.

Ahora bien, sobre las consideraciones expuestas en la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL-1452 de 2019, se debe advertir que no desconoce la obligación de los fondos de pensiones de suministrar a los afiliados la información completa y veraz respecto a las condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, sin embargo, se considera que la omisión de esa obligación, *per se*, no afecta ni la validez ni la eficacia del acto jurídico de traslado, salvo que se constituya en un verdadero engaño, en maniobras o artificios tendientes a obtener el consentimiento en la celebración del acto jurídico de traslado, lo que necesariamente debe analizarse en cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias fáctico jurídicas particulares que lo rodean, (como se dijo en la sentencia STL3186-2020), con la advertencia de que el juez está facultado para formar libremente su convencimiento sin estar sujeto a tarifa legal alguna, en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica (artículos 51, 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social); sin embargo, con base en ello, en este caso en específico se reitera no se acreditó.

De manera que, no es de recibo para la Sala mayoritaria, el hecho de que el actor consideró que PROTECCIÓN S.A. incumplió el deber de información solo hasta el momento en que le indicaron el monto de su pensión, sin que hubiese manifestado inconformidad alguna durante el tiempo en que estuvo afiliado. Así las cosas, se tiene que hubo una ratificación tácita del acto jurídico de traslado, con el pleno cumplimiento de las solemnidades legales.

Lo anterior, por cuanto dichas obligaciones generales y especiales que establecen los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de

1994, a cargo de los Fondos de Pensiones, relativas al deber de información para con los afiliados, se suple con aquellas previsiones que se reitera, fueron aceptadas por la demandante, al momento de suscribir los formularios, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad libre, espontánea y sin presiones.

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

Tampoco, se estableció en este proceso la existencia del dolo consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en la demandante para su afiliación, por parte de PROTECCIÓN S.A., en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil.

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

Por lo anterior, respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe señalar que no se encuentra consignada en una norma legal, porque se reitera las conductas referidas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 no se alegan en el presente caso, y en gracia de discusión, no le compete a la jurisdicción definir sobre su ocurrencia o no.

Ya la Corte Constitucional, en la sentencia C-345 de 2017, realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto *“suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”*.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada, esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como, por ejemplo, cuando falta la voluntad no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se encuentra plasmada en el formulario, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa, porque como ya se analizó en párrafos anteriores, no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes desde el año 1995, en la medida en que las partes realizaron las actuaciones (sucesivamente) correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la

Administradora en los periodos en que el demandante se vinculó a ella.

Y respecto de la ineficacia, en sentido estricto de que no se requiere declaración judicial, se refiere es a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes respecto de la nulidad.

Ahora, si en gracia de discusión, se analizara la causal de ineficacia del acto de traslado por incumplimiento al deber de información asignado a las Administradoras de Pensiones, que se reitera deviene de la jurisprudencia, se encuentra en el presente caso, que la carga de la prueba bajo la responsabilidad de los fondos fue cumplida en la medida en que es el mismo demandante quien en el interrogatorio de parte acepta que se le entregó asesoría, al punto que se le informó que no le convenía un traslado de régimen, y pese a esa información optó por el mismo.

Aunado a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras), donde se reitera que la suscripción del formulario a lo sumo acredita el consentimiento, y en este caso, se encuentra que el documento suscrito además de acreditar el consentimiento prueba la información entregada al demandante, lo cual se corrobora con la exposición en el interrogatorio de parte por el demandante.

El anterior análisis probatorio, desvirtúa el argumento del recurso de apelación de que no se acogió la postura de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, que impone la carga de la prueba sobre la información otorgada al vinculado al fondo de pensiones, ya que es el propio dicho del demandante el que corrobora primero que se le informó que no le convenía trasladarse de régimen, segundo las características del Régimen de Ahorro Individual, y tercero que era conocedor de las características del Régimen de Prima Media.

Aunado a que la información ofrecida por Porvenir al demandante, además de ser cierta, fue suficiente y oportuna, sin embargo, el actor, le restó importancia a dicha información, lo que a la postre lo llevó a continuar afiliado al régimen de ahorro individual.

En este punto, bueno es recordar que las reglas de la experiencia y la sana crítica indican que cuando se suscriben diferentes negocios jurídicos, en virtud de la autonomía de la voluntad, no resulta razonable que alguno de los contratantes presten su consentimiento a compromisos y obligaciones que le ocasionen alguna clase de perjuicios, lo que de contera descarta, como ya se vio, que el demandante no hubiera recibido información sobre el régimen de ahorro individual, 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, tal como se concluye en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68838, dado que el acto de la afiliación o no, depende de la persona natural y no del fondo.

También, en el análisis del presente caso, es relevante tener en cuenta que el demandante es una persona que se encuentra ad portas de exigir el derecho a la pensión, y respecto a esta situación, la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2.º de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993, indicando que ese traslado sin respetar los términos señalados en las normas vulnera los principios de equidad y sostenibilidad financiera.

En dicha sentencia, expuso la Corte lo siguiente:

“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones, ...” y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no*

fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, ...”.

Además de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, también se colige que esas decisiones vulneran el principio de solidaridad propio del régimen de prima media porque se trasgrede el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, lo cual se constata en la sentencia C-401 de 2016 cuando expuso:

“...los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”.

Así mismo, en la sentencia C-083/19, señaló que:

“el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las

obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional^[30], y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación^[31], de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

Lo anterior, lleva a colegir que las diferencias entre los regímenes dan lugar a la exigencia de unos plazos predeterminados para garantizar la sostenibilidad, equidad y solidaridad de cada régimen y el bienestar de los afiliados.

De tal manera, que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el régimen de prima media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual, y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Lo anterior, sin pasar por alto que en la actualidad existe un criterio jurisprudencial mayoritario no unificado en nuestro Órgano

de Cierre en relación con la temática que hoy absorbe el conocimiento de esta Sala, por lo que se considera que el afiliado no está exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos, y teniendo en cuenta que de su elección dependerá su futuro pensional; aquí como se vio con lo manifestado en el interrogatorio de parte, la demandante fue negligente frente a este aspecto, que decidió voluntariamente cambiarse de régimen, contando con la oportunidad de trasladarse nuevamente de régimen en los términos dispuestos en la Ley 797 de 2003, antes de que le faltaran 10 años o menos para arribar a la edad mínima pensional.

Es de anotar también, que no se puede pasar por inadvertido que la inconformidad de la demandante que motivó la presentación de la demanda es el posible monto de la mesada pensional, lo cual no se constituye en una causal de nulidad o ineficacia del acto inicial de traslado o de su permanencia en el R.A.I.S., máxime, cuando el monto de la mesada pensional se determina al momento de hacer exigible la pensión o reunir los requisitos, y no al momento de la vinculación a cualquiera de los fondos, porque en dicha oportunidad una proyección de la mesada es simplemente una información que puede ser modificada por diversas variables, como por ejemplo en el Régimen de Prima Media por los ingresos bases de cotización durante la vida laboral, la edad, y las semanas de cotización, y en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por los aportes, aportes voluntarios, bonos pensionales, rendimientos, edad de retiro que se escoja, etc.

Así las cosas, si en gracia de discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido el 22 de febrero de 1995 y reiterando sucesivamente el pernoctar en el R.A.I.S., el mismo tuvo que ser advertido en esa oportunidad, ante la información brindada, por lo que, indefectiblemente, partir de esa

fecha, debía contarse el plazo de 4 años con el que contaba el afiliado para pedir la rescisión del acto jurídico de traslado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, y como no lo hizo, ese hecho debe tenerse como una ratificación tácita del acto, con lo que se sana cualquier nulidad que hubiese podido existir.

Por lo dicho anteriormente, no es viable que el demandante pretenda ahora la nulidad de su traslado. Así, el afiliado debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó, tal y como lo admitió al firmar el formulario de vinculación a PROTECCIÓN S.A.

En conclusión, se tiene el pleno convencimiento para la mayoría de esta Sala de decisión, que al no aplicar la jurisprudencia constitucional al presente caso, se encuentra que declarar la nulidad o ineficacia del acto de traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual vulnera los principios constitucionales de equidad, solidaridad y sostenibilidad financiera del Régimen de pensiones; al tener en cuenta que los criterios jurisprudenciales para declarar la ineficacia del traslado señalados por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no se acreditan, además de que no se prueban los vicios del consentimiento consagrados en las normas legales antes citadas, en consecuencia, hay lugar a REVOCAR la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2019, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

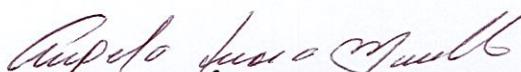
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

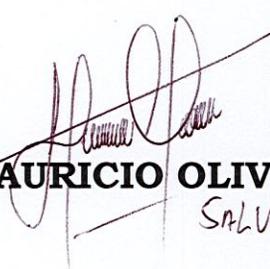
Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

SALVO VOTO

... en la medida que se trata de un asunto de derecho de familia, el juez de familia de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no casación.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER

ANGELA LUCÍA MUELLER VARELA

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTA

2019 OCT 10

SALVAMENTO DE VOTO

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que en el caso bajo estudio, **la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad demandada**, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró haber brindado **al accionante** al momento de la afiliación o con posterioridad, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Lo anterior, se edifica en que la característica fundamental para la selección de régimen pensional, es que la misma sea libre y voluntaria por parte del afiliado, conforme lo dispone el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; igualmente, el artículo 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada y, permite realizar una nueva en forma libre y espontánea.

También, desde la expedición del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; el artículo 4º decreto 656 de 1994 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, dispusieron las obligaciones de las AFP de ofrecer un servicio eficiente, eficaz, y oportuno a los usuarios, brindándoles la información necesaria para tomar la decisión de afiliarse y permanecer en el régimen pensional. Premisa que conforme a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible, pues, solo así, se entenderá que el asesor o promotor del fondo

pensional ha emitido un consejo, sugerencia o recomendación de manera completa en atención a las situaciones particulares del afiliado (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018; STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Paralelamente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL1421 de 2019, la misma corporación indicó que, el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”, la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. **Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado.**

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que, para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688-2019 y SL1452-2019. Ello es así también, porque considero que las “*expectativas legítimas*” es un concepto vacío que no puede ser llenado por el intérprete de manera subjetiva sin la existencia de unas reglas claras y objetivas, so pena de transgredir el derecho fundamental a la igualdad.

También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en aplicación del artículo 1604 del Código Civil, señaló que en tratándose de

asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

En el presente asunto, ninguna confesión se colige del interrogatorio de parte surtido por el demandante de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, dado que no se advierte del mismo que le hubieren ilustrado al momento del traslado o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que por ley tenía para trasladarse, acerca de las características, condiciones, acceso, servicios, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, en un lenguaje claro, simple y comprensible. Se reitera que no existe libertad informada cuando la persona desconoce realmente de los efectos que pueda acarrearle el cambio de régimen, de allí, la gran importancia de la carga de la prueba en cabeza de la administradora de pensiones, en demostrar que el cambio de régimen fue lo suficientemente informado.

Finalmente, considero que la sostenibilidad del sistema no se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su **vida productiva**, en los cuales se **edifica el financiamiento de la pensión**, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social (Ley 100 de 1993), serán devueltos con sus rendimientos y gastos de administración al régimen de prima media con prestación definida.

En consecuencia, para el suscrito Magistrado se configuró una violación del deber de información, lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, que no puede entenderse superada con la suscripción del formulario de afiliación, con lo dicho en el interrogatorio de parte y tampoco por las cotizaciones efectuadas en el RAIS, por lo que resulta procedente declarar la ineficacia del traslado e imponer las consecuentes condenas.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

En el presente proceso, ninguna contestación se recibió del demandado antes de la fecha de la demanda, por lo que se declara su rebeldía con el artículo 191 del Código General del Proceso, dando lugar a que se continúe el trámite del proceso de oficio, en virtud de lo establecido en el artículo 191 del Código General del Proceso.

En el presente proceso, ninguna contestación se recibió del demandado antes de la fecha de la demanda, por lo que se declara su rebeldía con el artículo 191 del Código General del Proceso, dando lugar a que se continúe el trámite del proceso de oficio, en virtud de lo establecido en el artículo 191 del Código General del Proceso.

En el presente proceso, ninguna contestación se recibió del demandado antes de la fecha de la demanda, por lo que se declara su rebeldía con el artículo 191 del Código General del Proceso, dando lugar a que se continúe el trámite del proceso de oficio, en virtud de lo establecido en el artículo 191 del Código General del Proceso.

En el presente proceso, ninguna contestación se recibió del demandado antes de la fecha de la demanda, por lo que se declara su rebeldía con el artículo 191 del Código General del Proceso, dando lugar a que se continúe el trámite del proceso de oficio, en virtud de lo establecido en el artículo 191 del Código General del Proceso.

