

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

DR. DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **LUZ MARLENE LLANES PAREDES** en contra de **COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 014201700631 01

Bogotá DC, 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 surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 8 de noviembre de 2019, por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante que se declare la nulidad del traslado efectuado en diciembre de 2000 del extinto I.S.S. al R.A.I.S. administrado por Porvenir S.A., por el incumplimiento de los deberes legales de información, lo que generó un error de hecho que vició su consentimiento, y como consecuencia de ello, se condene a Porvenir a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, y a Colpensiones para que le reconozca y pague la pensión de vejez por ser beneficiaria del régimen de transición, y a ambas demandadas al pago de las costas. (f.° 1-30)

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 27 de abril de 1955; que antes de la entrada en vigencia del nuevo sistema general de pensiones, cotizó al I.S.S. por haber laborado en distintas empresas del sector privado; que es beneficiaria del régimen de transición, ya que a 1.° de abril de 1994 tenía 39 años de edad y cumplió los requisitos para acceder a su pensión, por tener más de 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo, y cumplió 55 años de edad el 27 de abril de 2010; que para el 22 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, tenía cotizadas más de 750 semanas, por lo que continuó siendo beneficiaria del régimen de transición; que en diciembre de 2000 se afilió al R.A.I.S. a través de Porvenir, fecha para la cual había cotizado 824 semanas, y que no recibió ninguna información de la A.F.P. sobre las consecuencias de su afiliación al R.A.I.S.; que reclamó a las demandadas y recibió respuesta negativa.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 24 de agosto de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 140)

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la actora, alegó en su favor que de las pruebas arrimadas al proceso se evidencia que la accionante se encuentra válidamente afiliada al R.A.I.S. al suscribir de manera voluntaria, consiente y sin presiones el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. (f.º 171 - 176).

Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción (f.º 180 - 186).

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., también se opuso a todas las pretensiones de la demanda. Indicó, que la información suministrada a la actora se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia, por lo que es claro que la demandante tomó una decisión informada y consciente, y en señal de ello, suscribió formulario de vinculación de traslado al R.A.I.S, manifestando pleno conocimiento en el proceso de vinculación, ya que con su firma dejó constancia expresa de la escogencia libre, espontánea y sin presiones al R.A.I.S. (f.º 231 - 234).

Propuso como excepciones de mérito la de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, e enriquecimiento sin causa (f.º 242 - 243).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 8 de noviembre de 2019, DECLARÓ la ineficacia del acto de traslado que hizo la demandante del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, administrado por PORVENIR S.A., por lo que ningún efecto jurídico surtió el traslado; DECLARÓ que siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES; ORDENÓ a PORVENIR S.A., a trasladar a la COLPENSIONES, el saldo de la cuenta de ahorro individual de la demandante; dispuso que COLPENSIONES reconociera y pagara a la actora la pensión de vejez prevista en el Acuerdo 049 de 1990, a partir de la fecha que esta acredite retiro o desafiliación del Sistema General de Pensiones, en un monto del 90% del I.B.L. calculado en la forma establecida en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, junto con los reajustes legales y mesadas adicionales a que haya lugar; DECLARÓ no probadas las excepciones propuestas por las convocadas a juicio, dado que o enervaron las pretensiones, y CONDENÓ, en costas de la acción por partes iguales a las demandadas.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, donde se tendrá como problema jurídico, el verificar si la demandante tiene derecho o no, a que se declare la nulidad o ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, 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 27 de abril de 1955 (f.° 3); **ii)** cotizó al extinto ISS desde el 2 de marzo de 1983 hasta el 30 de noviembre de 2000, un total de 817,71 semanas (f.° 155-163), y que **iii)** el 31 de octubre de 2000, se trasladó al R.A.I.S. administrado por la AFP PORVENIR S.A. (f.° 195), a la que ha cotizado desde el 26 de diciembre de 2000 (f.° 197-213).

Establecido lo anterior, se tiene que la demandante aduce que procede la nulidad del traslado, por cuanto Porvernir no le suministró información alguna, sobre los beneficios contemplados en el régimen de prima media con prestación definida y el Régimen de ahorro individual con solidaridad. Sobre el particular, señaló la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL 9 sep. 2008 rad. 31989, que:

“La doctrina bien ha elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad”.

A su vez, frente a la falta de información completa y comprensible a los afiliados, dicho Colegiado, en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31314, expuso:

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad”.

Luego agregó:

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.”

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.”

Criterio reiterado por la misma Corporación en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL19447-2017, CSJ SL17595-2017 y CSJ SL413-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1452-2019, entre otras.

Entonces, en principio, claramente la línea jurisprudencial 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; no obstante el Tribunal de Cierre en esas 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.

Ahora, para que prospere el traslado de régimen, si bien se debe suministrar la información suficiente y completa por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones, no es menos cierto 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.

Así las cosas, se tiene que la protección que se ha brindado mediante las sentencias que declaran la nulidad del traslado, se encaminan a evitar que el derecho pensional se vea frustrado en las específicas condiciones establecidas en el régimen de prima media con prestación definida, situación en la que se encontraba el demandante al momento en que decidió efectuar su cambio de sistema pensional.

Pues, no existe la menor evidencia de que el fondo privado le hubiera brindado información clara y comprensible de las consecuencias de celebrar el acto jurídico cuestionado, ya que sobre el particular solo se arrió el formulario de afiliación en el que únicamente quedó expresada la voluntad de selección del Régimen de Ahorro Individual (f.° 195), todo ello a pesar de que Luz Marina Llanes Parada fue beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto al 1.° de abril de 1994, contaba con 39 años de edad (f.° 3).

Prerrogativas, que sea bueno decir, se mantuvieron vigentes, debido a que para el 27 de abril de 2010, la actora ya había arribado a los 55 años, y a 29 de julio de 2005, fecha en que entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de ese año (fecha de publicación del Diario Oficial 45984 de julio 29 de 2005), registraba más de 750 semanas.

Circunstancias que constituyen razón suficiente para confirmar la declaratoria de nulidad de traslado de régimen pensional del demandante dispuesta en la sentencia de primer grado, pues estima la Sala que se encuentra demostrado el perjuicio cierto y real frente al derecho pensional, debido a que dicho tránsito conllevó a la pérdida del régimen de transición, en la medida en que la demandante no podría haberlo recuperado, debido a que a la entrada en vigencia del

sistema general de pensiones, no acreditaba 15 o más años de servicios cotizados.

A su vez, en lo que toca a la prescripción, es de anotar que de tiempo atrás viene sosteniendo la Máxima Corporación que todos aquellos asuntos inherentes al derecho pensional no pueden verse afectados por este fenómeno, de suerte que dicha excepción no está llamada a prosperar.

Por lo demás, la consultada se ajusta a derecho en cuanto ordenó a COLPENSIONES aceptar la afiliación y los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual de parte de la última entidad administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad, por ser precisamente la consecuencia lógica de la nulidad del traslado de pensional, así como las demás decisiones que adoptó frente a la pensión de vejez y el I.B.L. que debe observarse para cuantificar el monto de su pensión de vejez.

En consecuencia, se **confirma** la decisión de primer grado. Sin costas en la alzada, ante su no causación; se exonera a COLPENSIONES de las costas de primera instancia, dado que quien debió acreditar el cumplimiento del deber legal de información era el fondo privado al cual se trasladó inicialmente el demandante, y no COLPENSIONES.

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,

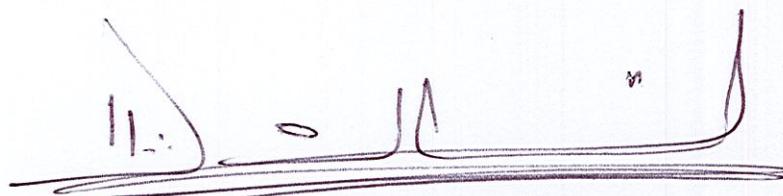
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de noviembre de 2019 por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Se exonera a Colpensiones de las costas de primera instancia, de acuerdo con lo considerado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER

Ángela Lucía Murillo Varón
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Salvamento de voto

Hernán Mauricio Oliveros Motta
HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Aclaro voto

RESOLUCIÓN

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de noviembre de 2019 por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Se exonera a Colpensiones de las costas de primera instancia de acuerdo con lo considerado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORNEJO

ANGELA LUCIA MURILLO VARGAS

SECRETARÍA DE LA CORTE

Rad. 110013105 014 2017 00631 01

ACLARACIÓN DE VOTO

Demandante: Luz Marlene Llanes paredes
Demandado: Colpensiones y otros
Radicado: 110013105 014 2017 00631 01

Con el acostumbrado respeto, me permito aclarar el voto para señalar que el suscrito, a efectos de resolver lo concerniente a la ineficacia del traslado de régimen pensional, ha acogido en su integridad las reglas sentadas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que se sintetizan en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008; CSJ SL 31314, 9 sep. 2008; CSJ SL 33083, 22 nov. 2011; CSJ SL12136-2014; CSJ SL19447-2017; CSJ SL4964-2018; CSJ SL4989-2018; SL1452-2019; SL1421-2019; STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020.

En estos términos aclaro el voto.



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

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



DEMANDANTE: LUZ MARLENE LLANES PAREDES

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y OTRO

RADICADO: 11001 31 05 014 2017 00631 01

Magistrado Ponente: **DAVID A. J. CORREA STEER**

A continuación, se presenta las razones por las cuales se presenta salvamento de voto:

El fundamento de la sentencia es que el fondo de pensiones no asesoró debidamente al demandante frente a las repercusiones sobre el traslado, en especial, el régimen de transición, lo cual le generó un perjuicio; sin embargo, desde el formulario se observa que era conocedora de los regímenes de pensiones, y las razones por las que escogió el Régimen de Ahorro Individual, de tal manera que al valorar los diferentes elementos de prueba se puede colegir que comparó los regímenes y prefirió la expectativa de una pensión en el Régimen de Ahorro Individual.