En el presente proceso, ninguna contestación se recibió del demandado antes de la fecha de la demanda, por lo que se declara su rebeldía con el artículo 191 del Código General del Proceso, dando lugar a que se continúe el trámite del proceso de oficio, en virtud de lo establecido en el artículo 191 del Código General del Proceso.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **EDUARDO FLORENCIO GÁLVEZ ARGOTE** en contra de **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., OLD MUTUAL S.A., y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 007 2017 00436 02.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veinte (2020).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados **ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**, **HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA** y **DAVID A. J. CORREA STEER**, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas **PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES**, así como también, resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**, contra la sentencia proferida el 13 de diciembre de 2019, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

Se reconoce a la abogada Diana María Vargas Jeréz, como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos legales conferidos en el poder de sustitución aportado a f.º 361. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declarara la nulidad de su traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, y consecuentemente, que nunca estuvo afiliado a los fondos de pensiones y cesantías PROTECCIÓN S.A., OLD MUTUAL S.A, y PORVENIR S.A., atendiendo al error bajo el cual suscribió dicho traslado al R.A.I.S.; que se ordenara a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES como administradora del R.P.M. el valor total de los dineros que reposan en su cuenta de ahorro individual; que se ordenara a COLPENSIONES aceptar el traslado y que se condenara a PROTECCIÓN S.A., OLD MUTUAL S.A., Y PORVENIR S.A., al pago de una indemnización económica por los perjuicios materiales y morales causados.

Consecuentemente, que se condenara al pago de las costas procesales a las demandadas, y que se aplicara las facultades extra y ultra petita.

Para el efecto, manifestó que nació el 17 de julio de 1955; que se afilió al extinto I.S.S., hoy COLPENSIONES, el 17 de abril de 1985, donde cotizó hasta el 10 de octubre del mismo año; que entre el 1.º de abril de 1986 hasta el 31 de mayo de 2003, realizó aportes a la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, hoy U.G.P.P.; que el 6 de mayo de 2003, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, Fondo Santander, hoy PROTECCIÓN S.A., con fecha de

efectividad 1 de agosto de 2003; que el 22 de julio de 2005, con fecha de efectividad del 1.º de agosto de 2005, se afilió a Skandia, hoy OLD MUTUAL S.A.; que el 22 de enero de 2008, se afilió a PORVENIR S.A., a la cual se encuentra actualmente afiliado, y donde realiza las cotizaciones respectivas desde el 1.º de marzo de 2008 hasta la fecha; que ni PROTECCIÓN S.A., ni las otras A.F.P. a las que se vinculó posteriormente, contaban con personal experto, ni profesional, con formación en el régimen de pensiones, que PROTECCIÓN S.A., lo indujo a trasladarse al R.A.I.S.; que no se le brindó información de manera sencilla, clara y objetiva sobre los efectos jurídicos del traslado, diferencias entre uno y otro régimen; que lo que le indicaron estas A.F.P. fue que en el R.A.I.S. se podía pensionar anticipadamente con una mesada pensional superior en su cuantía a la que otorgaba el R.P.M., que la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, se iba a acabar y, por ende, los aportes realizados a dicha entidad se perderían, por ello, para recuperar el dinero cotizado allí, debía afiliarse al R.A.I.S. donde esos aportes se convertirían en un bono pensional.

Señaló que, debido a la petición realizada a PORVENIR S.A. el 26 de julio de 2016, donde solicitó proyección de mesada pensional, se dio cuenta que lo dicho por las A.F.P. era un engaño, razón por la cual el 16 de febrero de 2017, radicó solicitud de nulidad de traslado ante PROTECCIÓN S.A., OLD MUTUAL S.A., Y PORVENIR S.A., las cuales fueron negadas, así mismo, que el 20 de febrero solicitó ante COLPENSIONES traslado de régimen pensional, petición que fue negada, pues arguyó que, no era viable dar trámite a la solicitud, toda vez que a 1.º de abril de 1994, éste no contaba con 15 años o más de servicios cotizados, requeridos para efectuar el traslado por Sentencia de la Corte Constitucional SU-062 de 2010.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 28 de julio de 2017, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.º 117).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en que no podía aceptar el traslado de régimen del demandante hasta que se pruebe la respectiva nulidad y se demuestre que éste está cobijado por el régimen de transición, de conformidad con lo establecido en la sentencia SU-062 de 2010; se opuso al pago de la indemnización económica, argumentando que, dentro del proceso no se encontraba siquiera prueba sumaria de la causación de los perjuicios.

Propuso como excepciones las denominadas inexistencia del derecho reclamado, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, y la innominada o genérica (f.º 143 - 154).

OLD MUTUAL S.A., también se opuso a las pretensiones de la actora, alegando en su favor que de pretender la nulidad del traslado, el demandante debió siquiera aportar prueba sumaria que sustentara dicha afirmación y señalar cuál de las causales se configuró en la celebración del contrato de traslado de régimen, sumado a que, de ser una persona diligente hubiese podido verificar las condiciones, características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales; respecto de los vicios del consentimiento, manifiesta que el error de hecho no se configura en este caso, y que el error de derecho no vicia el consentimiento.

Propuso las excepciones de mérito de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa

e inexistencia de la obligación, buena fe y compensación (f.º 164 - 202).

PORVENIR S.A., se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, dijo que en la fecha de vinculación del demandante a este fondo se le suministró toda la información requerida sobre las características y diferencias entre el R.A.I.S. y el R.P.M., razón por la cual el demandante emitió voluntad expresa de realizar el acto jurídico de traslado de manera libre, razón por la cual no se presentó ningún vicio del consentimiento; respecto de la indemnización económica solicitada, se opuso al manifestar que el demandante se encuentra válidamente afiliado a esta A.F.P., y que el mismo, debió comprobar lo alegado, lo cual no ha ocurrido en este caso.

En su defensa, formuló como excepciones las que denominó inexistencia de la obligación a cargo de mi representada, cobro de lo no debido, prescripción, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, buena fe y compensación (f.º 212 - 232).

PROTECCIÓN S.A., se opuso a todas y cada una de las pretensiones, señaló que la petición del demandante se basa en manifestaciones infundadas encaminadas a procurar un medio para devolverse a COLPENSIONES, ante la imposibilidad legal de hacerlo en estos momentos, sumado a que no se encuentra demostrado que se haya engañado al demandante u omitido suministrarle información, ni mucho menos que su consentimiento hubiese estado viciado; además, manifestó que no existe prueba de los perjuicios solicitados, ni nexo causal entre lo pretendido y la decisión del demandante de vincularse a esta A.F.P.

Formuló como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la nulidad alegada por no haberse configurado un vicio en el consentimiento, saneamiento por ratificación de la nulidad alegada, prescripción y excepción genérica (f.º 267 -274).

Es de anotar que, mediante auto del 24 de enero de 2018, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito, acotó que de acuerdo con las documentales aportadas por PORVENIR S.A., las últimas cotizaciones en pensión a favor del demandante fueron realizadas por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, entidad para la cual, el afiliado presta sus servicios ostentando la calidad de empleado público, razón por la cual resolvió declarar la falta de jurisdicción para conocer del presente proceso; sin embargo, dicha providencia fue apelada por la parte demandante, siendo asignado dicho recurso a la Magistrada Ponente María Isabel Arango Secker, quien luego de admitir el mismo, mediante providencia del 20 de febrero de 2018, y una vez reunida la sala de decisión, resolvió dejar sin efecto esta providencia, toda vez que el auto que declara la falta de jurisdicción, no es de naturaleza apelable.

Así las cosas, el expediente fue repartido al Juzgado 25 administrativo de oralidad del circuito judicial de Bogotá D.C., el cual resolvió inadmitir la demanda, y concedió un término de 10 días para que se subsanaran los defectos allí acotados; sin embargo, mediante providencia del 19 de julio de 2018, visible a folio 326, ese Juzgado resolvió dejar sin efecto providencia del 15 de julio de 2018, mediante la cual había inadmitido la demanda, para en su lugar declarar que carecía de competencia, y proponer un conflicto negativo de competencia con la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, y el Juzgado 7.º Laboral del Circuito de Bogotá.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 13 de diciembre de 2019, declaró la ineficacia de la afiliación del demandante al R.A.I.S., que en su caso administra PORVENIR S.A., para tenerlo como válidamente afiliado a COLPENSIONES; condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor con sus correspondientes rendimientos; ordenó a COLPENSIONES a recibir como su afiliado al demandante, sin solución de continuidad, a partir de la fecha de afiliación primigenia a CAJANAL; condenó en costas a los fondos demandados, concedió recurso de apelación a COLPENSIONES y a PORVENIR S.A., y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

Consideró respecto del deber de información de las A.F.P., que éste ha existido desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y ha estado a cargo de las A.F.P., además, que de acuerdo con la sentencia SL-16C8 del 3 de abril de 2019, la Sala de casación de la Corte Suprema de Justicia sintetizó la evolución normativa de ese deber de información en 3 etapas a saber: la primera (Ley 100 de 1993), que es el deber de información, donde se debe ilustrar al trabajador respecto de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales; la segunda etapa acumulativa (artículo 3 literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto n.º 2241 de 2010), es la asesoría y buen consejo, que implica además del deber de información ya citado, el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del trabajador afiliado, y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor del fondo privado pueda emitir un consejo o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene, y por tanto, lo que podría perjudicarle; y por último, la tercera etapa acumulativa (Ley 1748 del

2014), es la doble asesoría, donde además de lo anterior, el trabajador tiene derecho obtener la asesoría correspondiente de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Indicó, que en el presente caso no obra ningún medio probatorio de convicción que brinde certeza y veracidad de que las A.F.P. demandadas, al momento del traslado de régimen del demandante, hubiesen suministrado la información veraz, clara, precisa, comprensible y detallada, respecto de las consecuencias que le traería a su futuro pensional esta decisión, lo cual constituye una flagrante omisión a su deber de información, según lo anteriormente expuesto y teniendo la carga de acreditarlo.

Respecto a la firma de los formularios de vinculación a las A.F.P, que se alegó como prueba de la voluntad del demandante de afiliarse al R.A.I.S., señaló que de acuerdo entre otras, con la sentencia SL 1452 de 2019, la Corte Suprema de Justicia, manifestó que ello no es admisible, puesto que se acreditó que el demandante desconocía la incidencia que esa afiliación tenía sobre sus derechos prestaciones pensionales, información que debieron suministrar las demandadas, pero que dentro del presente proceso no se acreditó.

Precisó, que la mesada pensional es parte intrínseca del derecho pensional garantizado constitucionalmente en el artículo 48 de la Constitución Política, y que si el afiliado ve menoscabada significativamente la cuantía en que percibirá la misma, debido a la información tergiversada brindada al momento de lograr su traslado de régimen, es consecuente que éste ponga en función el aparato jurisdiccional, a fin de garantizar su derecho al disfrute pensional, que está directamente relacionado con dicho monto.

Finalmente, frente a la excepción de prescripción, señaló que

con base en el artículo 48 de la Constitución Política, y la relación directa que tiene la imprescriptibilidad del derecho a la seguridad social, este fenómeno no opera en este tipo de litigios.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia proferida por el juez de primera instancia. Se refirió al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, para indicar que si el afiliado decide trasladarse de régimen debe hacer una manifestación por escrito, que es la que consta en el formulario de afiliación suscrito por el demandante, que hoy pretende desconocer, y que contrario a lo que afirmó el juez, en el presente caso no se demostró que la A.F.P. no haya brindado la información de forma clara y completa, así como que tampoco se le vulneró ninguna expectativa legítima con el mismo, sumado a que, considera muy raro, que el demandante como abogado penalista que es, manifieste en su interrogatorio de parte que desconozca qué es el R.A.I.S.

Consideró desproporcionado que se le condenara a la devolución de los gastos de administración, puesto el demandante se encuentra válidamente afiliado al R.A.I.S. y ésta A.F.P. ha cubierto los riesgos de invalidez, vejez y muerte; de igual manera agregó, que de confirmarse la decisión, también se condene al pago de estos gastos de administración a las otras A.F.P. demandadas.

COLPENSIONES, expresó que en el presente caso, el traslado al R.A.I.S. el 6 de mayo de 2003, se realizó de manera libre y voluntaria. Señaló que, pese a que el deber de información siempre ha estado a cargo de las A.F.P., el deber de documentar la información suministrada a los potenciales afiliados sólo nació hasta el año 2014 con la expedición de la Ley 1748, por lo que con la simple afirmación

del demandante de no haber recibido la información completa, no se puede constatar la mala fe de los fondos codemandados.

Señaló también, que dentro del proceso no se probó la existencia de vicio alguno del consentimiento, teniendo la carga de hacerlo, sumando a que, de declararse la nulidad del traslado se afecta gravemente la sostenibilidad financiera tanto del R.P.M., como del R.A.I.S.; igualmente, solicitó no ser condenada en costas, toda vez que el traslado del demandante fue realizado conforme a la legislación vigente para ese momento.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional del aquí demandante estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente, por parte de las Administradoras de los Fondos Pensionales demandados.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 17 de julio de 1955, hecho que es pacíficamente aceptado por las partes procesales (f.º 40); **ii)** que el 17 de abril de 1985, se afilió al R.P.M., donde cotizó hasta el 10 de octubre del mismo año, cotizando un total de 25,29 semanas (f.º 159); **iii)** que entre el 1.º de abril de 1986 hasta el 31 de mayo de 2003, realizó aportes a la Caja Nacional de Previsión social, CAJANAL, hoy U.G.P.P.(f.º 42, 48, 54); **iv)** que el 6 de mayo de 2003, suscribió formulario de traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por la A.F.P. Santander, hoy PROTECCIÓN S.A., con fecha de efectividad 1.º de agosto de 2003 (f.º 58); que el 22 de julio de 2005, se afilió a Skandia, hoy OLD MUTUAL S.A. (f.º 59),

y que desde el 22 de enero de 2008, se encuentra vinculado a la A.F.P. PORVENIR S.A. (f.º 62).