En este punto, bueno es recordar que las reglas de la experiencia y la sana crítica indican que cuando entre los particulares se suscriben diferentes negocios jurídicos, en virtud de la autonomía de la voluntad privada, no resulta razonable que alguno de los contratantes preste su consentimiento a compromisos y obligaciones que le ocasionen alguna clase de perjuicios, lo que descarta que la demandante no hubiera valorado la información.

Por último, es dable señalar que el posible monto de la mesada pensional que se consolida al momento de hacer exigible la pensión no configura alguna de las causales de nulidad o ineficacia consagradas en la ley.

Lo anterior es relevante porque de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional el traslado de régimen de una persona que se encuentra *ad portas* de cumplir los requisitos de pensión atenta contra los principios de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad, los que con mayor razón se vulneran con las personas que ya cuentan con los requisitos para acceder al derecho como ocurre en el presente caso.

En ese orden de ideas, se considera que en el presente caso si existió una asesoría que le permitió al actor ponderar de acuerdo a su condición lo que más le convenía para su expectativa pensional, y, por ello, la sentencia debió ser revocada.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

TRIBUNAL SUPLENTE DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIONES LABORALES



DEMANDANTE: LOS MARINEROS LINEAS AERIAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES OBLIGATORIAS Y
OTROS
RAONADO: 11601 31 05 014 2017 00631 01

Magistrado Ponente: DAVID A. J. CORREA STEIN

A continuación, se presenta las razones por las cuales se otorga el subsidio de
El fundamento de la sentencia es que el fondo de pensiones no es un fondo
de demérito frente a las cotizaciones, sino un fondo de ahorro, por lo tanto,
transición, lo cual le genera un perjuicio, sin embargo, frente al sistema de cotización
que era conductor de los regímenes de pensiones, y así mismo por la que se
el régimen de ahorro individual, de la manera que se valoran los derechos
de pensión se puede concluir que compare los regímenes y se tiene la certeza de que
pensión en el Régimen de Ahorro Individual.

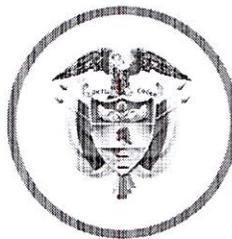
En este punto, puede ser recordado que las reglas de la experiencia y la sana crítica
indican que cuando entre los particulares se suscriben contratos que generan
en virtud de la autonomía de la voluntad privada, no resulta transferido alguno de
los contenidos propios de un contrato de compraventa y colaciones que se
presumen según ellas en particular. En que resulta que a diferencia de un
contrato de compraventa.

En primer lugar, es dable señalar que el punto de la medida provisionales que se
debe al momento de hacer efectiva la pensión no es el momento de la cotización,
sino el momento de la cotización en la ley.

En segundo lugar, se debe señalar que el punto de la medida provisionales que se
debe al momento de hacer efectiva la pensión no es el momento de la cotización,
sino el momento de la cotización en la ley.

En tercer lugar, se debe señalar que el punto de la medida provisionales que se
debe al momento de hacer efectiva la pensión no es el momento de la cotización,
sino el momento de la cotización en la ley.

DAVID A. J. CORREA STEIN
Magistrado Ponente



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 LUCÍA ZAPATHA PARRA** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, PORVENIR S.A., Y PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 013 2019 00317 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 la parte demandante contra la sentencia proferida el 10 de febrero de 2020, por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, y dictar la siguiente,



Instituto Nacional de Estadística y Geografía
INEGI

DAVID A. J. CORREA ESTEBAN
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por MULTITHA LUBRA
TAPATZA PARA en contra de ADMINISTRADORA COORDINADORA
DE PENSIONES - COLPENSIONES, FORNEXER S.A., Y
PROTECCIÓN S.A.

EXP. 11001 31 02 018 2019 00317 01

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

En la fecha señalada y en cumplimiento de lo dispuesto en el
artículo 170 de la Ley de AMP, se reunió el Jefe de Oficina y
se procedió a la lectura y discusión de la demanda. En el momento
de la lectura se hizo constar que el demandado no compareció
para defenderse por los fundamentos antes mencionados.
Por lo tanto, se procedió a la lectura y discusión de la demanda
y se acordó que se declare la demanda fundada en el punto
suscrito y se condene a la demandada a pagar a la demandante
la suma de \$ 1,000,000.00 (un millón de dólares) más los
intereses y costas procesales.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declarara la nulidad del traslado del R.P.M. al R.A.I.S, el 12 de marzo de 1999 conforme al formulario de afiliación suscrito en PORVENIR S.A., por existir engaño y asalto a su buena fe, induciéndola al error y viciando su consentimiento para que se trasladara al R.A.I.S, y la nulidad del traslado efectuado en julio de 2001 a PROTECCIÓN S.A.; que se ordenará a PORVENIR S.A., retornarla al R.P.M. junto con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, y los rendimientos que se hubieren causado al R.P.M. administrado por COLPENSIONES. Consecuencialmente, que se ordenara a COLPENSIONES a recibirla en el R.P.M, y mantenerla como afiliada desde el día 29 de febrero de 1988 sin solución de continuidad, y que se condenara a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.

Para el efecto, manifestó que nació el 22 de noviembre de 1962, según consta en el documento de identificación; que se afilió al extinto I.S.S desde el 29 de abril de 1988 hasta marzo de 1999; que para abril de 1999, acumuló un total de 539 semanas cotizadas bajo el R.P.M; que el 12 de marzo de 1999, mientras laboraba para el Hospital Universitario San Ignacio, asesores de PORVENIR S.A. le presentaron el nuevo régimen pensional, y que recibió un acoso sistemático por parte de ellos, toda vez que le ofrecieron beneficios superiores a los que podría obtener en el R.P.M., pero no le indicaron las ventajas y desventajas del cambio de régimen, ni que su mesada pensional se vería afectada; que pese a que su decisión fue permanecer en el R.P.M., el asesor de dicha A.F.P. la indujo al engaño y al error, viciando su consentimiento, y que en el mes de julio de 2001, los asesores de SANTANDER S.A, hoy en día PROTECCIÓN

S.A., se presentaron en su trabajo y le aseguraron que obtendría una excelente mesada pensional.

Señaló, que el día 5 de octubre de 2018 radicó derecho de petición ante PORVENIR S.A., para solicitar la nulidad del traslado del R.P.M. al R.A.I.S.; que mediante oficio de 29 de octubre de 2018 negó la anulación de la vinculación; que el día 7 de febrero de 2019 radicó derecho de petición ante PROTECCIÓN S.A. para solicitar la nulidad de traslado, a lo que dicha A.F.P. le respondió que dicha afiliación se presumía legal y solo podría ser desvirtuada por autoridad competente, y que el 5 de octubre de 2018 COLPENSIONES le indicó que no era posible realizar la nulidad del traslado que solicitó.

Finalmente, indicó que PORVENIR S.A. realizó la simulación pensional que arrojó como proyección pensional para cuando cumpliera 57 años de edad, la suma de \$827.200, y que la simulación pensional hecha por COLPENSIONES, tuvo como valor de la mesada pensional la suma de \$2.585.869.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 15 de mayo de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.º 183).

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 que efectuó la demandante tiene plena validez, y que la afirmación de vicio de consentimiento acaecida en el proceso debe ser probada en el transcurso del trámite judicial, toda vez que solo hasta que sea declarada por el juez la causa le asistirá la obligación de recibir y reactivar la afiliación sin solución de continuidad de la demandante. (f.º 130-131).

Propuso como excepciones la de prescripción, caducidad, e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir. (f.º 131).

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 acorde con las disposiciones legales, y que su decisión de trasladarse de régimen pensional fue informada y consiente, teniendo en cuenta que en el formulario de afiliación que suscribió, manifestó tener pleno conocimiento del proceso de vinculación (f.º 103).

Propuso las excepciones de mérito de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, y enriquecimiento sin causa (f.º 108).

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que el acto de traslado de régimen celebrado por la actora fue válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, y que la suscripción se realizó de forma libre y espontánea como consta en el formulario de afiliación, y que la actora tuvo la suficiente ilustración para optar por el traslado de régimen. (f.º 190 - 191).

Invocó las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, e 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 196 - 196).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 10 de febrero de 2020, ABSOLVIÓ a las demandadas **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra; condenó en costas a la demandante, y concedió recurso de apelación a las demandadas, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La parte demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia absolutoria. Señaló que, desde la creación de los fondos privados, estos debían cumplir de manera taxativa un deber de información por ser entidades de carácter profesional. Se refirió a la Ley 100 de 1993, a la Ley 1478 de 2014 y al Decreto 2071 de 2015, en donde se estableció que los fondos pensionales tienen el deber de actuar de manera idónea, por ser los que cuentan con los conocimientos y experiencias requeridos.

Indicó que no se verificó que le haya sido brindada una debida asesoría por parte de las A.F.P.; que confió plenamente en la información que le suministraron, pese a no haber sido clara, precisa y entendible, y que los asesores le indicaron que el I.S.S. iba a terminar para generarle miedo, y de esta forma efectuara su afiliación al R.A.I.S.

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 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 22 de noviembre de 1962 (f.º 24); **ii)** que a 31 de marzo de 1999 tenía un total de 217,43 semanas cotizadas en el R.P.M. (f.º 26); **iii)** que antes del 1º de abril de 1994 tenía un total de 197,71 semanas cotizadas; **iv)** que inicialmente, el 12 de marzo de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º110), y **v)** y que posteriormente se traslado al fondo de pensión PENSIONES Y CESANTÍAS – SANTANDER, actualmente PROTECCIÓN S.A. (f.º 64).

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 110). 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”*. En términos similares aparece la manifestación de voluntad libre y espontánea de selección en el recuadro ‘voluntad de la afiliación’ del formulario del Fondo de Pensiones y Cesantías SANTANDER S.A. (f.º 64).

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 31 años de edad para el 1º de abril de 1994, y 197,71 semanas cotizadas antes del 1º de abril de 1994, y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?

Así las cosas, para el año de 1994, la demandante contaba con 31 años, es decir, según la norma que se encuentra vigente -Ley 797 de 2003- le faltaban aproximadamente 26 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 PORVENIR 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 PORVENIR S.A., fue ineficaz o estuviera viciado de nulidad, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información.