El traslado de régimen por vinculación a una A.F.P., es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

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

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

En el presente proceso, se tiene que el demandante firmó la solicitud de afiliación y traslado de régimen, diligenciada el 06 de mayo de 2003 (f.º 58, 275), donde en el recuadro denominado ‘voluntad de la afiliación’, se encuentra el siguiente texto ‘preimpreso’ respecto de la afiliación al fondo de pensiones obligatorias, encima de su firma como afiliado: *“De acuerdo con el Decreto 692 de 1994 artículo 11, hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones. Manifiesto que he elegido a Pensiones y Cesantías Santander para que administre mis aportes pensionales y que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos. Autorizo a Pensiones y Cesantías Santander para que tramite a mi nombre la emisión de mi bono pensional.”*

Entonces, en principio, se tiene claramente que la línea jurisprudencial de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, (sentencias SL-4964 de 2018, SL-19447 de 2017, SL-17595 de 2017, STL-1677 de 2019, SL-413 de 2018, SL-1688 de 2019, SL-1451 de 2019 y SL-1452 de 2019, entre otras) señala que la falta de información completa y comprensible por parte de la administradora de pensiones, puede configurar un engaño, que conlleve a la anulación del traslado, situación que no se da en el presente caso; no obstante el Tribunal de Cierre en dichas providencias resalta las condiciones o expectativas pensionales de los trabajadores demandantes al momento del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual, las que de resultar vulneradas con el traslado pueden conllevar a la ineficacia del mismo; lo cual se materializa en que el afiliado ya cuente con un derecho consolidado, que le genere una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión bajo las previsiones del sistema de prima media con prestación definida.

Y es que realmente surgen interrogantes como: ¿Qué tipo de efecto nocivo puede causarse al accionante quien contaba con 38

años de edad para el 1.º de abril de 1994, que para esa data tenía un total de 411,43 semanas cotizadas, y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?

Así las cosas, para el año de 1994, el demandante contaba con 38 años, es decir, según la norma que se encuentra vigente -Ley 797 de 2003- le faltaban aproximadamente 24 años para cumplir la edad de 62 años, lo cual se traduce en que no contaba con esa expectativa legítima de adquirir el derecho para que pudiera predicarse válidamente que su afiliación inicial a PROTECCIÓN S.A. le cercenó ese derecho.

Por lo que se infiere, que con este acto se produjeron los efectos de traslado válido al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a PROTECCIÓN S.A., OLD MUTUAL S.A Y PROVENIR S.A., fue ineficaz o estuviera viciado de nulidad, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando la suscripción del formulario no fue objeto de reproche de su parte, y posteriormente realizó dos afiliaciones al mismo régimen, lo que considera la Sala como una ratificación tácita del acto jurídico del traslado, con cumplimiento de las solemnidades legales. Además, pese a que adujo no haber sido informado respecto de las características de del R.A.I.S., señaló tanto en la demanda como en su interrogatorio de parte, características propias de este régimen pensional tales como la posibilidad de pensionarse anticipadamente, y que el traslado de los aportes realizados al R.P.M. se materializaría en un bono pensional, lo que es indicativo de que conocía el R.A.I.S.

Así mismo, se debe tener en cuenta que la información señalada por el demandante que le fue otorgada, no implica engaño, en la

medida en que no es errónea, dado que quienes se encuentran vinculados al régimen de ahorro individual con solidaridad pueden obtener el derecho a la pensión sin el cumplimiento del requisito de la edad, aumentar el monto de la mesada pensional, etc., situaciones estas que son excluyentes del régimen de prima media con prestación definida, que el actor manifestó conocer según su dicho, por lo que desvirtúa el deseo de permanecer en el régimen de prima media o de retornar a él, sino que antes por el contrario, pernoctó en el R.A.I.S.

Ahora bien, sobre las consideraciones expuestas en la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL-1452 de 2019, se debe advertir que no desconoce la obligación de los fondos de pensiones de suministrar a los afiliados la información completa y veraz respecto a las condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, sin embargo, se considera que la omisión de esa obligación, *per se*, no afecta ni la validez ni la eficacia del acto jurídico de traslado, salvo que se constituya en un verdadero engaño, en maniobras o artificios tendientes a obtener el consentimiento en la celebración del acto jurídico de traslado, lo que necesariamente debe analizarse en cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias fáctico jurídicas particulares que lo rodean, (como se dijo en la sentencia STL3186-2020), con la advertencia de que el juez está facultado para formar libremente su convencimiento sin estar sujeto a tarifa legal alguna, en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica (artículos 51, 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social); sin embargo, con base en ello, en este caso en específico se reitera no se acreditó.

De manera que, no es de recibo para la Sala mayoritaria, el hecho de que el actor consideró que PROTECCIÓN S.A. incumplió el deber de información solo hasta el momento en que le indicaron el monto de su pensión, sin que hubiese manifestado inconformidad

alguna durante el tiempo en que estuvo afiliado. Así las cosas, se tiene que hubo una ratificación tácita del acto jurídico de traslado, con el pleno cumplimiento de las solemnidades legales.

Lo anterior, por cuanto dichas obligaciones generales y especiales que establecen los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, a cargo de los Fondos de Pensiones, relativas al deber de información para con los afiliados, se suple con aquellas previsiones que se reitera, fueron aceptadas por la demandante, al momento de suscribir los formularios, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad libre, espontánea y sin presiones.

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

Tampoco se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en el demandante para su afiliación, por parte de PROTECCIÓN S.A., OLD MUTUAL S.A. o PROVENIR S.A., en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil.

Se considera entonces, que no existen elementos de juicio que permitan establecer coacción, error o inducción al mismo como vicios del consentimiento, la deficiencia de la asesoría que se aduce, menos aún el dolo consistente en artificios o engaños para obtener el consentimiento en el traslado, pues lo que está claro es que el demandante fue asesorado, y estuvo de acuerdo con la información

suministrada, por lo tanto, no había lugar a declarar ni la nulidad de la afiliación a PROTECCIÓN S.A., ni la ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se acreditó que persona alguna hubiese atentado contra el derecho del trabajador a seleccionar el régimen pensional.

Por lo anterior, respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe señalar que no se encuentra consignada en una norma legal, porque se reitera las conductas referidas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 no se alegan en el presente caso, y en gracia de discusión, no le compete a la jurisdicción definir sobre su ocurrencia o no.

Ya la Corte Constitucional, en la sentencia C-345 de 2017, realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto *“suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”*.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada, esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como, por ejemplo, cuando falta la voluntad no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se encuentra plasmada en el formulario y en el interrogatorio de parte, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa, porque como ya se analizó en párrafos anteriores, no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes desde el año 2003, en la medida en que las partes realizaron las actuaciones (sucesivamente) correspondientes para tal fin, al punto que su empleador realizó los aportes a las Administradoras en los periodos en que el demandante se vinculó a éstas.

Y respecto de la ineficacia, en sentido estricto de que no se requiere declaración judicial, se refiere es a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes respecto de la nulidad.

Ahora, si en gracia de discusión, se analizara la causal de ineficacia del acto de traslado por incumplimiento al deber de información asignado a las Administradoras de Pensiones, que se reitera deviene de la jurisprudencia, se encuentra en el presente caso, que la carga de la prueba bajo la responsabilidad de los fondos fue cumplida en la medida en que es el mismo demandante quien en el interrogatorio de parte acepta que se le entregó asesoría por cada una de ellas cada vez que realizó cambio de A.F.P., información que le brindaba seguridad respecto de la posible materialización de su derecho pensional.

Aunado a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras), donde se reitera que la suscripción del formulario a lo sumo acredita el consentimiento, y en este caso, se encuentra que el

documento suscrito además de acreditar el consentimiento prueba la información entregada al demandante, lo cual se corrobora con la exposición en el interrogatorio de parte por el demandante, donde señala algunas de las características propias del R.A.I.S.

En este punto, bueno es recordar que las reglas de la experiencia y la sana crítica indican que cuando se suscriben diferentes negocios jurídicos, en virtud de la autonomía de la voluntad, no resulta razonable que alguno de los contratantes presten su consentimiento a compromisos y obligaciones que le ocasionen alguna clase de perjuicios, lo que de contera descarta, como ya se vio, que el demandante no hubiera recibido información sobre el régimen de ahorro individual, 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, dado que el acto de la afiliación o no, depende de la persona natural y no del fondo.

También, en el análisis del presente caso, es relevante tener en cuenta que el demandante es una persona que se encuentra ad portas de exigir el derecho a la pensión, y respecto a esta situación, la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2.º de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993, indicando que ese traslado sin respetar los términos señalados en las normas vulnera los principios de equidad y sostenibilidad financiera.

En dicha sentencia, expuso la Corte lo siguiente:

“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones, ...” y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste*

en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, ...”.

Además de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, también se colige que esas decisiones vulneran el principio de solidaridad propio del régimen de prima media porque se trasgrede el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, lo cual se constata en la sentencia C-401 de 2016 cuando expuso:

“...los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”.

Así mismo, en la sentencia C-083/19, señaló que:

“el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional^[30], y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación^[31], de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

Lo anterior, lleva a colegir que las diferencias entre los regímenes dan lugar a la exigencia de unos plazos predeterminados para garantizar la sostenibilidad, equidad y solidaridad de cada régimen y el bienestar de los afiliados.

De tal manera, que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el régimen de prima media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual, y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Sin pasar por alto, que en la actualidad existe un criterio jurisprudencial mayoritario no unificado en nuestro Órgano de Cierre en relación con la temática que hoy absorbe el conocimiento de esta Sala, por lo que se considera que el afiliado no está exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos, y teniendo en cuenta que de su elección dependerá su futuro pensional; aquí como se vio con lo manifestado en el interrogatorio de parte, el demandante fue negligente frente a este aspecto, puesto que durante el tiempo que ha permanecido afiliado al régimen de ahorro individual, señaló nunca haber acudido a las oficinas de ninguno de los fondos con los que ha estado vinculado para resolver dudas o buscar asesoría respecto de su situación pensional, sumado a que, como también lo mencionó, firmaba los formularios de afiliación sin leerlos, pese a que es abogado y conoce las consecuencias que ésto puede acarrear; lo cual no solo denota desinterés, sino plena seguridad de seguir vinculado a este régimen pensional.

Es de anotar también, que no se puede pasar por inadvertido que la inconformidad del demandante que motivó la presentación de

la demanda es el posible monto de la mesada pensional, lo cual no se constituye en una causal de nulidad o ineficacia del acto inicial de traslado o de su permanencia en el R.A.I.S., máxime, cuando el monto de la mesada pensional se determina al momento de hacer exigible la pensión o reunir los requisitos, y no al momento de la vinculación a cualquiera de los fondos, porque en dicha oportunidad una proyección de la mesada es simplemente una información que puede ser modificada por diversas variables, como por ejemplo en el Régimen de Prima Media por los ingresos bases de cotización durante la vida laboral, la edad, y las semanas de cotización, y en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por los aportes, aportes voluntarios, bonos pensionales, rendimientos, edad de retiro que se escoja, etc.

Así las cosas, si en gracia de discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido el 6 de mayo de 2003, el mismo tuvo que ser advertido en esa oportunidad, ante la información brindada, por lo que, indefectiblemente, partir de esa fecha, debía contarse el plazo de 4 años con el que contaba el afiliado para pedir la rescisión del acto jurídico de traslado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, y como no lo hizo, ese hecho debe tenerse como una ratificación tácita del acto, con lo que se sana cualquier nulidad que hubiese podido existir.

Por lo dicho anteriormente, no es viable que el demandante pretenda ahora la nulidad de su traslado. Así, el afiliado debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó, tal y como lo admitió al firmar el formulario de vinculación a PROTECCIÓN S.A.

En conclusión, se tiene el pleno convencimiento para la mayoría de esta Sala de decisión, que al no aplicar la jurisprudencia constitucional al presente caso, se encuentra que declarar la nulidad

o ineficacia del acto de traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual vulnera los principios constitucionales de equidad, solidaridad y sostenibilidad financiera del Régimen de pensiones; al tener en cuenta que los criterios jurisprudenciales para declarar la ineficacia del traslado señalados por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no se acreditan, además de que no se prueban los vicios del consentimiento consagrados en las normas legales antes citadas, en consecuencia, hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 13 de diciembre de 2019, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, a **OLD MUTUAL PENSIONES, Y CESANTÍAS S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**, de todas las pretensiones incoadas por **EDUARDO FLORENCIO GÁLVEZ ARGOTE**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

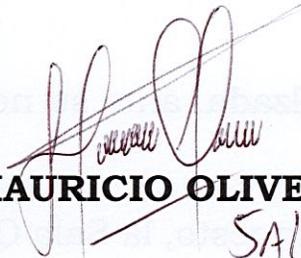
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER

Ángela Lucía Murillo Varón
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

SALVO VOTO

RESUELVE:

SALVAMENTO DE VOTO

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que en el caso bajo estudio, **la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad demandada**, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró haber brindado **al accionante** al momento de la afiliación o con posterioridad, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Lo anterior, se edifica en que la característica fundamental para la selección de régimen pensional, es que la misma sea libre y voluntaria por parte del afiliado, conforme lo dispone el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; igualmente, el artículo 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada y, permite realizar una nueva en forma libre y espontánea.