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,

aumentar el monto de la mesada pensional etc., situaciones estas que son excluyentes del Régimen de Prima Media, 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, 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. 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 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 de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en la demandante para su afiliación, por parte de PORVENIR 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 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 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.

Aunado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), señala 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.

Es necesario 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 portanto 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 exonerada 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; en el presente caso la demandante fue negligente frente a este aspecto, pues 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 12 de marzo de 1999, 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 PORVENIR 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 confirmar 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,

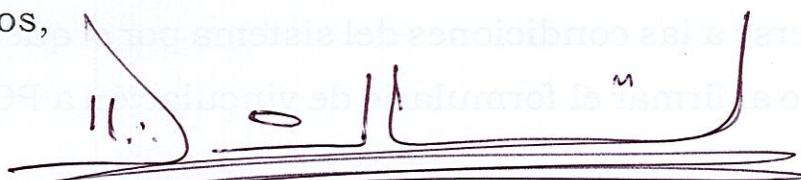
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de febrero de 2020, por el Juzgado Trece 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

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.

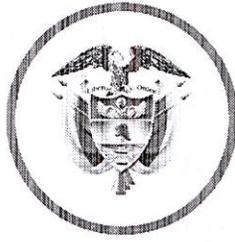
En el presente asunto, ninguna confesión se colige del interrogatorio de parte surtido por el demandante de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, dado que no se advierte del mismo que le hubieren ilustrado al momento del traslado o con posterioridad, antes del vencimiento de 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



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **GLORIA MARINA BALLESTEROS SILVA** en contra de **COLPENSIONES, y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 013 2019 00067 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 Porvenir y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 30 de enero de 2020, por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare en forma principal, la nulidad o ineficacia del traslado efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, por ende, es nula o ineficaz la afiliación a

Porvenir S.A., al no haber sido realizada en forma libre y espontánea; de manera subsidiaria solicitó, que se declare inexistente el acto por medio del cual se trasladó al régimen de ahorro individual, por lo que en ambos casos, para todos los efectos jurídicos a que haya lugar, siempre ha permanecido en el régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad.

En consecuencia de lo anterior, pidió se debe ordenar a Porvenir S.A., devolver a Colpensiones, todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, comisiones, sumas adicionales, aportes obligatorios, y rendimientos, y a esta última entidad, reactivar su afiliación, recibir los aportes y rendimientos devueltos, actualizar y corregir la historia laboral y ponerla a su disposición, y se condene a Porvenir S.A., al pago de perjuicios morales causados por 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes (f.º 81, 82).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 12 de octubre de 1961; realizó aportes en el extinto I.S.S. desde el 25 de septiembre de 1986 y el año 1994, en junio de dicha anualidad, por no recibir información técnica y adecuada, suscribió formulario de afiliación con Porvenir S.A., tras considerar que el régimen de ahorro individual con solidaridad, le era mucho más beneficioso que el de prima media con prestación definida, lo cual no es cierto, así que considera que su consentimiento estuvo viciado a la hora de la afiliación, la cual adolece de nulidad absoluta.

Adujo, que estuvo multifiliada hasta octubre de 2012, nunca le hicieron las advertencias de los riesgos que existían por trasladarse de régimen, ni que podía pensionarse cuando el capital fuera suficiente, o que podía tener una pensión pero no similar a la que obtendría en el régimen de prima media con prestación definida, por lo que el valor dependía de la modalidad de pensión que escogiera; no

le explicaron a cerca de la negociación del bono pensional, no fue informada acerca de su derecho al retracto, solo le indicaron que la condición pensional sería mucho más ventajosa, que el régimen de prima media desaparecería, que le convenía trasladarse porque la pensión sería mejor o con un monto mejor, lo cual no sería problema dado que su situación sería desventajosa frente al régimen de prima media y que solo debía firmar un documento; solicitó la nulidad de traslado el 15 de noviembre de 2018 ante las dos entidades, pero obtuvo respuestas negativas (f.º 83-85).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, la demanda se admitió el 6 de marzo de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 115).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de prescripción, caducidad, inexistencia de la obligación, y buena fe (f.º 120-127).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones de mérito las de prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación a su cargo, cobro de lo no debido, buena fe, y compensación (f.º 138-153).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 116, 117).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 30 de enero de 2020, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a Porvenir S.A. el 1.º de julio de 1994; en consecuencia, le ordenó efectuar el traslado a Colpensiones de todos los aportes por pensiones obligatorias y voluntarias, bonos, rendimientos, sin efectuar descuentos por gastos de administración, y la condenó en costas procesales; a su vez, ordenó a Colpensiones recibir dichos valores, activar la afiliación de la demandante, teniéndole para todos los efectos legales como válidamente afiliada a dicha entidad (f.º 243-245).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., sostuvo que no se valoró debidamente el formulario de vinculación que no fue tachado por la demandante, como tampoco lo hizo frente a la relación de aportes, el resumen de historia laboral y la consolidada, las cartas del 23 de agosto de 1999, del 13 de octubre de 2003, en donde se le informó a la demandante acerca de la oportunidad de retornar al régimen de prima media con prestación definida conforme el artículo 2.º de la Ley 797 de 2003, y acerca del error encontrado con ocasión del bono pensional momento después de su vinculación, los comunicados de prensa, y las Resoluciones n.º 3451 y 6541 de 2006 y 2009 emitidas por la Oficina de Bonos Pensionales, donde consta que el bono fue emitido, de manera que se puede colegir que hay una ratificación en la información.

Considera, que lo anterior desestima lo indicado por la demandante, sin que se pueda aplicar a jurisprudencia traída a

colación en la sentencia, máxime cuando para la fecha del traslado, no existía una obligación expresa que indicara que además del formulario, se debía entrega una documental adicional para constatar la vinculación, porque el deber legal de información surgió a partir del año 2014, de manera que considera que se desconoce lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sin que hubiera sido viable realizar un cálculo acerca de cuál iba a ser el monto de la mesada pensional a futuro, ya que era imposible de acuerdo con los factores mismos que se han venido dado y que exigía el régimen; en consecuencia solicita sea absuelta y exonerada del pago de costas procesales.

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 11 de octubre de 1961 (f.º 30); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 25 de septiembre de 1986 y el 30 de junio de 1994, 402.43 semanas (f.º 43-45); **iii)** que el 20 de junio de 1994 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Porvenir S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de julio de 1994 (f.º 31, 157, 158), donde actualmente se encuentra vinculada, con un total de 1466 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º 32 a 42, 159 a 180 y 187.

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 n.º 136106 diligenciado el 20 de junio de 1994, se encuentra el siguiente texto ‘preimpreso’, encima de su firma como

trabajadora: «Hago constar que **realizo en forma libre, espontánea y sin presiones** la escogencia del régimen de ahorro individual con solidaridad, así como la selección de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir, para que sea la única que administre mis aportes pensionales. También declaro que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos.» (f.º 31, 157).

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) 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 32 años de edad para el 1.º de abril de 1994, que para esa data tenía un total de 389.43 semanas cotizadas (f.º 43, 183, 184), y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?

Así las cosas, para el año de 1994, la demandante contaba con 32 años, es decir, según la norma que se encuentra vigente -Ley 797 de 2003- le faltaban aproximadamente 25 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 Porvenir 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 Porvenir 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 Porvenir S.A., el cual ya estaba diligenciado por el personal de recursos humanos; también admitió que recibió asesoría por un funcionario de Porvenir S.A., en las instalaciones de Recursos Humanos de Seguros Caribe, hoy Mapfre Seguros, donde laboraba para la época, quien le informó que el I.S.S. se iba a acabar, pero nunca se acercó para verificar tal información; que la mencionada empresa, fue la que la obligó a afiliarse a Porvenir S.A. no obstante, cuando fue interrogada acerca del motivo por el cual, luego de haber cambiado de empleador a Famisanar en el año 1999 (f.º185), continuó en dicho fondo y no se regresó al I.S.S., debido a la presunta amenaza u orden impuesta por Seguros Caribe, simplemente manifestó que no le interesaba, y que no le había prestado mucha atención a ese aspecto debido a la edad que tenía en ese momento.

Adicionó la absolvente, que lo que la motivó a demandar es el hecho de que le indicaron hace poco, que después de tantos años cotizando, recibiría una mesada pensional equivalente a un salario

mínimo, y a pesar de que en dicha diligencia sostuvo no conocer información relacionada a su bono pensional, y no haber recibido absolutamente ninguna comunicación por parte de Porvenir S.A., lo cierto es que tales afirmaciones se desvirtúan por una parte, con la comunicación n.º 20033/016.559 del 13 de octubre de 2003, mediante la cual Porvenir S.A., le da a conocer una inconsistencia a la demandante acerca de la fecha de nacimiento registrada ante la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda, por lo que le solicitaron que validara en dicha entidad su documento de identidad (f.º 186); y por otra parte, con la información suministrada por la misma Oficina de Bonos Pensionales en la historia laboral oficial n.º 0303411 con fecha del 24 de agosto de 2005, documento que se encuentra suscrito por la demandante, con el fin de autorizar la emisión de su bono pensional (f.º 192), lo que trajo como consecuencia, la expedición de la resolución n.º 3451 del 26 de abril de 2006 por parte del jefe de la Oficina de Bonos Pensionales de la mencionada Cartera Ministerial, mediante la cual se emitió el cupón a cargo del I.S.S., en múltiples bonos pensionales de varios afiliados del régimen de ahorro individual con solidaridad, dentro de los cuales se encuentra la demandante (f.º 198-225), documentos que por demás, todos fueron expedidos antes de que se venciera el plazo para poderse regresar al régimen de prima media con prestación definida, a pesar de que el mencionado acto administrativo fue aclarado en Resolución n.º 6541 del 7 de octubre de 2009 (f.º 193-198).

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 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 Porvenir 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 Porvenir 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 AFP Porvenir, 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 1994, 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 le 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), 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, que además de ser cierta, fue suficiente y oportuna, sin embargo, 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, 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.

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 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, 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 20 de junio de 1994, 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 Porvenir 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, como la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad,

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,

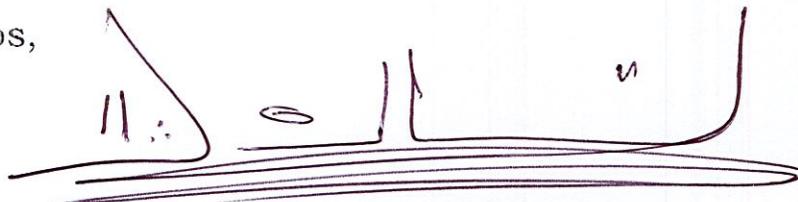
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y consultada, para en su lugar **absolver** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA**, de todas las pretensiones incoadas por **GLORIA MARINA BALLESTEROS SILVA**, 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 Muriello Varón
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Hernán Mauricio Oliveros Motta
HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
SALVO VOTO

RESULTADO:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y consultada, para en su lugar absolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COPENSIONES, y a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVEER SA, de todas las pretensiones incoadas por GLORIA MARINA BALLESTROS SILVA de acuerdo con lo expuesto en la

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, sino en su caso, las

NOTIFICACIONES Y CUMPLAZOS

[Faint signature]

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

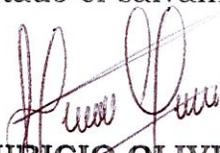
asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

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 estudio, ninguna de las hipótesis se confirmó en el análisis de los datos. Sin embargo, se observó una tendencia a que los sujetos con mayor nivel de ansiedad mostraran un mayor nivel de rendimiento en las pruebas de memoria verbal. Este resultado podría deberse a que los sujetos con mayor nivel de ansiedad también mostraron un mayor nivel de motivación y esfuerzo en las pruebas de memoria verbal.

En el presente estudio, ninguna de las hipótesis se confirmó en el análisis de los datos. Sin embargo, se observó una tendencia a que los sujetos con mayor nivel de ansiedad mostraran un mayor nivel de rendimiento en las pruebas de memoria verbal. Este resultado podría deberse a que los sujetos con mayor nivel de ansiedad también mostraron un mayor nivel de motivación y esfuerzo en las pruebas de memoria verbal.

En el presente estudio, ninguna de las hipótesis se confirmó en el análisis de los datos. Sin embargo, se observó una tendencia a que los sujetos con mayor nivel de ansiedad mostraran un mayor nivel de rendimiento en las pruebas de memoria verbal. Este resultado podría deberse a que los sujetos con mayor nivel de ansiedad también mostraron un mayor nivel de motivación y esfuerzo en las pruebas de memoria verbal.

En el presente estudio, ninguna de las hipótesis se confirmó en el análisis de los datos. Sin embargo, se observó una tendencia a que los sujetos con mayor nivel de ansiedad mostraran un mayor nivel de rendimiento en las pruebas de memoria verbal. Este resultado podría deberse a que los sujetos con mayor nivel de ansiedad también mostraron un mayor nivel de motivación y esfuerzo en las pruebas de memoria verbal.

En el presente estudio, ninguna de las hipótesis se confirmó en el análisis de los datos. Sin embargo, se observó una tendencia a que los sujetos con mayor nivel de ansiedad mostraran un mayor nivel de rendimiento en las pruebas de memoria verbal. Este resultado podría deberse a que los sujetos con mayor nivel de ansiedad también mostraron un mayor nivel de motivación y esfuerzo en las pruebas de memoria verbal.



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **EUGENIA DUARTE CARREÑO** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 012 2018 00407 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 la parte demandante, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES respecto de la sentencia proferida el 19 de febrero de 2020, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante que se declarara la nulidad del traslado que hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y que es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; en consecuencia, que se condene a Colpensiones a pagar la pensión de vejez consagrada en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 desde el 9 de septiembre de 2012, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas.

Para el efecto, manifestó que nació el 9 de septiembre de 1957; que empezó a cotizar al ISS desde 1972; que fue engañada por Porvenir con el fin de que se trasladara al sistema pensional que administraba; que para el 1.º de abril de 1994 contaba con 36 años de edad, siendo beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; que para el 25 de julio de 2005, contaba con 829.85 semanas cotizadas, y que cumplió 55 años el 9 de septiembre de 2102, fecha para la cual contaba con más de 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo y más de 500 semanas en los últimos veinte años (f.º 1-6).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 27 de agosto de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.º 29).

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en que la demandante se trasladó de

régimen de manera libre y voluntaria, tanto así que lleva más de 17 años afiliada al R.A.I.S., tiempo suficiente para haber subsanado la información, y en que no puede condenársele al pago de la pensión de vejez debido a que la demandante no está afiliada a Colpensiones. (f.º 32 - 33).

Propuso como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y buena fe (f.º 33 - 34).

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., también se opuso a las pretensiones de la demanda, alegando en su favor que la afiliación de la demandante se efectuó con el lleno de los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993, sus decretos reglamentarios, como por las instrucciones impartidas por el ente vigilado y controlador, esto es la Superintendencia Financiera de Colombia, y que no se acredita dentro del plenario prueba sumaria de que la A.F.P. omitió su deber de información para conseguir la vinculación de la actora, toda vez que la afiliación estuvo precedida de la suficiente ilustración del R.A.I.S. (f.º58).

Propuso las excepciones de mérito de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado la demandante formulario de vinculación, y debida asesoría del fondo (f.º 62 - 63).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia del 19 de febrero de 2020, DECLARÓ la ineficacia de la relación

jurídica de afiliación, cotización y/o beneficio de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, celebrada con el PORVENIR S.A., del día 16 de noviembre de 2016; CONDENÓ a PORVENIR S.A. a realizar el traslado del R.A.I.S. al R.P.M., tanto de la relación jurídica de afiliación, como del valor de saldos, aportes y rendimientos que se hayan consignado en la cuenta de ahorro individual de la actora; CONDENÓ a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la demandante y a recibir el monto de aportes, saldos pensionales y rendimientos; ABSOLVIÓ a las demandadas de las demás súplicas de la demanda, y DECLARÓ no probadas las excepciones formuladas por **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, sin incluir la pensión de vejez, la cual por su condición de no disfrute fue declarada probada.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La sentencia fue apelada únicamente por la parte actora, frente a la pensión de vejez, y para el efecto alegó que la demandante no tenía conocimiento de que tenía derecho a la pensión al momento de presentación de la demanda, y que la Corte Suprema ha manifestado que en casos como este no solamente se debe tener en cuenta la fecha de desvinculación o la fecha de desvinculación respecto del sistema pensional, sino que adicionalmente se debe tener en cuenta la fecha de la reclamación en el entendido de que no es solamente cuando se desvincula, sino desde el momento del reclamo, por lo que si la reclamación administrativa se hizo en el 2018, la pensión se debe reconocer a partir de dicha fecha y adicionalmente desde allí es de donde se deben pagar tanto las mesadas pensionales como los intereses moratorios. Reiteró que, de conformidad con la jurisprudencia, se le debe reconocer la pensión a la demandante a partir del momento en que se hizo la primera y única reclamación, y debe ordenarse el pago de las mesadas pensionales y de los intereses moratorios.

V. CONSIDERACIONES

La Sala surtirá el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, y conocerá de la apelación de la demandante en el único punto de inconformidad de acuerdo con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Así, como problema jurídico, se verificará si el traslado de régimen pensional del aquí demandante fue ineficaz, 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 9 de septiembre de 1957 (f.º 17-18); **ii)** que antes de su traslado al R.A.I.S., había cotizado a Colpensiones 596 semanas, y a Porvenir 891 semanas hasta el 27 de junio de 2018 (f.º 23-27); **iii)** que el 16 de noviembre de 2000 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º82), y **iv)** que al momento de dictarse la sentencia de primera instancia se encontraba prestando servicios a la Fiscalía General de la Nación, como lo dijo en el interrogatorio de parte que absolvió ese mismo día.

Establecido lo anterior, se tiene que la demandante aduce que procede la nulidad del traslado, por cuanto PORVENIR S.A. no le informó que tras realizar el traslado perdería sus derechos otorgados a través del régimen de transición. Sobre el particular, señaló la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL 9 sep. 2008 rad. 31989, que:

“La doctrina bien ha elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan

de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad”.

A su vez, frente a la falta de información completa y comprensible a los afiliados, dicho Colegiado, en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31314, expuso:

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad”.

Luego agregó:

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.”

Criterio reiterado por la misma Corporación en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL19447-2017, CSJ SL17595-2017 y CSJ SL413-2018.

Entonces, en principio, claramente la línea jurisprudencial 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; no obstante, el Tribunal de Cierre

en esas 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.

Ahora, para que prospere el traslado de régimen, si bien se debe suministrar la información suficiente y completa por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones, no es menos cierto 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.

Así las cosas, se tiene que la protección que se ha brindado mediante las sentencias que declaran la nulidad del traslado, se encaminan a evitar que el derecho pensional se vea frustrado en las específicas condiciones establecidas en el régimen de prima media con prestación definida, situación en la que se encontraba la demandante al momento en que decidió efectuar su cambio de sistema pensional.

Pues no existe la menor evidencia de que el fondo privado le hubiera brindado información clara y comprensible de las consecuencias de celebrar el acto jurídico cuestionado, ya que sobre el particular solo se arrimó el formulario de afiliación en el que únicamente quedó expresada la voluntad de selección del Régimen de Ahorro Individual (f.º 82), todo ello a pesar de que Eugenia Carreño Duarte fue beneficiaria del régimen de transición previsto en el

artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto al 1.º de abril de 1994, contaba con 39 años de edad (f.º 3).

Prerrogativas, que sea bueno decir, se mantuvieron vigentes, debido a que para el 29 de julio de 2005, fecha en que entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de ese año (fecha de publicación del Diario Oficial 45984 de julio 29 de 2005), registraba más de 750 semanas.

Circunstancias que constituyen razón suficiente para confirmar la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante dispuesta en la sentencia de primer grado, pues estima la Sala que se encuentra demostrado el perjuicio cierto y real frente al derecho pensional, debido a que dicho tránsito conllevó a la pérdida del régimen de transición, en la medida en que la demandante no podría haberlo recuperado, debido a que a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, no acreditaba 15 o más años de servicios cotizados.