También, desde la expedición del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; el artículo 4° decreto 656 de 1994 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, dispusieron las obligaciones de las AFP de ofrecer un servicio eficiente, eficaz, y oportuno a los usuarios, brindándoles la información necesaria para tomar la decisión de afiliarse y permanecer en el régimen pensional. Premisa que conforme a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible, pues, solo así, se entenderá que el asesor o promotor del fondo

pensional ha emitido un consejo, sugerencia o recomendación de manera completa en atención a las situaciones particulares del afiliado (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018; STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Paralelamente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL1421 de 2019, la misma corporación indicó que, el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”, la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. **Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado.**

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que, para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688-2019 y SL1452-2019. Ello es así también, porque considero que las “*expectativas legítimas*” es un concepto vacío que no puede ser llenado por el intérprete de manera subjetiva sin la existencia de unas reglas claras y objetivas, so pena de transgredir el derecho fundamental a la igualdad.

También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en aplicación del artículo 1604 del Código Civil, señaló que en tratándose de

asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

En el presente asunto, ninguna confesión se colige del interrogatorio de parte surtido por el demandante de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, dado que no se advierte del mismo que le hubieren ilustrado al momento del traslado o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que por ley tenía para trasladarse, acerca de las características, condiciones, acceso, servicios, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, en un lenguaje claro, simple y comprensible. Se reitera que no existe libertad informada cuando la persona desconoce realmente de los efectos que pueda acarrearle el cambio de régimen, de allí, la gran importancia de la carga de la prueba en cabeza de la administradora de pensiones, en demostrar que el cambio de régimen fue lo suficientemente informado.

Finalmente, considero que la sostenibilidad del sistema no se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su **vida productiva**, en los cuales se **edifica el financiamiento de la pensión**, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social (Ley 100 de 1993), serán devueltos con sus rendimientos y gastos de administración al régimen de prima media con prestación definida.

En consecuencia, para el suscrito Magistrado se configuró una violación del deber de información, lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, que no puede entenderse superada con la suscripción del formulario de afiliación, con lo dicho en el interrogatorio de parte y tampoco por las cotizaciones efectuadas en el RAIS, por lo que resulta procedente declarar la ineficacia del traslado e imponer las consecuentes condenas.

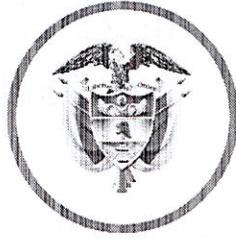
En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

En el presente asunto, ninguna comisión de cargo del Ministerio de
parte surtida por el demandante se confundió con el artículo 131 del Código
General del Trabajo, dado que no se advierte del mismo que le imponga
fuerza al momento del traslado o, con posterioridad, antes del vencimiento de
los 10 días que por ley tenía para trasladarse, según de las características,
condiciones, sueldo, servicios, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes
pensionales, en un lenguaje claro, simple y comprensible. Por tanto, que no
exista la mala información cuando la persona desocupa totalmente de los efectos
que puede acarrear el cambio de régimen de vejez, la gran importancia de la
carga de la prueba en cabeza de la administración de pensiones, en demostrar
que el cambio de régimen fue lo solicitado por el trabajador.

Finalmente, considero que la esencialidad del elemento no es un requisito
para que los que son afectados por el cambio de vejez en vida productiva,
deben ser oídos en el proceso de fiscalización de la gestión, según lo dispuesto
en el artículo 131 del Código General del Trabajo, y en el artículo 131 del
Código General del Trabajo, para el caso de los que son afectados por el
cambio de régimen de vejez, en vida productiva.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR TIRSO MARTÍN BUSTOS RAMÍREZ EN CONTRA DE EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., HOY GRUPO ENERGÍA BOGOTÁ S. A. E.S.P.

EXP. 11001 31 05 003 2018 00575 01.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veinte (2020).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia absolutoria proferida el 2 de marzo de 2020, por el Juzgado 3.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se declare que se condene a la demandada a reconocer y pagar los ajustes anuales del I.P.C. respecto del incremento económico de la pensión de invalidez, que percibe desde el 23 de mayo de 1996, en cuantía de \$153.600 mensual, equivalente al 50% del último salario devengado, el cual debe ser cancelado en forma retroactiva desde el 1.º de enero de 1997, y en lo sucesivo hasta cuando permanezca en estado de invalidez (f.º 6, 7).

Como sustento relevante de sus pretensiones, afirmó que sus prestó servicios a la demandada entre el 5 de mayo de 1993 y el 22 de mayo de 1996, como trabajador oficial; el extinto I.S.S. le reconoció la pensión de invalidez mediante Resolución n.º 07496 de 1996, a partir del 23 de marzo de 1996, en cuantía inicial de \$198.382; el 2 de julio de 1996, la demandada le comunicó la terminación de su contrato de trabajo, debido a que ya había superado más de 240 días en incapacidad continua, y mediante Resolución n.º 4688 del 30 de diciembre siguiente, le reconoció el incremento económico de que trata el artículo 60 de la Convención Colectiva de Trabajo, en cuantía de \$153.600 desde el 23 de mayo de 1996, con la advertencia de que dicho pago sería reconocido mientras permanezca el estado de invalidez, pero de manera arbitraria, señaló que sería sin incremento alguno, pese a que el mencionado artículo no restringió la aplicación de los incrementos establecidos para la pensión de invalidez con base en el I.P.C.

Sostuvo, que la prestación económica convencional que percibe ha sido objeto de una constante depreciación, dado que es la misma suma que en la actualidad devenga, pese a que en el año 1996

equivalía a 1.08 veces el salario mínimo legal mensual vigente, mientras que actualmente solo equivalente a una quinta parte de ese rubro; reclamó administrativamente el 27 de marzo de 2017, pero la petición fue negada el 11 de abril siguiente, bajo el argumento de que se trataba de un auxilio de invalidez otorgado como dádiva o regalo y mera liberalidad de la empresa, sin que tuviera un carácter prestacional, con base en el artículo 23 de la Resolución n.º 015 de 1987 expedida por la Junta Directiva de la compañía (f.º 3-5).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 5 de octubre de 2018, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 29), quien contestó con oposición con el argumento de que convencionalmente no fue pactado incremento alguno respecto de la prestación que en la actualidad percibe; propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, buena fe, pago y prescripción (f.º 59-71).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 3.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 2 de marzo de 2019, absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra y se abstuvo de imponer costas a cargo del demandante, tras considerar para lo que interesa a la alzada que, si bien la demandada reconoció un incremento convencional a la pensión de invalidez que devenga el demandante a cargo exclusivo de Colpensiones, el texto convencional no regula ninguna actualización anual en relación con dicho incremento, aunado a que la pensión de invalidez no es una obligación a cargo de la empleadora aquí demandada, sino de un tercero, por ser parte del Sistema General de Seguridad Social Integral, de manera que al tratarse de una prerrogativa extralegal, solo puede ser derogada o modificada por las

partes que la pactaron, lo que aquí no ha sucedido, por ende no se puede hacer ninguna interpretación o condición que no esté allí taxativamente impuesta, y tampoco es aplicable el principio de la condición más beneficiosa (f.º 128-131).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El demandante en su recurso, sostuvo que no se tuvo en cuenta que la Convención Colectiva suscrita entre Sintraelecol y la demandada en 1996, es ley para las partes y que en caso de duda, se debe aplicar la norma más favorable, de modo que se debe conceder el incremento solicitado sobre el beneficio convencional que percibe por invalidez, dado que nunca ha sido objeto de actualización y el mismo, en estricto sentido, no fue una dádiva o un regalo, sino que se trata de una prestación de carácter económico, la cual está sometida al I.P.C., pues es una obligación inherente así no estuviera determinada expresamente, pues es algo justo y equitativo al haberse generado un 'empobrecimiento sin justa causa' en su patrimonio, al tratarse de una convención colectiva retrógrada que merma los derechos de los trabajadores.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará si respecto del incremento para pensiones de invalidez a cargo del extinto I.S.S., pactado en el artículo 60 de la Convención Colectiva vigente en la demandada para 1996-1997, procede alguna actualización anual con posterioridad al 1.º de enero de 1997.

Para resolver, se considera importante recordar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples

providencias ha explicado que la Convención Colectiva tiene el carácter de acto solemne, por lo que su prueba está sujeta a que se acredite que se cumplieron los requisitos exigidos por la ley para que se constituya en un acto jurídico válido, con poder vinculante; de modo que, si tal documento no se aporta al proceso de manera completa no podrá el juez del trabajo concluir que se acreditó la existencia del mismo, y consecuentemente, le está vedado reconocer eventuales derechos acordados a través del trámite de la negociación colectiva (CSJ SL, 24 abr. 2013 rad. 43043 y SL8718-2014).

El depósito oportuno de la Convención Colectiva según lo normado en el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo, es una exigencia de la ley para su validez, indistintamente de si se aporta al trámite autenticado o en copia simple, se requiere la constancia de depósito de la misma.

De esta manera, al encontrarse que la Convención Colectiva vigente para los años 1996-1997, en la que se fundan las pretensiones carece de la constancia de depósito (f.º 103-127), es dable concluir que no se probó en debida forma su existencia legal; sin embargo, si en gracia de la discusión se admitiese como acreditada, por cuanto tal circunstancia no fue alegada por la demandada, concluye esta Magistratura como lo hizo el *a quo*, que no están llamadas a prosperar las pretensiones de la demanda, por las siguientes razones:

En el artículo 60 de dicho texto, se pactó dentro del capítulo de salarios y otras prestaciones, en relación con la pensión de invalidez que *«A aquellos trabajadores a quienes el Instituto de los Seguros Sociales llegare a reconocer una pensión de invalidez, la Empresa procederá a incrementar una cantidad equivalente al (...) (50%) del salario mensual devengado por el trabajador en el momento en que se le decrete la pensión por el Instituto, y únicamente por el tiempo que dicha entidad lo reconozca»* (f.º 87, 122 vto); en el presente caso,

el extinto I.S.S., mediante Resolución n.º 017496 de 1996, le reconoció la pensión por invalidez de origen no profesional al demandante, a partir del 23 de marzo de 1996 (f.º 14, 75), motivo por el que la demandada expidió la Resolución n.º 4688 de 1996, a través de la cual ordenó el reconocimiento y pago de dicho beneficio convencional, «en la suma fija de (...) (\$153.600) M/Cte, a partir del 23 de mayo de 1996, **la cual no tendrá incremento alguno.** (...) únicamente por el tiempo en que el Instituto de Seguros Sociales reconozca la pensión de invalidez» al demandante (f.º 15, 16, 88, 89 – Subrayas fuera del texto), y según la Consulta realizada en el Registro Único de Afiliados del Sistema Integral de Información de la Protección Social, el demandante en la actualidad es pensionado activo de Colpensiones, por el mencionado riesgo.

Sin embargo, debe la Sala indicar, que de la forma en que se redactó este artículo, no puede entenderse que se haya pactado en manera alguna que ese incremento que se otorgaba con base en una prestación pensional a cargo de un tercero ajeno a la relación laboral que existió entre las partes integrantes de esta litis, debería ser actualizado en forma anual, porque por una parte, el porcentaje allí calculado se aplica como suma única sobre el último salario mensual que el trabajador percibió al momento en el que el extinto I.S.S., hoy Colpensiones le reconoció la pensión de invalidez; y por otra parte, se observa que ese beneficio había sido establecido a *motu proprio* por la Junta Directiva de la entonces Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, en términos prácticamente similares, desde el 12 de agosto de 1987 a través del artículo 23 de la Resolución n.º 015 de 1987, por medio de la cual se estableció la remuneración y el sistema prestacional que ha de regir para el personal de Empleados públicos de la Empresa (f.º 76-84).

Tampoco es viable acudir al principio de favorabilidad, porque este opera únicamente ante la coexistencia de normas vigentes que

regulan la materia en una situación de duda (artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo y CSJ sentencias SL, 11 mar. 2009 rad. 35213, SL450-2018 y SL2343-2020), lo que aquí no ocurre, sin que pueda alterarse el contenido de las mencionadas normas, tal como lo prohíbe de manera expresa el artículo 16 del *idem*; de los textos aducidos no se derivan multiplicidad de interpretaciones que abran paso a la selección de una más favorable, cuestión suficiente para dar traste con lo invocado por el apelante (CSJ SL, 15 feb. 2011 rad. 40662 rememorada en la SL12032-2015).