A su vez, en lo que toca a la prescripción, es de anotar que de tiempo atrás viene sosteniendo la Máxima Corporación que todos aquellos asuntos inherentes al derecho pensional no pueden verse afectados por este fenómeno, de suerte que dicha excepción no está llamada a prosperar.

En ese orden, se confirmará la sentencia en cuanto dispuso la ineficacia del traslado de la demandante del R.P.M. al R.A.I.S., y las consecuencias que de ello se derivan.

Frente al reconocimiento de la pensión de vejez que negó el juzgado, anota la Sala que la demandante en la reclamación administrativa que hizo a Colpensiones el 13 de junio de 2018, solicitó como pretensiones la nulidad de la afiliación y/o traslado, porque nunca le fue informado que con el traslado perdería el régimen

de transición del cual era beneficiaria, y que se le reconociera la pensión de vejez del Acuerdo 049 de 1990 (f. ° 19-20). Por tanto, es evidente que en ese momento no estaba afiliada a Colpensiones ni tampoco esta podía declarar la nulidad del traslado, porque fue la demandante la que se afilió a PORVENIR S.A.

De otro lado, como quiera que la demandante sigue laborando en la Fiscalía General de la Nación, esa situación es obstáculo para que se imponga condena por mesadas pensionales adeudadas e intereses moratorios a COLPENSIONES. Así, lo que debe hacer la demandante como consecuencia de la decisión de la ineficacia del traslado, es solicitar nuevamente la pensión a COLPENSIONES, para que esta decida cual es la fuente del derecho, su I.B.L. y la cuantía de su mesada pensional. En ese sentido, se declarará de oficio la excepción de petición antes de tiempo de la pensión de vejez, por lo que se revocará la decisión del juez en este punto.

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 los ordinales primero, segundo y tercero de la sentencia proferida el 19 de febrero de 2020, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE los ordinales cuarto y quinto de dicha sentencia, en cuanto se absolvió a Colpensiones de la pensión de vejez, y se declaró probada la excepción de no disfrute

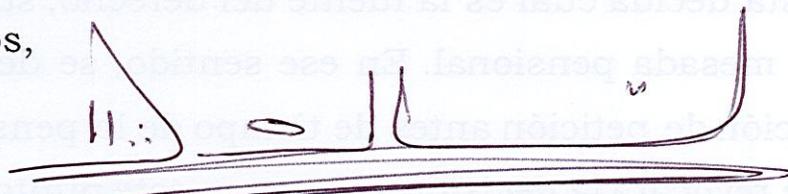
de la pensión, para en su lugar **DECLARAR PROBADA OFICIOSAMENTE** la excepción de petición antes de tiempo de la pensión que le pudiera corresponder a la demandante **EUGENIA CARREÑO DUARTE**.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada.

CUARTO: No hay lugar a costas por la consulta y la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
salvo voto


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
ASLARO Voto

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



DEMANDANTE: EUGENIA DUARTE CARREÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y OTRO
RADICADO: 11001 31 05 012 2018 00407 01

Magistrado Ponente: **DAVID A. J. CORREA STEER**

A continuación, se presenta las razones por las cuales se presenta salvamento de voto:

El fundamento de la sentencia es que el fondo de pensiones no asesoró debidamente al demandante frente a las repercusiones sobre el traslado, en especial, el régimen de transición, lo cual le generó un perjuicio; sin embargo, desde el formulario se observa que era conocedora de los regímenes de pensiones, y las razones por las que escogió el Régimen de Ahorro Individual, de tal manera que al valorar los diferentes elementos de prueba se puede colegir que comparó los regímenes y prefirió la expectativa de una pensión en el Régimen de Ahorro Individual.

En este punto, bueno es recordar que las reglas de la experiencia y la sana crítica indican que cuando entre los particulares se suscriben diferentes negocios jurídicos, en virtud de la autonomía de la voluntad privada, no resulta razonable que alguno de los contratantes preste su consentimiento a compromisos y obligaciones que le ocasionen alguna clase de perjuicios, lo que descarta que la demandante no hubiera valorado la información.

Por último, es dable señalar que el posible monto de la mesada pensional que se consolida al momento de hacer exigible la pensión no configura alguna de las causales de nulidad o ineficacia consagradas en la ley.

Lo anterior es relevante porque de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional el traslado de régimen de una persona que se encuentra *ad portas* de cumplir los requisitos de pensión atenta contra los principios de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad, los que con mayor razón se vulneran con las personas que ya cuentan con los requisitos para acceder al derecho como ocurre en el presente caso.

En ese orden de ideas, se considera que en el presente caso si existió una asesoría que le permitió al actor ponderar de acuerdo a su condición lo que más le convenía para su expectativa pensional, y, por ello, la sentencia debió ser revocada.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIONES UNIDAS

DEMANDANTE: EUGENIA DUARTE CARRERO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COMPENSACIONES Y

OTRO

RADICADO: 11001-31-05-012-2018-00407-01

Magistrado Ponente: DAVID A. J. CORREA STELLA

A continuación, se presentan las razones por las cuales se prescriben los intereses de ley.

El fundamento de la condena es que el fondo de pensiones no es un fondo de inversión, sino un fondo de ahorro, por lo que el demandante frente a las retenciones sobre el traslado, en especial el régimen de transición, lo cual le generó un perjuicio sin embargo, desde el momento en que fue reconocida de los regímenes de pensiones, y las razones por las que el fondo de ahorro de Ahorro Individual, de tal manera que al valorar los distintos elementos de prueba se puede concluir que compare los regímenes y prescribo la obligación de una pensión en el régimen de Ahorro Individual.

En este punto, bueno es recordar que las reglas de la experiencia y la sana crítica indican que cuando entre los parámetros se encuentran elementos jurídicos, como lo es la autonomía de la voluntad privada, no resulta necesario que alguno de los comparecientes prescriba su consentimiento o comparen y comparen que se ocasionen algunas otras de prescripción, lo que garantiza que a demás la ley no se vulnera la información.

Por último, es dable señalar que el posible motivo de la misma condenatoria que se prescribe al momento de hacer extensiva la prescripción a algunas de las causales de la ley.

La ley no es un instrumento que se lea de manera literal, sino que se debe interpretar de acuerdo a la intención del legislador, por lo que en el presente caso se debe interpretar de acuerdo a la intención del legislador, por lo que en el presente caso se debe interpretar de acuerdo a la intención del legislador, por lo que en el presente caso se debe interpretar de acuerdo a la intención del legislador.

En consecuencia, se prescriben los intereses de ley.

COLOMBIANA DE PENSIONES COMPENSACIONES Y OTRO

Rad. 110013105 012 2018 00407 01

ACLARACIÓN DE VOTO

Demandante: Eugenia Duarte Carreño

Demandado: Colpensiones y otros

Radicado: 110013105 012 2018 00407 01

Con el acostumbrado respeto, me permito aclarar el voto para señalar que el suscrito, a efectos de resolver lo concerniente a la ineficacia del traslado de régimen pensional, ha acogido en su integridad las reglas sentadas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que se sintetizan en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008; CSJ SL 31314, 9 sep. 2008; CSJ SL 33083, 22 nov. 2011; CSJ SL12136-2014; CSJ SL19447-2017; CSJ SL4964-2018; CSJ SL4989-2018; SL1452-2019; SL1421-2019; STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020.

En estos términos aclaro el voto.



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

DECLARACIÓN DE VOTO

Yo, el suscrito, declaro que he leído y comprendido el contenido de la presente declaración y que he aceptado su contenido y sus efectos.

En el presente documento, el suscrito declara que ha leído y comprendido el contenido de la presente declaración y que ha aceptado su contenido y sus efectos. Asimismo, declara que ha leído y comprendido el contenido de la presente declaración y que ha aceptado su contenido y sus efectos. Asimismo, declara que ha leído y comprendido el contenido de la presente declaración y que ha aceptado su contenido y sus efectos.

En fe de lo cual, se declara el voto.

DECLARACIÓN DE VOTO
MIRANDA



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

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **PILAR BARRIENTOS ORTEGA** en contra de **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., y OLD MUTUAL S.A.**

EXP. 11001 31 05 010 2018 00379 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 los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 28 de agosto de 2019, por el Juzgado 10.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad y/o ineficacia de los traslados realizados a Protección S.A., el 1.º de marzo de 1996 y a Old Mutual S.A. el 1.º de abril de 2008, se ordene a Old Mutual S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes, rentabilidad obtenida, intereses, junto con la indexación de todas esas sumas a Colpensiones debe recibirla, activarla y afiliarla en el régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiere trasladado.

Como pretensiones subsidiarias, declarar que Protección S.A. es responsable de los perjuicios que le ocasiono a la demandante por omisión en la asesoría que le prestó al momento de realizar el traslado de régimen, que los perjuicios ocasionados a ella son equivalentes al mayor valor que resulte entre la pensión que se le debe reconocer en el R.A.I.S. y la que hubiere recibido en el R.P.M., condenar al fondo privado Protección S.A. a pagar a la demandante la suma de \$533.334.056 por concepto de indemnización de perjuicios.

Finalmente, que se condenara al pago de las costas procesales a las demandadas, y que se aplicara las facultades extra y ultra petita. (f.º 38-39).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 22 de marzo de 1959; que se trasladó a Protección S.A. el 1.º de marzo de 1999, que dicho fondo no le informó a la accionante, que la pensión de vejez que obtendría sería de un monto menor frente a la del R.P.M., que se sintió engañada por la A.F.P. ya que no le brindó una asesoría oportuna, donde se le informara la diferencia entre uno y otro régimen.

Agregó, que de acuerdo a la proyección pensional realizada el 24 de abril de 2018 por Protección la demandante a los 59 años de edad en el R.A.I.S. le correspondería una pensión de \$1.082.502, y en el régimen de Prima Media, a la misma edad obtendría una mesada por un valor de \$2.675.494, la diferencia entre la mesada pensional en uno y otro régimen es de \$1.592.993.

Indicó, que el día 9 de mayo de 2018, solicitó a Protección S.A. la nulidad del traslado de régimen, advirtió que, a la fecha el fondo no ha dado respuesta alguna a dicha solicitud, que el 8 de mayo de 2018, elevó solicitud de nulidad del traslado efectuado a Protección S.A. ante Old Mutual S.A., tal entidad mediante comunicación del 25 mayo da respuesta negativa a tal petición; en el mismo sentido, el día 9 de mayo del mismo año, mediante reclamación administrativa solicitó a Colpensiones con el fin de que declarara la nulidad de la afiliación a Protección S.A., dicha entidad mediante comunicación de 18 de mayo de 2018, informó que no era procedente anular la afiliación.

Reformó la demanda, en el sentido de aseverar que el saldo de la cuenta individual de la demandante no le alcanza para que Old Mutual S.A. le reconozca a la edad de 60 años una pensión igual o similar, a la pensión que le correspondería en Colpensiones (f- °152-153).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 25 de julio de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 55) y la reforma efectuada a la misma fue admitida el 10 de diciembre de 2018 (f.º 163).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, indicó que el traslado realizado por la actora a Protección S.A. se presume efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia y plenamente válido, agregó que la afirmación de vicio del consentimiento en el traslado, alegada por la demandante debería probarse en el desarrollo del proceso judicial.

Aseveró, que de conformidad al artículo 13 de la ley 100 de 1993 la recurrente no se encontraba dentro del límite temporal para efectuar traslado entre regímenes dado a que nació el 22 de marzo de 1958.

Indicó que la afiliación de la actora al R.P.M., así como el traslado de los aportes y la actualización de la historia laboral dependía de la previa decisión favorable de la A.F.P. de declarar la nulidad de la afiliación (f. °70).

formuló como excepciones, las de prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir (f.º 66-71).

En cuanto a la reforma de la demanda, **Colpensiones** no efectuó ningún tipo de pronunciamiento (f. °169).

OLD MUTUAL S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones; indicó, que el error de derecho no produce vicios de consentimiento, y más aún, teniendo en cuenta que la afiliación a dicho fondo se efectuó como traslado de A.F.P., y no como traslado de régimen, en cuanto al error de hecho, solo se vicia el consentimiento cuando el error se presenta en cuanto a la especie del acto o contrato o sobre la identidad de la cosa en específico, y en este caso, no se

verifica que en el contrato celebrado por la demandante y Old Mutual existieran dichos errores.

Respecto al dolo, señaló que debe ser probado por quien alega, y dentro de la demanda solo se hicieron afirmaciones que no encontraban respaldo probatorio, por lo que no puede imputar como causal de nulidad.

En relación a la fuerza como causal de vicio de consentimiento, no se aplica en el caso en concreto, por cuanto la fuerza lleva consigo que se genere un temor en la persona, y la accionante no alega esto en el proceso.

En lo referente al deber de información, advirtió que la demandante efectuó un cambio de administradora a Old Mutual dentro del R.A.I.S, por lo que dicho fondo estaba imposibilitado fácticamente para suministrar información respecto al cambio de régimen pensional, adicionalmente, las normas vigentes al momento en el que la demandante efectuó su traslado de A.F.P. no le imponían a los fondos la obligación de notificar a los afiliados la posibilidad de cambiar de régimen pensional.

Indicó, que el no realizar una proyección del valor de su mesada pensional no configura causal de ineficacia de la afiliación que originó el traslado de régimen pensional, puntualizó que el hecho de que la demandante mantenga vigente su afiliación al R.A.I.S a través de traslados entre A.F.P., no obedeció a una conducta arbitraria del fondo de pensiones, sino a la falta de manifestación de la voluntad de la accionante de regresar al R.P.M.

Teniendo en cuenta que la demandante nació el 22 de marzo de 1959, a ella le es plenamente aplicable la prohibición establecida en

el artículo 13, literal e) de la Ley 100 de 1993, ya que está a menos de 10 años para cumplir la edad de pensión de vejez, la única opción de poder retornar sería ser beneficiaria del régimen de transición por contar con 15 años de servicios al 1.º de abril de 1994, y al revisar la documental que reposa en el expediente, se evidencia que la actora no cuenta con 15 años de servicios para dicha fecha.

En su defensa propuso como excepciones de mérito las de prescripción, cobro de lo debido, buena fe, y genérica (f.º 94-106).

De la reforma de la demanda, **Old Mutual**, la contestó no aceptando ninguno de los hechos adicionados en el escrito (f.º 164).

PROTECCIÓN S.A., se opuso a las pretensiones. Resaltó que la entidad brindó una asesoría completa al momento de realizar su afiliación, que tal asesoría 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 a la afiliada se le brindó la información necesaria para tomar su decisión, además porque la demandante posee un alto nivel de escolaridad, con todas las herramientas necesarias para tomar una decisión acertada respecto a su futuro pensional, y no hizo uso de la posibilidad de retornar al R.P.M., prefirió trasladarse a otra administradora del R.A.I.S., lo que convalida su consentimiento de pertenecer a ese régimen.

Frente a la ineficacia del acto jurídico de afiliación, indicó que, la entidad jamás ha ejercido, ejerce, ni 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.

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.

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.

Afirmó, que la demandante no prueba los elementos requeridos para derivar responsabilidad en cabeza de Protección S.A., porque quien pretenda un derecho a la reparación del daño está obligado a probar el daño padecido, el hecho intencional o culposo de la demandada, y la causalidad entre esa conducta y el perjuicio, que no basta con indicar que la demandante considera que sufrió un daño; agregó, que los perjuicios deben ser ciertos, no eventuales, y en el caso de autos, no existe certeza del perjuicio supuestamente sufrido por la actora.

Propuso como excepciones de fondo o de mérito, las denominadas: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, traslado de aportes a Old Mutual, falta del juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, e innominada o genérica (f.º 129-144).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio tanto del escrito de la demanda como de la reforma efectuada a la misma (f.º 55, 163).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 10.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 28 de agosto de 2019, declaró “nula” la afiliación efectuada el 1.º de marzo de 1999 ante Protección S.A., con efectividad a partir del 1.º de mayo de 1999, así como la posterior transferencia realizada entre las administradoras del R.A.I.S.; ordenó a Old Mutual, trasladar los aportes de la cuenta de ahorro individual de la demandante al R.P.M.P.D., a Protección S.A. a realizar la devolución de las sumas correspondientes cuotas y gastos de administración, junto con los intereses, rendimientos y frutos que hubieren podido producir a Colpensiones, quién deberá reactivar la afiliación de la demandante, recibir los aportes y acreditarlos como semanas efectivamente cotizadas en el régimen que administra como si nunca se hubiera traslado al R.A.I.S.; impuso costas al fondo Protección S.A.(f.º 180-181).

Para arribar a esta conclusión, el despacho acudió al marco jurídico establecido en los artículos 13, 114 y 36 de la Ley 100 de 1993, los Decretos 656 de 1994 artículo 15, Decreto 692 de 1994 artículo 13 y 600, Decreto 663 de 1993 en su Artículo 97, Código Civil artículo 1502-1508 y 1740-1746, y los precedentes jurisprudenciales

de la Honorable Corte Suprema de Justicia en diferentes providencias reiteradas de radicados n.º33083 del año 2011, SL-12136 de 2014, 31989 de 2008, SL-1688 2019, SL-1689 de 2019, SL-1421 de 2019, Asimismo, la sentencia SL-7595 de 2017.

Indicó, que si bien es cierto la demandante incurrió en faltas a la verdad, y que sumado a esto, existió contradicción por parte de esta, y esto puede ser un indicio en relación a que la actora pudo haberle ocultado al despacho información que le suministraron, dentro del interrogatorio solo se logró obtener confesión acerca de que conocía que existía una cuenta individual, que está producida rendimientos financieros, que podía ser heredada, y que según indicó la señora demandante, ella no hizo averiguaciones con otros fondos, y sólo hasta el año 2018, impetra la demanda, por lo demás, sólo tiene un indicio que consideró el despacho no era suficiente.

Señaló, que la señora Pilar Barrientos Ortega de acuerdo a la copia de la cédula de ciudadanía, nació 22 de marzo del año 1959, lo que permite establecer que a 1.º de abril de 1994, contaba con 35 años de edad cumplidos, lo cual la hacía beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero por ninguna parte, en la contestación de Colmena siquiera hace alusión a que la señora era beneficiaria del régimen de transición, y que se le habló del régimen de transición, y de las ventajas o desventajas, o cuáles eran las consecuencias jurídicas de su traslado, siendo beneficiaria régimen de transición por edad al momento de traslado hacia el régimen de ahorro individual con solidaridad, no se demuestra por la demandada protección que se le haya dado información de las incidencias de la pérdida de régimen de transición.

Advirtió, que los fondos debían tener diligencia y cuidado, que les correspondía mantener la documentación de los actos que realiza,

y más en casos tan importantes como tienen que ver las situaciones relacionadas a trabajadores y a regímenes pensionales, y lo único que se allega como documental es la solicitud de vinculación.