La cláusula en pugna, no admite deducciones ni suposiciones, ni de la misma se advierte duda u oscuridad, que permita a la Sala hacer conjeturas o elucubraciones en aplicación del principio de favorabilidad, al que hace referencia el apelante, o *in dubio pro operario*, para realizar una lectura inaceptable que traicione su contexto, pues, para que sea viable la utilización de tal principio, necesariamente debe existir ambivalencia en la intelección de la disposición legal o convencional, conforme lo ha explicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en las sentencias SL14064-2016 y SL5132-2017, última en la que indicó: «[...] *no puede tener cabida el principio de favorabilidad, cuando la norma con la cual se soluciona la [...] controversia judicial, es diáfana en su intención, espíritu y tenor literal, que no origina ningún conflicto o duda en su aplicación*».

Y es que la duda que se pueda generar en la aplicación o en la interpretación de las fuentes formales del derecho laboral y de la seguridad social, debe ser aquella que se encuentre en la mente del juzgador, y no la que propongan las partes. De no existir tal duda, no se abre el camino para acudir al referido principio de la favorabilidad (CSJ SL14064-2016 reiterada en la SL1240-2019).

Valga aclarar que, pese a la relevancia de la convención colectiva de trabajo en el marco del derecho a la negociación colectiva, y no

obstante, que al examinar la naturaleza jurídica que le es propia, y de manera especial su campo de aplicación, se observan características que ciertamente desbordan los límites que la ley y la doctrina han señalado para los contratos de derecho común, lo que es indudable que bajo nuestro sistema legal, ese convenio tiene origen y causa contractualistas y, por lo mismo, tal aspecto, determina que sean, en primer término, las mismas partes que lo celebran, las más autorizadas para fijar un alcance determinado, o contenido de cualquiera de sus disposiciones, salvo, eso sí, cuando se adviertan dos o más interpretaciones razonables, y pueda acogerse la más favorable para los trabajadores, lo cual, en verdad, en este caso concreto por ningún lado se presentan.

De otro lado, el principio de la condición más beneficiosa, tampoco se da porque no se aportó norma convencional alguna anterior a 1996, con la que se acredite que la aportada dentro del presente proceso, desmejora su situación anterior u otra posterior que rebaje las condiciones impuestas en 1996; nótese que prácticamente esa prerrogativa la tienen los empleados de la demandada desde 1987, en los mismos términos que los pactados en el artículo 69 de la C.C.T. de 1996, aportada en copia simple.

Finalmente, no está demás señalar que aunque no se desconoce que el aumento del índice de inflación que sufre el país en determinado período, eventualmente justificaría el alza de los salarios de los trabajadores, siendo difícil mantener el poder adquisitivo de los mismos, pues se desvalorizan casi que permanentemente, y la verdad es que, el beneficio extralegal que devenga el demandante, no tiene naturaleza salarial, no es su remuneración, mínima vital y móvil de que trata el artículo 53 de la Constitución Política, simplemente es un auxilio adicional que otorga la empresa para sus ex trabajadores que son pensionados por el riesgo de invalidez, por parte del I.S.S.,

quien sí tiene la obligación de reajustar la pensión al tenor de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993; de modo que, sin disposición legal que ampare los reajustes deprecados, no le corresponde al Juez Laboral, quien debe estar sometido al imperio de la ley (artículo 230 de la C.P.), ordenar aumento alguno con el fin de estabilizar el desequilibrio que se presenta cuando transcurre un período de tiempo y no se aumenta una suma de dinero, a pesar de que el I.P.C. en dicho lapso haya aumentado (CSJ SL, 7 nov. 2012 rad. 47625), sería tanto como imponer condiciones ajenas al acuerdo surgido entre las partes de la relación laboral, que en últimas fue el plasmado en la propia norma convencional.

Ahora bien, si bien es cierto que los jueces gozan de un amplio margen de independencia y autonomía al momento de fijar el alcance de este tipo de acuerdos bilaterales entre trabajador y empleador, también lo es, que dicha interpretación no puede ser arbitraria o desatender los términos naturales o literales en que las partes pactaron determinados beneficios o derechos, que es lo que ocurre en este caso; así que, siendo claro el alcance de la disposición contenida en la convención colectiva, reproducida en iguales términos que en la Resolución n.º 015 de 1987, y con independencia de la autonomía normativa de la convención que le es propia, no hay motivo alguno para apartarse de su tenor literal.

Basta con lo dicho, para confirmar la sentencia apelada, porque como no es posible derivar más interpretaciones de la cláusula convencional que se estima inobservada, no puede el Tribunal fijar un alcance no previsto en aquella. Sin costas en la instancia ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia
y por autoridad de la Ley,

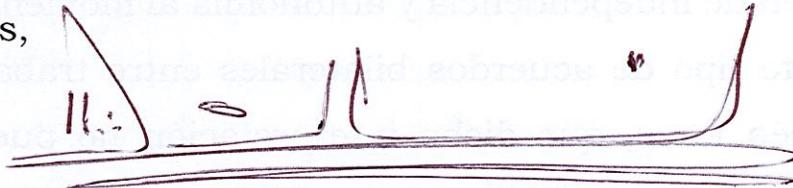
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el
Juzgado Tercero Laboral del circuito de Bogotá, el 2 de marzo de
2020, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER

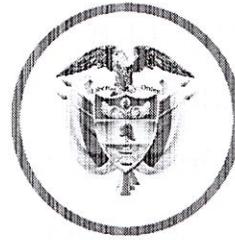


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

16)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARTHA BEATRIZ CHÁVEZ CAMACHO** en contra de **COLPENSIONES, y COLFONDOS S.A.**

EXP. 11001 31 05 003 2019 00311 01.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veinte (2020).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor, respecto de la sentencia proferida el 2 de diciembre de 2019, por el Juzgado 3.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare que existió un vicio en el consentimiento en el contrato de administración de pensiones obligatorias suscrito con Colfondos, dado que este incurrió en

omisión respecto del deber legal de información, y que por tanto, continua afiliada al régimen de prima media administrado por Colpensiones, sin solución de continuidad; en consecuencia, se declare la nulidad e ineficacia del traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida y de la correspondiente afiliación, así que Colfondos debe trasladar a Colpensiones los valores de su cuenta de ahorro individual, junto con los intereses, y a su vez, esta última entidad, debe recibir dichos dineros, revisar y conceder la pensión ya causada (f.º 11).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 3 de abril de 1961; realizó aportes en el extinto I.S.S. desde el año 1981 hasta 1999, momento en el que completó 906.43 semanas de cotización; el 6 de enero de 1999 se trasladó a Colfondos, cuyos asesores la indujeron en error con falsas promesas para obtener la pensión con un monto mucho más alto, y que el I.S.S. se iba a acabar, cumplió los 57 años de edad en el año 2018, así que al tener un total de 1573 semanas de cotización, se acercó a Colfondos a reclamar su pensión, pero le indicaron que no había completado cierto monto de capital, por lo que debía seguir cotizando, ya que para esa data, la mesada pensional le quedaría en \$781.242 mensuales, valor inferior al que obtendría en Colpensiones; solicitó nuevamente a Colfondos la pensión el 18 de mayo de 2018, y el 24 de febrero de 2019, pero las respuestas han sido evasivas y nada contundentes respecto de su pensión (f.º 7, 8).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 10 de mayo de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 58).

COLPENSIONES S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del intereses moratorios ni indemnización moratoria, buena fe y petición anticipada (f.º 64-69).

COLFONDOS S.A., formuló como excepciones las de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación, pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, y nadie puede ir en contra de sus propios actos (f.º 81-103).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 71, vto).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 3.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 2 de diciembre de 2019, declaró la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado el 17 de diciembre de 1998, para entenderla como válidamente vinculada a Colpensiones; en consecuencia, condenó a Colfondos a trasladar a Colpensiones, todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones obligatorias, voluntarias, bonos pensionales, rendimientos; a su vez, ordenó a Colpensiones aceptar el traslado de dichos aportes, active la afiliación de la demandante como si nunca se hubiere trasladado de régimen, y actualice la información en su historia laboral, en semanas cotizadas; declaró no

probada la excepción de prescripción e impuso costas a cargo de Colfondos (f.º 118, 129-131).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, apeló con el argumento de que a pesar del poco material probatorio existente dentro del proceso, con el interrogatorio de parte que absolvió la demandante, se puede evidenciar que definitivamente no hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que hizo, dado que evidentemente tuvo conocimiento de las características principales del régimen de ahorro individual al que se trasladó, sin que ello sea considerado como una omisión de consentimiento, porque la demandante es una persona que con plenas capacidades y validez de sus razones, puede verificar las circunstancias sobre las cuales se estaba llevando todo su trámite pensional en calidad de consumidora financiera, máxime cuando nunca se acercó a las oficinas de Colfondos a preguntar acerca de su futuro pensional.

Agregó, que se debe tener en cuenta el principio de sostenibilidad financiera porque el hecho de aceptar una persona que llevaba más de 20 años trasladada al régimen de ahorro individual, conlleva a unas circunstancias que vulneran ese principio al peticionar además el reconocimiento de la pensión de vejez, lo que repercute sobre los derechos y garantías de los demás afiliados del territorio nacional, porque precisamente el I.S.S. no tuvo injerencia en el negocio jurídico celebrado por la demandante, pero sí Colpensiones tiene que asumir esta clase de daños y la carga de prestaciones que debe reconocer, de las cuales no tenía alguna obligación.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional de la aquí demandante estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 3 de abril de 1961 (f.º 14); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 9 de septiembre de 1981 y el 28 de febrero de 1999, 906.43 semanas (f.º 17-19); **iii)** que el 17 de diciembre de 1998 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Colfondos S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de febrero de 1999 (f.º 16, 108), donde actualmente se encuentra vinculada con un total de 1525.71 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º 21 a 24, la comunicación de f.º 25 y 26, y la certificación de f.º 15 y 109.

El traslado de régimen por vinculación a una A.F.P., es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

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

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera ‘preimpresa’ en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

En el presente proceso, ello ocurre precisamente si se observa que en el recuadro denominado ‘voluntad de afiliación’ de la solicitud de vinculación o traslado a fondo de cesantías y pensiones obligatorias n.º 6962317 diligenciado el 17 de diciembre de 1998, se encuentra el siguiente texto ‘preimpreso’, encima de su firma como afiliada: *«Hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado **en forma libre, espontánea y sin presiones.** Manifiesto que he elegido a la Compañía Colombina Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. Colfondos, para que administre mis aportes pensionales y que los datos aquí son verdaderos.»* (f.º 16, 108).

Entonces, en principio, se tiene claramente que la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, (sentencias SL19447 y SL17595 de 2017, SL4964 y SL413

de 2018, SL1688, SL1451, SL1452 y STL1677 de 2019, entre otras) ¹⁶⁷
señala que la falta de información completa y comprensible por parte de la administradora de pensiones, puede configurar un engaño, que conlleve a la anulación del traslado, situación que no se da en el presente caso; no obstante, el Tribunal de Cierre en dichas providencias resalta las condiciones o expectativas pensionales de los trabajadores demandantes al momento del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual, las que de resultar vulneradas con el traslado pueden conllevar a la ineficacia del mismo; lo cual se materializa en que el afiliado ya cuente con un derecho consolidado, que le genere una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión bajo las previsiones del sistema de prima media con prestación definida.

Y es que realmente surgen interrogantes como: ¿Qué tipo de efecto nocivo puede causarse a la accionante quien contaba con 33 años de edad para el 1.º de abril de 1994, que para esa data tenía un total de 659.97 semanas cotizadas, y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?

Así las cosas, para el año de 1994, la demandante contaba con 33 años, es decir, según la norma que se encuentra vigente -Ley 797 de 2003- le faltaban aproximadamente 24 años para cumplir la edad de 57 años, lo cual se traduce en que no contaba con esa expectativa legítima de adquirir el derecho para que pudiera predicarse válidamente que su afiliación inicial a Colfondos S.A. le cercenó ese derecho.

Por lo que se infiere, que con este acto se produjeron los efectos de traslado válido al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a Colfondos S.A., fuera ineficaz o

estuviera viciado de nulidad como lo afirmó la parte demandante, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando la suscripción del mencionado formulario no fue objeto de reproche de su parte; y en su interrogatorio de parte, admitió que estuvo de acuerdo con la información suministrada por Colfondos S.A., relacionada con que el I.S.S. se iba a acabar, que se podía pensionar antes de la edad legal para pensionarse, que podía hacer uso del bono pensional cuando quisiera; y que nunca solicitó información acerca de su futuro pensional, solamente dos años antes de cumplir la edad pensional.

Así mismo, se debe tener en cuenta que la información señalada por la demandante que le fue otorgada, no implica un engaño, en la medida en que no es errónea, dado que quienes se encuentran vinculados al régimen de ahorro individual con solidaridad pueden obtener el derecho a la pensión sin el cumplimiento del requisito de edad, aumentar el monto de la mesada pensional, etc., situaciones estas que son excluyentes del régimen de prima media con prestación definida, que la actora manifestó conocer según su dicho, por lo que desvirtúa el deseo de permanecer en el régimen de prima media o de retornar a él, lo cual se concluye porque pese a las diversas oportunidades de trasladarse no optó por tal situación, antes por el contrario, pernoctó en el R.A.I.S.