Aseveró que, independientemente de la confesión de ciertos hechos que realizó la demandante, existen muchos otros aspectos que no se demostraron en el proceso, y que por un indicio, no se pueden dar por probados, como que, no le hablaron de que requería un capital en la cuenta individual de ahorro que le permitiera tener una pensión equivalente a 110% salario mínimo legal, que no se le habló de que debían contratarse unas pólizas para el cubrimiento de los riesgos de pensión de invalidez y pensión de sobrevivientes, de cuotas de administración de aportes voluntarios por parte de Colmena, porque la señora demandante aceptó que su momento Old Mutual si le habló de unos aportes voluntarios, que pensó incluso hacerlos pero no lo realizó, y no se le habló sobre el régimen de transición, y de las diferencias entre un régimen pensional y el otro régimen pensional,

Frente al error de derecho, apuntó, que la demandante manifestó haber sido engañada, y que no se le brindó toda la información, lo que quiere decir que hubo un engaño, enmarcado dentro del dolo, y según la *a quo* se demostró la existencia del dolo con la afirmación de la actora de que no le dieron la información completa, y no se logra demostrar ante esa afirmación negativa, con hechos positivos, que efectivamente se haya dado la información correspondiente, recordó que no se engaña sólo por acción, sino también por omisión, cuando se guarda información que es de vital importancia para obtener un consentimiento informado.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

PROTECCIÓN S.A. apeló con el argumento de que la comisión de administración es un dinero que cobran las A.F.P. por administrar los aportes que ingresan a la cuenta ahorro individual de los afiliados, que de cada aporte del 16%, la A.F.P. descuenta un 3% para cubrir los gastos de administración y para pagar el seguro previsional a la compañía de seguros.

señaló que, durante todo el tiempo que la demandante estuvo afiliada a Protección S.A., tal entidad administró los dineros que la misma depositó en su cuenta ahorro individual con la mayor diligencia y cuidado, pues **PROTECCIÓN S.A.** es una entidad financiera experta en la inversión de los recursos de propiedad de sus afiliados, que la gestión de administración se ve evidenciada en los buenos rendimientos financieros que generó la cuenta de ahorro individual de la demandante, los cuales, en este caso, fueron trasladados posteriormente a Old Mutual.

Advirtió que, en el presente proceso, tendría que preverse que única y exclusivamente se retornarían los aportes de la cuenta de ahorro individual, más los rendimientos financieros que realizó por la gestión que efectuó Old Mutual.

OLD MUTUAL S.A., fundamentó su recurso, en que no es posible reintegrar las sumas descontadas por concepto de comisión de administración, porque el porcentaje de comisión se destina, por una parte, a pagar la póliza del cubrimiento de los seguros de invalidez, de muerte, y por la otra, para sufragar los gastos de administración; por ende, parte del mencionado porcentaje ya fue pagado a la aseguradora para cubrir los riesgos de la actora, por lo que no se encuentran en las arcas de la A.F.P.; así como tampoco,

sería posible reintegrar el porcentaje descontado por comisión de administración, teniéndose en cuenta que dichos recursos fueron utilizados en la administración de la cuenta ahorro individual.

COLPENSIONES, indicó en su apelación, que en el interrogatorio de parte de la demandante hay una plena confesión de que ella, si bien es cierto, no conocía a profundidad todas las características del régimen de ahorro individual, sí tenía los elementos de juicio suficientes para entender que existía una clara diferencia entre uno u otro régimen pensional.

Aseveró que, en ningún momento puede endilgarse a la A.F.P. Colmena existió un dolo, porque cuando este existe, hay claramente un elemento de voluntariedad de hacer incurrir a la demandante en un error sobre aspectos específicos de las consecuencias de la afiliación, y si en gracia de discusión se hubiese presentado un vicio de consentimiento, tenía que ser únicamente un vicio de error, porque tal y como está en la demanda, y lo que manifestó la demandante en su interrogatorio, ella desconocía características de uno u de otro régimen pensional, y eso simplemente le genera un vicio de error.

Arguyó, que de conformidad al Código Civil; el error sobre puntos de derecho no vicia consentimiento, y el desconocimiento de la ley no exime a nadie de su cumplimiento.

I. 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, por parte de las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 22 de marzo de 1959 hecho que es pacíficamente aceptado por las partes en conflicto (f.º 40); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 18 de mayo de 1990 hasta el 30 de abril de 1999, 407.14 semanas (f.º 1-5, expediente administrativo); **iii)** que el 1.º de marzo de 1999 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Protección SA, con fecha de efectividad desde 1º de mayo de 1999 (f.º 30, 150, 151), que, en el año 2008, se trasladó al fondo OLD MUTUAL S.A. (f.º 12, 107, 125, 128), y que actualmente, se encuentra vinculado a tal A.F.P., con un total de 1325,57 semanas cotizadas, según lo informado por OLD MUTUAL en la historia laboral que reposa de f.º 108 a 122).

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 de 1993, 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 1010448014 diligenciado el 1.º de marzo de 1999, 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 a Cesantías y Pensiones Colmena AIG para que administre mis aportes pensionales y que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos»* (f.º 150).

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) 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 35 años de edad para el 1.º de abril de 1994, que para esa data tenía un total de 156,29 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 35 años, es decir, según la norma que se encuentra vigente -Ley 797 de 2003- le faltaban aproximadamente 22 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 Skandia S.A. hoy Old Mutual 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 Protección S.A.- Santander, y consciente de que en el año 1999, no tenía los requisitos para acceder a la pensión en el régimen de prima media con prestación definida, pues nadie la obligó a hacerlo, lo que incluso también ocurrió con el formulario diligenciado ante la otra administradora, circunstancia indicativa del conocimiento de la demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que considera la Sala mayoritaria como una ratificación tácita del acto jurídico de traslado, con cumplimiento de las solemnidades legales.

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 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 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 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 la AFP 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 a la A.F.P. Protección, 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 las Administradoras en los periodos en que la 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 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 Protección 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, 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”.

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, 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.

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 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 probaron 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,

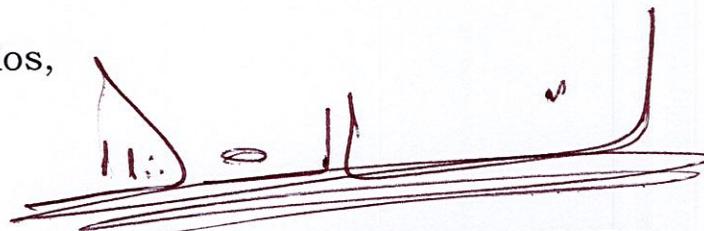
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 28 de agosto de 2019, por el Juzgado 10.º 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 **OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, de todas las pretensiones incoadas por **PILAR BARRIENTOS ORTEGA**, 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

SALVO VOTO

En virtud de lo expuesto en la Sala Ótima de Decisión 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 agosto de 2019 por el Juzgado 10.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por la cual se declaró la nulidad de las Administradoras Colombianas de Pensiones - COLPENSIONES, a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., y la nulidad de los contratos de afiliación de los afiliados y cotizantes de la ADMINISTRADORA MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., de todas las prestaciones pactadas por el BARRIOCENTRO ORTEDA, de acuerdo con lo expuesto en la parte

de la

sentencia, sin perjuicio de las acciones que correspondan.

EN FAVOR Y CUMPLAS.



JESÚS GONZÁLEZ

RECEBIÓ:

EL JUDICE DE LA CAUSA:

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



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **NORMA ISABEL OJEDA OJEDA** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES S.A. y PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001-31-05-010-2016-00536-01.

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 los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 9 de octubre de 2019, por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declarara la ineficacia del cambio entre regímenes pensionales, se protegieran sus derechos fundamentales, se decretara la nulidad del traslado, se autorizara el traslado entre regímenes pensionales, se aplicara los principios de favorabilidad *pro operario* y *pro homine*.

Consecuencialmente, que una vez autorizado su traslado se reconociera la pensión dando aplicación al artículo 272 de la Ley 100 de 1993, reconociera y pagara un día de salario por cada día de mora por haber negado el traslado entre regímenes, que se condenara a las demandadas a pagar los intereses moratorios a los que hubiere lugar de manera indexada, 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 5 de noviembre de 1950, que es beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, porque a 1.º de abril de 1994 contaba con 43 años de edad, y al momento de cumplir los 55 años de edad, contaba con 927 semanas cotizadas del periodo comprendido entre el 8 de febrero de 1973 y el 29 de julio de 2005; que a la fecha cuenta con 1205 semanas cotizadas; que estuvo vinculada al extinto I.S.S. desde el 8 de febrero de 1973, hasta el 1.º de febrero de 1996, fecha en la que efectuó su traslado al fondo de pensiones y cesantías DAVIVIR I.N.G., actualmente PROTECCIÓN S.A.

Agregó, que no se le brindó información suficiente sobre el traslado de regímenes y sus consecuencias, que la omisión de la

información le generó una vulneración al derecho de pensión de vejez ya que perdió el beneficio de acceder al régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, y esto implica que no puede acceder a una pensión debido a que quedo sujeta al régimen general de pensiones.

Señaló, que solicitó el traslado de régimen ante PROTECCIÓN S.A., y este se la negó bajo el argumento de que su afiliación se presumía válida para todos los efectos, y que si se contemplaban irregularidades, la autoridad competente para saber de tal asunto era la Fiscalía General de la Nación, así mismo, solicitó ante COLPENSIONES S.A. la autorización de traslado entre regímenes, solicitud que fue negada por la entidad, Manifestó que si se presume la falsedad se debe instaurar denuncia penal.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 12 de julio de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.º 65).

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES S.A., se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que la afiliación realizada por la demandante al fondo de pensiones el 1.º de febrero de 1996, es válida, y que la afirmación del vicio del consentimiento en el traslado debería ser probada en el curso del proceso, por otro lado, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley 797 de 2003, al tener la actora 65 años de edad no lo es posible efectuar el traslado de régimen, y puntualizó al decir que la eventual afiliación de la demandante al R.P.M. depende de la previa decisión favorable de la nulidad de la afiliación al R.A.I.S. (f.º 138 a 143).

Propuso como excepciones las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, no configuración al derecho al pago de indexación, no configuración al pago de intereses moratorios, e inexistencia de la obligación y el derecho por falta de causa y título para pedir.

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., también se opuso a las pretensiones de la actora, indicó que en el formulario de afiliación de la demandante no se observa constancia de anomalía o constreñimiento alguno; que el fondo privado ha recibido por parte de la Universidad Nacional de Colombia, y en favor de la señora Norma Isabel Ojeda, de manera ininterrumpida aportes al sistema general de pensiones, y advirtió que la demandante solicitó ante PROTECCIÓN S.A. pensión de vejez, la cual le fue reconocida a través de comunicación el 10 de febrero de 2014, y por esto, y lo anteriormente expuesto, se puede inferir que las pretensiones incoadas en su contra no están llamadas a prosperar (f.º 169 a 175).