Ahora bien, sobre las consideraciones expuestas en la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL1452-2019, se debe advertir que no se desconoce la obligación de los fondos de pensiones de suministrar a los afiliados la información completa y veraz respecto a las condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, sin embargo, se considera que la omisión de esa obligación, *per se*, no afecta ni la validez ni la eficacia del acto jurídico de traslado, salvo que se constituya en un verdadero engaño, en maniobras o artificios tendientes a obtener el consentimiento en

165

la celebración del acto jurídico de traslado, lo que necesariamente debe analizarse en cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias fáctico jurídicas particulares que lo rodean, como se dijo en la sentencia STL3186-2020, con la advertencia de que el juez está facultado para formar libremente su convencimiento sin estar sujeto a tarifa legal alguna, en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica (artículos 51, 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social); no obstante, con base en ello, en este caso en específico se reitera no se acreditó.

De manera que, no es de recibo para la Sala mayoritaria, el hecho de que la actora consideró que Colfondos S.A. incumplió el deber de información solo hasta el momento en que le indicaron el monto de su pensión, sin que hubiese manifestado inconformidad alguna durante el tiempo en que estuvo afiliada. Así las cosas, se tiene que hubo una ratificación tácita del acto jurídico de traslado, con el pleno cumplimiento de las solemnidades legales.

Lo anterior por cuanto dichas obligaciones generales y especiales que establecen los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, a cargo de los fondos de pensiones, relativas al deber de información para con los afiliados, se suple con aquellas previsiones que se reitera, fueron aceptadas por la demandante, al momento de suscribir el formulario, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad libre, espontánea y sin presiones.

No se verifica ningún vicio del consentimiento, toda vez que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1509 del Código Civil, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, y no se acreditó que la demandante en el momento de celebrar el acto jurídico de vinculación al régimen de ahorro individual, hubiese podido incurrir

en error de hecho, al considerar que se encontraba celebrando un acto jurídico distinto, según lo previsto en el artículo 1510 *ídem*.

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

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

Por lo anterior, respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe señalar que no se encuentra consignada en una norma legal, porque se reitera las conductas referidas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 no se alegan en el presente caso, y en gracia de discusión, no le compete a la jurisdicción definir sobre su ocurrencia o no.

Ya la Corte Constitucional, en la sentencia C-345-2017, realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto “*suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general*

comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada, esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como, por ejemplo, cuando falta la voluntad no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se encuentra plasmada en el formulario, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa, porque como ya se analizó en párrafos anteriores, no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes desde el año 1999, en la medida en que las partes realizaron las actuaciones (sucesivamente) correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora Colfondos en los periodos en que la demandante se vinculó a ella.

Y respecto de la ineficacia, en sentido estricto de que no se requiere declaración judicial, se refiere es a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes respecto de la nulidad.

Ahora, si en gracia de discusión, se analizara la causal de ineficacia del acto de traslado por incumplimiento al deber de información asignado a las administradoras de pensiones, que se reitera deviene de la jurisprudencia, se encuentra en el presente caso, que la carga de la prueba bajo la responsabilidad de los fondos fue cumplida en la medida en que es la misma demandante quien en el interrogatorio de parte aceptó que se le entregó asesoría.

Aunado a ello, la jurisprudencia de la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL19447-2017, SL1452, SL1688 y SL1689 últimas de 2019, entre otras), donde se reitera que la suscripción del formulario a lo sumo acredita el consentimiento, y en este caso, se encuentra que el documento suscrito además de acreditar el consentimiento prueba la información entregada a la demandante, lo cual se corrobora con la exposición realizada en el interrogatorio de parte que absolvió.

En este punto, bueno es recordar que las reglas de la experiencia y la sana crítica indican que cuando se suscriben diferentes negocios jurídicos, en virtud de la autonomía de la voluntad, no resulta razonable que alguno de los contratantes presten su consentimiento a compromisos y obligaciones que le ocasionen alguna clase de perjuicios, lo que de contera descarta, como ya se vio, que la demandante no hubiera recibido información sobre el régimen de ahorro individual, 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, tal como se concluye en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68838, dado que el acto de la afiliación o no, depende de la persona natural y no del fondo.

También, en el análisis del presente caso, es relevante tener en cuenta que la demandante es una persona que se encuentra *ad portas* de exigir el derecho a la pensión, y respecto a esta situación, la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C-1024-2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2.º de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, indicando que ese traslado sin respetar los términos señalados en las normas vulnera los principios de equidad y sostenibilidad financiera.

En dicha sentencia, expuso la Corte lo siguiente:

147

“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones, ...” y “el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, ...”.

Además de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, también se colige que esas decisiones vulneran el principio de solidaridad propio del régimen de prima media porque se trasgrede el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, lo cual se constata en la sentencia C-401-2016 cuando expuso:

“...los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”.

Así mismo, en la sentencia C-083-2019, señaló que:

“el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional^[30], y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación^[31], de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

Lo anterior, lleva a colegir que las diferencias entre los regímenes dan lugar a la exigencia de unos plazos predeterminados para garantizar la sostenibilidad, equidad y solidaridad de cada régimen y el bienestar de los afiliados.

De tal manera, que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el régimen de prima media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron

ahorrar en una cuenta individual, y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Lo anterior, sin pasar por alto que en la actualidad existe un criterio jurisprudencial mayoritario, no unificado, en nuestro Órgano de Cierre en relación con la temática que hoy absorbe el conocimiento de esta Sala, por lo que se considera que la afiliada no está exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuida en su capacidad para celebrar actos y contratos, y teniendo en cuenta que de su elección dependerá su futuro pensional; aquí como se vio con lo manifestado en el interrogatorio de parte, la demandante fue negligente frente a este aspecto, que decidió voluntariamente cambiarse de régimen, contando con la oportunidad de trasladarse nuevamente de régimen en los términos dispuestos en la Ley 797 de 2003, antes de que le faltaran 10 años o menos para arribar a la edad mínima pensional.

Es de anotar también, que no se puede pasar por inadvertido que la inconformidad de la demandante que motivó la presentación de la demanda es el posible monto de la mesada pensional, lo cual no se constituye en una causal de nulidad o ineficacia del acto inicial de traslado o de su permanencia en el R.A.I.S., máxime, cuando el monto de la mesada pensional se determina al momento de hacer exigible la pensión o reunir los requisitos, y no al momento de la vinculación a cualquiera de los fondos, porque en dicha oportunidad una proyección de la mesada es simplemente una información que puede ser modificada por diversas variables, como por ejemplo en el régimen de prima media por los ingresos bases de cotización durante la vida laboral, la edad, y las semanas de cotización, y en el régimen de ahorro individual con solidaridad por los aportes, aportes voluntarios, bonos pensionales, rendimientos, edad de retiro que se escoja, etc.

Así las cosas, si en gracia de discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido el 17 de diciembre de 1998, el mismo tuvo que ser advertido en esa oportunidad, ante la información brindada, por lo que, indefectiblemente, partir de esa fecha, debía contarse el plazo de 4 años con el que contaba la afiliada para pedir la rescisión del acto jurídico de traslado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, y como no lo hizo, ese hecho debe tenerse como una ratificación tácita del acto, con lo que se sana cualquier nulidad que hubiese podido existir.

Por lo dicho anteriormente, no es viable que la demandante pretenda ahora la nulidad de su traslado. Así, la afiliada debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó, tal y como lo admitió al firmar el formulario de vinculación a Colfondos S.A.

En conclusión, se tiene el pleno convencimiento para la mayoría de esta Sala de Decisión, que al no aplicar la jurisprudencia constitucional al presente caso, se encuentra que declarar la nulidad o ineficacia del acto de traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual vulnera los principios constitucionales de equidad, solidaridad y sostenibilidad financiera del régimen de pensiones; al tener en cuenta que los criterios jurisprudenciales para declarar la ineficacia del traslado señalados por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no se acreditan, además de que no se probaron los vicios del consentimiento consagrados en las normas legales antes citadas.

En consecuencia, la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que se **REVOCARÁ** la sentencia impugnada y consultada, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Sin costas en la alzada, ante su no causación. Las de primera serán a cargo de la demandante. 169

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

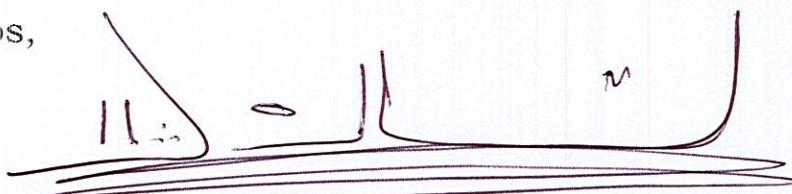
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y consultada, para en su lugar **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, y a **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS SA**, de todas las pretensiones incoadas por **MARTHA BEATRIZ CHÁVEZ CAMACHO**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera serán a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER

Ángela Lucía Murillo Varón
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Hernán Mauricio Oliveros Motta
HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

SALVO VOTO

SALVAMENTO DE VOTO

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que en el caso bajo estudio, **la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad demandada**, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró haber brindado **al accionante** al momento de la afiliación o con posterioridad, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Lo anterior, se edifica en que la característica fundamental para la selección de régimen pensional, es que la misma sea libre y voluntaria por parte del afiliado, conforme lo dispone el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; igualmente, el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada y, permite realizar una nueva en forma libre y espontánea.

También, desde la expedición del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; el artículo 4° decreto 656 de 1994 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, dispusieron las obligaciones de las AFP de ofrecer un servicio eficiente, eficaz, y oportuno a los usuarios, brindándoles la información necesaria para tomar la decisión de afiliarse y permanecer en el régimen pensional. Premisa que conforme a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible, pues, solo así, se entenderá que el asesor o promotor del fondo

pensional ha emitido un consejo, sugerencia o recomendación de manera completa en atención a las situaciones particulares del afiliado (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018; STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Paralelamente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL1421 de 2019, la misma corporación indicó que, el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “*a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada*”, la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. **Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado.**

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que, para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688-2019 y SL1452-2019. Ello es así también, porque considero que las “*expectativas legítimas*” es un concepto vacío que no puede ser llenado por el intérprete de manera subjetiva sin la existencia de unas reglas claras y objetivas, so pena de transgredir el derecho fundamental a la igualdad.

También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en aplicación del artículo 1604 del Código Civil, señaló que en tratándose de

asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

En el presente asunto, ninguna confesión se colige del interrogatorio de parte surtido por el demandante de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, dado que no se advierte del mismo que le hubieren ilustrado al momento del traslado o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que por ley tenía para trasladarse, acerca de las características, condiciones, acceso, servicios, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, en un lenguaje claro, simple y comprensible. Se reitera que no existe libertad informada cuando la persona desconoce realmente de los efectos que pueda acarrearle el cambio de régimen, de allí, la gran importancia de la carga de la prueba en cabeza de la administradora de pensiones, en demostrar que el cambio de régimen fue lo suficientemente informado.

Finalmente, considero que la sostenibilidad del sistema no se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su **vida productiva**, en los cuales se **edifica el financiamiento de la pensión**, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social (Ley 100 de 1993), serán devueltos con sus rendimientos y gastos de administración al régimen de prima media con prestación definida.

En consecuencia, para el suscrito Magistrado se configuró una violación del deber de información, lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, que no puede entenderse superada con la suscripción del formulario de afiliación, con lo dicho en el interrogatorio de parte y tampoco por las cotizaciones efectuadas en el RAIS, por lo que resulta procedente declarar la ineficacia del traslado e imponer las consecuentes condenas.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

El presente artículo tiene por objeto... el sistema de cargas de los... el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de... el cambio de régimen pensional.

En el presente artículo, ninguna condición se carga del instrumento de... parte emitido por el demandante de conformidad con el artículo 194 del Código... General del Trabajo, dado que no se advierte del mismo que se hubiera... ilustrado al momento del traslado o con posterioridad al momento del vencimiento de... los 10 años que por ley tiene para trasladarse, acorde a las circunstancias... condiciones, sector, servicios, riesgos y riesgos de cada uno de los regímenes... condiciones, en un lenguaje claro, simple y comprensible. Se ritiene que no... existe libertad informada cuando la persona percibe el momento de las cosas... que queda acotado el cambio de régimen de este tipo de personas, en la... carga de la prueba en el caso de la administración de pensiones, en demostrar... que el cambio de régimen fue lo solicitado.

Finalmente, considero que la exigencia del sistema no se ve alterada... dado que los gastos efectuados por el afiliado durante la vida productiva, en... los cuales se aplica el financiamiento de la pensión, según lo previsto... que forman parte del sistema de seguridad social (Ley 100 de 1993) y que... los gastos de la vida productiva en el sistema de pensiones... (artículo 194 del Código del Trabajo).

En consecuencia, se concluye que el cambio de régimen de pensiones... no requiere el cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 194... del Código del Trabajo, sino que basta con la voluntad del afiliado de... cambiar de régimen, siempre que se cumpla con los requisitos establecidos en... el artículo 194 del Código del Trabajo.

En consecuencia, se concluye que el cambio de régimen de pensiones... no requiere el cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 194... del Código del Trabajo, sino que basta con la voluntad del afiliado de... cambiar de régimen, siempre que se cumpla con los requisitos establecidos en... el artículo 194 del Código del Trabajo.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **RUBÉN DARÍO GÓMEZ SALDAÑA** en contra de **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.**

EXP. 11001 31 05 004 2018 00358 01.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veinte (2020).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por Protección, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 6 de noviembre de 2019, por el Juzgado 4.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare la nulidad del traslado efectuado el 28 de marzo de 1996 a Colfondos, así como la afiliación efectuada a Protección S.A., el 18 de mayo de 2005; condenar a Colfondos S.A., y Protección S.A., a registrar que el demandante no efectuó vinculación a estas entidades; en consecuencia, se ordene a Protección S.A. trasladar a Colpensiones, todos los dineros existentes en su cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, intereses, rendimientos, y comisiones de administración.

De igual forma, solicitó que se ordene a Colpensiones, activar su afiliación sin solución de continuidad, actualizar su historia laboral, y reconocer la pensión de vejez, desde el momento en que acredite los requisitos legales para ello.

Como fundamento relevante de lo decidido, sustentó sus pretensiones en que nació el 14 de febrero de 1956; que cotizó al extinto Instituto de los Seguros Sociales, un total de 652; que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad el 28 de marzo de 1996, sin que el asesor brindara información adecuada acerca de las consecuencias de su traslado de régimen pensional, ni las ventajas y desventajas de afiliarse al régimen de ahorro individual, no realizó una comparación entre la pensión en uno u otro régimen, y que por todo lo anterior, el accionante no recibió asesoría profesional, completa y comprensible.

Agregó, que el 18 de mayo de 2005, se trasladó a Protección S.A., sin que el asesor brindara información adecuada acerca de las consecuencias de su traslado de régimen pensional, ni las ventajas y

desventajas de afiliarse al régimen de ahorro individual, no realizó una comparación entre la pensión en uno u otro régimen, y que por todo lo anterior, el accionante no recibió asesoría profesional, completa y comprensible.

Señaló, que el 27 de abril de 2005, Protección S.A. le brindó una asesoría en donde le informó que en el R.P.M. al cumplir los 62 años de edad su pensión ascendería a la suma de \$3.928.991, y que en el R.A.I.S. al cumplir la misma edad su pensión sería de \$4.203.285, el 1.º de febrero de 2008, el fondo privado le realiza una nueva asesoría en la que le señalan al demandante que en el Régimen de Prima Media su pensión sería de \$ 3.650.585, y en el Régimen de Ahorro Individual de \$3.521.361, razón por la cual el demandante decide permanecer en el fondo privado.

Indicó, que decidió contratar una asesoría particular, en la cual se da cuenta que fue engañado por los fondos de pensiones Colfondos y Protección, tanto como para afiliarse, como para permanecer en el R.A.I.S., motivo por el cual el 10 de mayo de 2016, solicitó a Colfondos la anulación de su afiliación al R.A.I.S., dicha entidad mediante comunicación del 2 de junio de 2016, manifestó que el afiliado seleccionó el Régimen de Prima Media, y aceptó las condiciones de este.

Que el 22 de marzo del 2017, pidió ante Protección S.A., la nulidad de su traslado de régimen, y este mediante oficio del 31 de marzo de 2017, le dijo que no le brindaría información alguna toda vez que en su base de datos no obraba poder, el 17 de marzo de 2017, solicitó ante Colpensiones la nulidad de la afiliación a la A.F.P, mediante respuesta del 3 de abril de 2017, le dio respuesta donde le dijo que no era procedente anular dicha afiliación.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 24 de julio de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 117),

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones; adujo, que en sus pronunciamientos ha señalado que solo quienes hayan aportado un mínimo de 15 años a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pueden efectuar el traslado y disfrutar del régimen de transición.

En el caso bajo examen, aseguró Colpensiones la actora no es beneficiaria del régimen de transición porque a la entrada en vigencia de la Ley 100, no contaba con más de 750 semanas cotizadas al Régimen de Prima Media, ni tampoco contaba con la edad requerida, por lo que reiteró que nunca fue beneficiaria del Régimen de transición. (f.º 136-144).

En su defensa, propuso como excepciones las de carencia de título para pedir prescripción, buena fe, improcedencia de intereses moratorios e indexación y compensación (f.º 144-145).

PROTECCIÓN S.A., se opuso a las pretensiones, resaltó, que la entidad brindó una asesoría completa al momento de realizar su afiliación, que tal indicación se hizo conforme a la normatividad y exigencias existentes en esa época. Aseveró, que no puede hablarse de que existió un error de hecho en el consentimiento del demandante al momento de suscribir la afiliación, puesto que, como quedó demostrado al afiliado se le brindó la información necesaria para tomar su decisión, además porque el demandante posee un alto nivel de escolaridad, con todas las herramientas necesarias para tomar una decisión acertada respecto a su futuro pensional.

Puntualizó, que solo hasta la promulgación de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2555 de 2010, se estableció el deber de las administradoras de fondo de pensiones de asesorar e informar a sus consumidores sobre los efectos, beneficios e inconvenientes de cada régimen pensional, y que solo hasta el 2016, surgió la obligación para las administradoras de conservar los soportes que den cuenta de la doble asesoría a los usuarios al momento de afiliarse o trasladarse, por lo que solo hasta ese año las asesorías brindadas a los afiliados eran verbales, sin que ello implique que no fueron asesorías completas, transparentes y oportunas.

Ratificó, que no puede hablarse de una ineficacia del acto jurídico porque el fondo jamás ha ejercido, ejerce o ejercerá fuerza o presión sobre una persona para que se afilie a Protección S.A., nunca atentó contra el derecho del demandante a la selección libre y espontánea de un organismo de seguridad social.

Frente a la prescripción, afirmó que, de acuerdo a la posición de la Corte Suprema de Justicia, la acción pretendida se encuentra prescrita, y que en este caso, si bien se está tratado un aspecto derivado de la prestación pensional, no se está tratando la prestación pensional en sí misma y por esto no se puede hablar de imprescriptibilidad de esta, ya que no se está frente a la afectación de un derecho pensional a la actora (f.º 179 - 185).

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación demandada y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, imposibilidad de declaratoria de nulidad por inexistencia de situación anterior, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa (f.º 185-186).

COLFONDOS S.A., formuló como excepciones las de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar a nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, y nadie puede ir en contra de sus propios actos (f.º 264-266).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 4.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 6 de noviembre de 2019, condenó a Protección a remitir a Colpensiones, todos los aportes del demandante, junto con sus rendimientos financieros, última entidad a quien ordenó recibir a la actora en el régimen de prima media con prestación definida, ordenar su afiliación, y reconocer al actor la pensión de vejez conforme a los parámetros de la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2007.

En lo que interesa a la alzada, consideró que de conformidad a los testimonios rendidos y a las documentales obrantes en el proceso no se puede colegir que COLFONDOS, que fue la primera entidad a la que se afilió el actor hubiera desplegado alguna actuación, diferente al formulario de afiliación que obra a folio 49 del expediente, con el fin de demostrar que en la fecha de traslado del señor Gómez Saldaña dicha A.F.P., le hubiere suministrado algún tipo de información adicional al demandante con las características tantas expresadas por la Corte Suprema de Justicia.

Señaló, que si bien se efectuaron dos re-asesorías una en el año 2005 y otro en el año 2008 por PROTECCIÓN, estas no suplen el deber de información que se debió haber otorgado al demandante, pues la re-asesoría legal brindada por este fondo sólo comporta una

proyección pensional sin que se lograra determinar que en la misma se le indicaron al demandante las ventajas y desventajas de su traslado de régimen, siendo además inoportuno, pues dicha proyección se debió haber puesto de presente a el demandante al momento de su traslado; que en el presente asunto, no se puede tener como saneada la omisión del deber de información en que incurrió la demandada COLFONDOS con la re-asesoría brindada por PROTECCIÓN, la que ya resultaba ser inoportuna, así como tampoco se puede predicar que brindó de esta manera una información completa y veraz, pues como se señaló, sólo fue una proyección personal.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PROTECCIÓN, apeló con el argumento de que se debe tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 1746 del Código Civil, en relación con las consecuencias de la nulidad en el traslado de régimen pensional, por cuanto la consecuencia de la declaración de nulidad o ineficacia es que las cosas vuelvan al estado anterior, por lo que solo se deben trasladar los aportes que se acrediten para el momento de dicha declaración, y agregó que la entidad, no tiene por qué ser condenada a pagar los gastos de administración, porque fueron aquellos gastos que se utilizaron durante la vinculación del demandante, durante el período en el que se le administró su cuenta de ahorro individual;

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional de la demandante, estuvo viciado o no de nulidad, por falta

de información suficiente por parte de las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 15 de febrero de 1956, hecho que es pacíficamente aceptado por las partes en conflicto (f.º 12); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 7 de febrero de 1983 hasta el 30 de abril de 1996, donde tiene un total de 651,71 semanas (f.º 35-37); **iii)** que el 28 de marzo de 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Colfondos S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de mayo de 1996 (f.º 49), que en el año 1999, se trasladó al fondo COLPATRIA S.A. (f.º 320), y que actualmente, se encuentra vinculado a PROTECCIÓN S.A., desde el mes de mayo de 2005, con un total de 1801,28 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º 189 a 209).

El traslado de régimen por vinculación a una A.F.P., es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b), estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 ibidem, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación

respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera '**preimpresa**' en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

En el presente proceso, ello ocurrió precisamente si se observa que en el recuadro denominado 'voluntad de selección y afiliación' de la solicitud de vinculación n.º 723312 diligenciado el 28 de marzo de 1996, se encuentra el siguiente texto 'preimpreso', encima de su firma como afiliada: *«Hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad **la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones.** Manifiesto que he elegido a la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y de Cesantías SA Colfondos, para administre mis aportes pensionales y que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos»* (f.º 49).

De manera que, se podría entender que con este acto produjo los efectos de traslado válido al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a Colfondos S.A., fuera ineficaz o estuviera viciado de nulidad, como lo afirmó la parte demandante, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando la suscripción del mencionado formulario no fue

objeto de reproche de su parte; por el contrario, en su interrogatorio de parte, admitió que impuso su firma de manera libre y voluntaria, sin presiones, después de haber leído el formulario radicado ante Colfondos S.A., y posteriormente ante Protección S.A., circunstancia indicativa del conocimiento de la demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad, lo que considera la Sala como una ratificación tácita del acto jurídico de traslado, con cumplimiento de las solemnidades legales.

Entonces, en principio, se tiene claramente que la línea jurisprudencial de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, (sentencias SL19447 y SL17595 de 2017, SL4964 y SL413 de 2018, SL1688, SL1451, SL1452 y STL1677 de 2019, entre otras) señala que la falta de información completa y comprensible por parte de la administradora de pensiones, puede configurar un engaño, que conlleve a la anulación del traslado, situación que no se da en el presente caso; no obstante, el Tribunal de Cierre en dichas providencias resalta las condiciones o expectativas pensionales de los trabajadores demandantes al momento del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual, las que de resultar vulneradas con el traslado pueden conllevar a la ineficacia del mismo; lo cual se materializa en que el afiliado ya cuente con un derecho consolidado, que le genere una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión bajo las previsiones del sistema de prima media con prestación definida.

Y es que realmente surgen interrogantes como: ¿Qué tipo de efecto nocivo puede causarse a la accionante quien contaba con 38 años de edad para el 1.º de abril de 1994, que para esa data tenía un total de 546,39 semanas cotizadas (f.º 35 a 43), y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?

Así las cosas, para el año de 1994, la demandante contaba con 38 años, es decir, según la norma que se encuentra vigente -Ley 797 de 2003- le faltaban aproximadamente 24 años para cumplir la edad de 62 años, lo cual se traduce en que no contaba con esa expectativa legítima de adquirir el derecho para que pudiera predicarse válidamente que su afiliación a Colfondos S.A. le cercenó ese derecho.

Por lo que se infiere, que con este acto se produjeron los efectos de traslado válido al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a Colfondos S.A., fuera ineficaz o estuviera viciado de nulidad como lo afirmó la parte demandante, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando la suscripción del mencionado formulario no fue objeto de reproche de su parte; por el contrario, en su interrogatorio de parte, admitió que impuso su firma de manera libre y voluntaria, sin presiones, después de haber leído el formulario radicado ante Colfondos S.A., sin que nadie la obligara a hacerlo. De igual forma, admitió siempre recibió los extractos por parte de Colfondos y Protección, y que cuando hizo averiguaciones respecto del estado de su pensión, consideró que la información suministrada por ellos no fue suficiente.

Así mismo, se debe tener en cuenta que la información señalada por el demandante que le fue otorgada, no implica un engaño, en la medida en que no es errónea, dado que quienes se encuentran vinculados al régimen de ahorro individual con solidaridad pueden obtener el derecho a la pensión sin el cumplimiento del requisito de edad, aumentar el monto de la mesada pensional, etc., situaciones estas que son excluyentes del régimen de prima media con prestación definida, que el actor manifestó conocer según su dicho, por lo que desvirtúa el deseo de permanecer en el régimen de prima media o de

retornar a él, lo cual se concluye porque no demostró haber optado por tal situación, antes por el contrario, pernoctó en el R.A.I.S.

Ahora bien, sobre las consideraciones expuestas en la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL1452-2019, se debe advertir que no se desconoce la obligación de los fondos de pensiones de suministrar a los afiliados la información completa y veraz respecto a las condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, sin embargo, se considera que la omisión de esa obligación, *per se*, no afecta ni la validez ni la eficacia del acto jurídico de traslado, salvo que se constituya en un verdadero engaño, en maniobras o artificios tendientes a obtener el consentimiento en la celebración del acto jurídico de traslado, lo que necesariamente debe analizarse en cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias fáctico jurídicas particulares que lo rodean, como se dijo en la sentencia STL3186-2020, con la advertencia de que el juez está facultado para formar libremente su convencimiento sin estar sujeto a tarifa legal alguna, en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica (artículos 51, 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social); no obstante, con base en ello, en este caso en específico se reitera no se acreditó.

De manera que, no es de recibo para la Sala mayoritaria, el hecho de que el actor consideró que Colfondos S.A. y Protección S.A. incumplieron el deber de información solo hasta el momento en que le indicaron el monto de su pensión, sin que hubiese manifestado inconformidad alguna durante el tiempo en que estuvo afiliada. Así las cosas, se tiene que hubo una ratificación tácita del acto jurídico de traslado, con el pleno cumplimiento de las solemnidades legales.

Lo anterior por cuanto dichas obligaciones generales y especiales que establecen los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, a cargo de los fondos de pensiones, relativas al deber de

información para con los afiliados, se suple con aquellas previsiones que se reitera, fueron aceptadas por la demandante, al momento de suscribir el formulario, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad libre, espontánea y sin presiones.

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

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

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

Por lo anterior, respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber

de información, se debe señalar que no se encuentra consignada en una norma legal, porque se reitera las conductas referidas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 no se alegan en el presente caso, y en gracia de discusión, no le compete a la jurisdicción definir sobre su ocurrencia o no.

Ya la Corte Constitucional, en la sentencia C-345-2017, realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto *“suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”*.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada, esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como, por ejemplo, cuando falta la voluntad no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se encuentra plasmada en el formulario, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa, porque como ya se analizó en párrafos anteriores, no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes desde el año 2007, en la medida en que las partes realizaron las actuaciones (sucesivamente) correspondientes para tal fin, al punto que la empleadora ha realizado los aportes a Colfondos, en los periodos en que la demandante se vinculó a ella.

Y respecto de la ineficacia, en sentido estricto de que no se requiere declaración judicial, se refiere es a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes respecto de la nulidad.

Ahora, si en gracia de discusión, se analizara la causal de ineficacia del acto de traslado por incumplimiento al deber de información asignado a las administradoras de pensiones, que se reitera deviene de la jurisprudencia, se encuentra en el presente caso, que la carga de la prueba bajo la responsabilidad de los fondos fue cumplida en la medida en que es la misma demandante quien en el interrogatorio de parte aceptó que se le entregó asesoría.

Aunado a ello, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL19447-2017, SL1452, SL1688 y SL1689 últimas de 2019, entre otras), donde se reitera que la suscripción del formulario a lo sumo acredita el consentimiento, y en este caso, se encuentra que el documento suscrito además de acreditar el consentimiento prueba la información entregada a la demandante, lo cual se corrobora con la exposición realizada en el interrogatorio de parte que absolvió, por lo que la información ofrecida por Colfondos a la demandante, además de ser cierta, fue suficiente y oportuna, sin embargo, ella le restó importancia a dicha información, lo que a la postre la llevó a continuar afiliada al régimen de ahorro individual.

En este punto, bueno es recordar que las reglas de la experiencia y la sana crítica indican que cuando se suscriben diferentes negocios jurídicos, en virtud de la autonomía de la voluntad, no resulta razonable que alguno de los contratantes presten su consentimiento a compromisos y obligaciones que le ocasionen alguna clase de perjuicios, lo que de contera descarta, como ya se vio, que la

demandante no hubiera recibido información sobre el régimen de ahorro individual, 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, tal como se concluye en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68838, dado que el acto de la afiliación o no, depende de la persona natural y no del fondo.

También, en el análisis del presente caso, es relevante tener en cuenta que la demandante es una persona que se encuentra ad portas de exigir el derecho a la pensión, y respecto a esta situación, la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C-1024-2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2.º de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, indicando que ese traslado sin respetar los términos señalados en las normas vulnera los principios de equidad y sostenibilidad financiera.

En dicha sentencia, expuso la Corte lo siguiente:

“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones, ...” y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una

vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, ...”.

Además de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, también se colige que esas decisiones vulneran el principio de solidaridad propio del régimen de prima media porque se trasgrede el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, lo cual se constata en la sentencia C-401-2016 cuando expuso:

“...los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”.

Así mismo, en la sentencia C-083-2019, señaló que:

“el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley

100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional^[30], y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación^[31], de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

Lo anterior, lleva a colegir que las diferencias entre los regímenes dan lugar a la exigencia de unos plazos predeterminados para garantizar la sostenibilidad, equidad y solidaridad de cada régimen y el bienestar de los afiliados.

De tal manera, que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el régimen de prima media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual, y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Sin pasar por alto, que en la actualidad existe un criterio jurisprudencial mayoritario, no unificado, en nuestro Órgano de Cierre en relación con la temática que hoy absorbe el conocimiento de esta Sala, por lo que se considera que la afiliada no está exonerada de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuida en su capacidad para celebrar actos y contratos, y teniendo en cuenta que de su

elección dependerá su futuro pensional; aquí como se vio con lo manifestado en el interrogatorio de parte, la demandante fue negligente frente a este aspecto, y decidió voluntariamente cambiarse de régimen.

Es de anotar también, que no se puede pasar por inadvertido que la inconformidad de la demandante que motivó la presentación de la demanda es el posible monto de la mesada pensional, lo cual no se constituye en una causal de nulidad o ineficacia del acto inicial de traslado o de su permanencia en el R.A.I.S., máxime, cuando el monto de la mesada pensional se determina al momento de hacer exigible la pensión o reunir los requisitos, y no al momento de la vinculación a cualquiera de los fondos, porque en dicha oportunidad una proyección de la mesada es simplemente una información que puede ser modificada por diversas variables, como por ejemplo en el régimen de prima media por los ingresos bases de cotización durante la vida laboral, la edad, y las semanas de cotización, y en el régimen de ahorro individual con solidaridad por los aportes, aportes voluntarios, bonos pensionales, rendimientos, edad de retiro que se escoja, etc.

Así las cosas, si en gracia de discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido el 17 de mayo de 2007, el mismo tuvo que ser advertido en esa oportunidad, ante la información brindada, por lo que, indefectiblemente, partir de esa fecha, debía contarse el plazo de 4 años con el que contaba la afiliada para pedir la rescisión del acto jurídico de traslado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, y como no lo hizo, ese hecho debe tenerse como una ratificación tácita del acto, con lo que se sana cualquier nulidad que hubiese podido existir.

Por lo dicho anteriormente, no es viable que la demandante pretenda ahora la nulidad de su traslado. Así, la afiliada debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó, tal y como lo admitió al firmar el formulario de vinculación a Colfondos S.A.

En conclusión, se tiene el pleno convencimiento para la mayoría de esta Sala de Decisión, que al no aplicar la jurisprudencia constitucional al presente caso, se encuentra que declarar la nulidad o ineficacia del acto de traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual vulnera los principios constitucionales de equidad, solidaridad y sostenibilidad financiera del régimen de pensiones; al tener en cuenta que los criterios jurisprudenciales para declarar la ineficacia del traslado señalados por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no se acreditan, además de que no se probaron los vicios del consentimiento consagrados en las normas legales antes citadas, en consecuencia, el demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que se **REVOCARÁ** la sentencia impugnada y consultada, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Sin costas en la alzada, ante su no causación. Las de primera serán a cargo de la demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 6 de noviembre de 2019, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, y a **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, de todas las pretensiones incoadas por **RUBÉN DARÍO GÓMEZ SALDAÑA**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

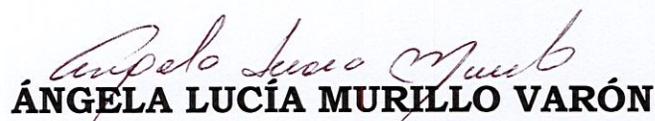
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera serán a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

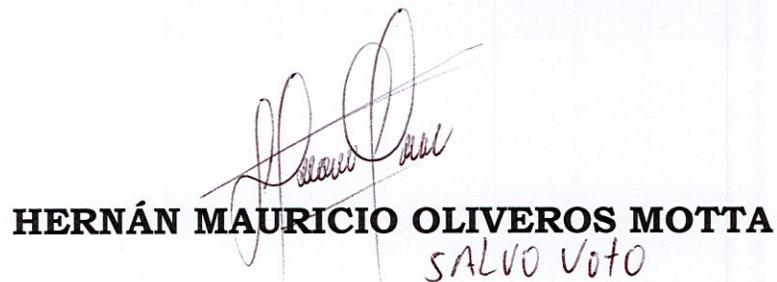
Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
SALVO VOTO

SALVAMENTO DE VOTO

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que en el caso bajo estudio, **la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad demandada**, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró haber brindado **al accionante** al momento de la afiliación o con posterioridad, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Lo anterior, se edifica en que la característica fundamental para la selección de régimen pensional, es que la misma sea libre y voluntaria por parte del afiliado, conforme lo dispone el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; igualmente, el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada y, permite realizar una nueva en forma libre y espontánea.

También, desde la expedición del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; el artículo 4º decreto 656 de 1994 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, dispusieron las obligaciones de las AFP de ofrecer un servicio eficiente, eficaz, y oportuno a los usuarios, brindándoles la información necesaria para tomar la decisión de afiliarse y permanecer en el régimen pensional. Premisa que conforme a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible, pues, solo así, se entenderá que el asesor o promotor del fondo

pensional ha emitido un consejo, sugerencia o recomendación de manera completa en atención a las situaciones particulares del afiliado (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018; STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Paralelamente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL1421 de 2019, la misma corporación indicó que, el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”, la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. **Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado.**

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que, para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688-2019 y SL1452-2019. Ello es así también, porque considero que las “expectativas legítimas” es un concepto vacío que no puede ser llenado por el intérprete de manera subjetiva sin la existencia de unas reglas claras y objetivas, so pena de transgredir el derecho fundamental a la igualdad.

También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en aplicación del artículo 1604 del Código Civil, señaló que en tratándose de

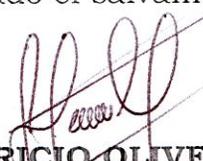
asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

En el presente asunto, ninguna confesión se colige del interrogatorio de parte surtido por el demandante de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, dado que no se advierte del mismo que le hubieren ilustrado al momento del traslado o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que por ley tenía para trasladarse, acerca de las características, condiciones, acceso, servicios, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, en un lenguaje claro, simple y comprensible. Se reitera que no existe libertad informada cuando la persona desconoce realmente de los efectos que pueda acarrearle el cambio de régimen, de allí, la gran importancia de la carga de la prueba en cabeza de la administradora de pensiones, en demostrar que el cambio de régimen fue lo suficientemente informado.

Finalmente, considero que la sostenibilidad del sistema no se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su **vida productiva**, en los cuales se **edifica el financiamiento de la pensión**, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social (Ley 100 de 1993), serán devueltos con sus rendimientos y gastos de administración al régimen de prima media con prestación definida.

En consecuencia, para el suscrito Magistrado se configuró una violación del deber de información, lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, que no puede entenderse superada con la suscripción del formulario de afiliación, con lo dicho en el interrogatorio de parte y tampoco por las cotizaciones efectuadas en el RAIS, por lo que resulta procedente declarar la ineficacia del traslado e imponer las consecuentes condenas.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

En el presente asunto, ninguna comisión de notaría del registro de parte sujeta por el demandante de conformidad con el artículo 101 del Código General del Proceso, dado que no se advierte del mismo que le hubiera efectuado el momento del trámite o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 días que por ley tiene para usarlos, acción de las características, condiciones, actos, servicios, efectos y demás que de las regímenes pensionales en un lenguaje claro, simple y comprensible de modo que no exista ninguna información cuando la persona desconoce totalmente de los actos que puede realizar al cambio de régimen de allí la gran importancia de la carga de la prueba en cabeza de la administración de personas en demostrar que el cambio de régimen fue lo administrativamente debido.

Finalmente, considero que la suspensión del sistema no se ve afectada por los hechos alegados por el actor, por lo tanto, no se debe declarar la nulidad de la resolución de la entidad, sino que se debe declarar la nulidad de la resolución de la entidad que suspendió el sistema, por lo tanto, se debe declarar la nulidad de la resolución de la entidad que suspendió el sistema.

En consecuencia, se debe declarar la nulidad de la resolución de la entidad que suspendió el sistema, por lo tanto, se debe declarar la nulidad de la resolución de la entidad que suspendió el sistema.