Propuso las excepciones de mérito de buena fe por parte de A.F.P. PROTECCIÓN S.A., y prescripción.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia del 9 de octubre de 2019, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al R.A.I.S., que en su caso administra PROTECCIÓN S.A., para tenerla como válidamente afiliada a COLPENSIONES S.A.; ordenó a esa entidad a aceptar el traslado de la demandante al R.P.M.; condenó a PROTECCIÓN S.A. a corregir la historia laboral de la accionante, en relación al I.B.C. de los periodos de abril de 2003, agosto de 2004, febrero de 2006, junio y julio de 2006; declaró que la

recurrente a 31 de enero de 2019, cuenta con 1618.17 semanas cotizadas en pensión, condenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora como, bonos pensionales si los recibió y sumas adicionales de la aseguradora si fueron recibidos, junto con los rendimientos que se hubieren causado; Condenó a COLPENSIONES S.A., a reconocer y pagar a la demandante la pensión de vejez a partir del día siguiente que se acredite el retiro del sistema general de pensiones, de conformidad a la norma más favorable, teniendo en cuenta que la actora es beneficiaria del régimen de transición y liquidando la pensión según lo establecido en el artículo 21 de la ley 100 de 1993; condenó en costas a PORVENIR S.A., y concedió recurso de apelación a las demandadas, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES S.A.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada PROTECCIÓN S.A., interpuso recurso de apelación a través de su apoderado judicial, para que fuera revocada la sentencia proferida por el juez de primera instancia. Manifestó, que de acuerdo a lo establecido en el Código Civil la consecuencia de la declaratoria de ineficacia y nulidad es que las cosas vuelvan a su estado anterior, por ende, se debe entender que la afiliación a esa entidad nunca existió y dicho fondo no debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, y los rendimientos que pudiere haber producido dicha cuenta no se causaron, y si bien es cierto, no debió cobrarse gastos de administración, así como tampoco, no se puede desconocer que los frutos o mejoras que tuvo la afiliada en su cuenta de ahorro individual son producto de la buena gestión de la A.F.P. y dichos frutos o mejoras, son la comisión de administración y se deben conservar si efectivamente hizo rentar el patrimonio, y agregó que, de trasladarse los mismos (rendimientos y gastos de

administración), se estaría frente a un enriquecimiento sin justa causa en favor de la actora, debido a que se estarían recibiendo unas utilidades generadas por la buena administración del fondo sin reconocer ningún concepto por la gestión realizada.

Asimismo, indicó que, sobre la corrección de la historia laboral de la demandante, la juez no hizo un análisis juicioso de las documentales aportadas por la Universidad Nacional, ya que los valores adicionales que se observan en algunos aportes corresponde, como ya se había manifestado, a intereses moratorios cobrados al empleador por no haber realizado los aportes de manera oportuna, y solicitó que se revise mes a mes cada uno de los meses señalados por el *a quo*, agregó que en cuanto a las semanas cotizadas por la actora se puede observar que en febrero de 2014, que es cuando le fue reconocida la pensión de vejez, se redime todo lo que corresponde al bono pensional de sus anteriores empleadores, incluyéndose a la Universidad Nacional, sumando esto un total de 1148 semanas cotizadas, y no como equivocadamente lo señala el juzgador de primer grado, en 1618 semanas.

Finalmente, dijo que en cuanto a las costas impuestas en esta instancia a la A.F.P., las consideraba excesivas teniendo en cuenta que la misma, ni se allanó, ni se opuso a las pretensiones de la demanda, y se atuvo a lo que se demostrara dentro del proceso, y sumado a esto, si se observa la documental obrante en el proceso se puede verificar que si se brindó información pertinente a la demandante para su traslado.

Por su parte, la apoderada de COLPENSIONES S.A., expresó en su recurso de apelación, que el juez de primera instancia al indicar que la actora tiene más de 1200 semanas cotizadas, se está computando 2 veces los tiempos cotizados, tanto al Seguro Social,

como a la Caja de Previsión Social, tal y como se evidencia en el reporte de semanas que allega PROTECCIÓN S.A., en el cual actualizado a febrero de 2019, arroja un total de 1148 semanas cotizadas por la demandante, y un saldo equivalente a \$336.279.946, consideró que el juez excedió sus facultades oficiosas al hacer corrección de historia laboral, ya que la parte actora no la solicitó en el escrito de la demanda, y no fue punto de cuestionamiento ni para PROTECCIÓN S.A., ni para COLPENSIONES S.A.

Señaló, que el despacho tampoco analizó la documental allegada al proceso al no evidenciar que la demandante no realizó solo un aporte voluntario, si no que por el contrario, dichos aportes voluntarios se realizaron por más de 5 meses, y el actuar de la actora da a entender que ella conocía que esos aportes voluntarios podrían incrementar el saldo de la cuenta de ahorro individual.

Afirmó, que la demandante le mintió al despacho al informar en su interrogatorio de parte que tenía que trasladarse de la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional a un fondo privado, porque la caja iba a ser liquidada, denotó que la actora se trasladó en el año 1996, y la Caja de Previsión Social fue liquidada hasta el 2009, e inclusive después de este año se creó el fondo de pensiones de la Universidad Nacional. De otra parte, llamó la atención que al haberse liquidado la Caja de Previsión Social, la demandante estaba en la facultad y el libre derecho de afiliarse al I.S.S.

Adicionalmente, adujo que debe tenerse en cuenta que PROTECCIÓN S.A. le comunicó a la demandante que había sido reconocida su pensión de vejez, y que esto tiene una consecuencia directa para el efecto de la redención de bonos, ya que, al momento de efectuar el traslado de aportes, no puede hacerse el traslado de los bonos pensionales porque ya fueron redimidos, y tiene una

consecuencia directa para COLPENSIONES S.A., en el caso de un eventual reconocimiento pensional.

Finalmente, indicó que revisadas las documentales que obran en el plenario, se puede verificar que además de informar a la demandante acerca de los bonos pensionales, varias veces se requirió a la actora para que hiciera la actualización de la información relacionada con el bono pensional, lo que da a entender que la demandante conocía varias características del R.A.I.S., adicional a esto, la parte actora indicó que desde el 2004, sabía que había perdido el régimen de transición, que había contratado una persona para que le ayudara a tramitar el traslado, y señaló de forma mentirosa que había enviado peticiones ante el I.S.S. para obtener su traslado.

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 3 de noviembre de 1950 (f.º 3); **ii)** es beneficiaria del régimen de transición, toda vez que al 1.º de abril de 1994 tenía 43 años de edad; **iii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 8 de febrero de 1973 y el 31 de enero de 1996 (F.º144, 234-235); **iv)** que el 1.º de febrero de 1996 se trasladó de COLPENSIONES S.A. a DAVIVIR I.N.G. PENSIONES y CESANTÍAS S.A., con fecha de

inicio de efectividad el 1.º de junio de 1996 (f.º 244 a 250), **v)** que se trasladó posteriormente a PROTECCIÓN S.A., donde se encontraba afiliada hasta el momento de que le fue reconocida su pensión de vejez, y **vi)** solicitó pensión de vejez a PROTECCIÓN S.A., el 17 de octubre de 2013, la cual fue reconocida el 10 de febrero de 2014, (f.º 178 a 180). De lo anterior, se colige que era beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por tener la edad y más de 15 años de cotización al 1.º de abril de 1994. Asimismo, se observa que no estaba incurso en ninguna de las causales de exclusión del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, que le impidiera el traslado al R.A.I.S., ya que los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5.º del Decreto 692 de 1994, disponen que su solicitud de traslado no podía ser rechazada por el fondo por ser una conducta prohibida para esas entidades, y por último, que actualmente goza de una pensión de vejez en la modalidad de retiro programado reconocida por PROTECCIÓN S.A.

De conformidad con el documento del folio 10, que corresponde a la solicitud de vinculación, el demandante se afilió a la A.F.P. Davivir S.A. el 1.º de febrero de 1996. Este formulario no demuestra por sí sólo, que en ese momento el consentimiento del actor estuviera afectado por uno de los vicios del consentimiento. Si bien la jurisprudencia de la Honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que el formulario no es prueba del consentimiento informado, esa misma jurisprudencia indica que dicho formulario acredita el consentimiento, esto es, no prueba la información otorgada, pero sí prueba, a lo sumo, el consentimiento del demandante (SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras).

En los hechos de la demanda, se afirma que al momento del traslado la actora no fue informada sobre la pérdida del régimen de

transición, y que no le dieron información completa sobre la diferencia entre los regímenes pensionales.

Sin embargo, no hay duda que cualquier deficiencia en la información por parte de DAVIVIR I.N.G. quedó subsanada desde el momento en que la demandante aceptó el reconocimiento de la pensión en la modalidad de retiro programado que le hizo PROTECCIÓN S.A., pues en comunicación que remitió a esa entidad el 20 de febrero de 2014 (f.º 176), no solamente no aceptó de manera expresa el pago de la pensión bajo dicha modalidad, sino que autorizó a la A.F.P. para que realizara el eventual proceso de traslado a renta vitalicia, de acuerdo con el artículo 12 del Decreto n.º832 de 1996 .

En ese orden, es claro que el traslado del régimen de prima media al régimen de Ahorro individual cumple con los requisitos señalados en el artículo 11 del Decreto n.º692 de 1994, que son de validez de conformidad con el mismo artículo, norma que permitía que la manifestación de voluntad se realizara en formatos preimpresos, aunado a que cumple con las normas vigentes para la fecha de traslado, esto es, la manifestación que la selección la efectuó en forma libre, espontánea y sin presiones, como se constata en el formulario, y con ello sometió su aspiración pensional a las disposiciones, requisitos y parámetros contenidos en la Ley 100 de 1993.

Además, se debe señalar que la firma del formulario por parte de la demandante es una manifestación del consentimiento emitido por él al tenor de la jurisprudencia y de conformidad con el artículo 1502 del Código Civil, esa manifestación de voluntad no se debe encontrar afectada de vicios.

Y sobre la reiterada alegación de los apelantes, expresadas en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación, de que el consentimiento no se encuentra viciado por un error configurado al no entregarse la información necesaria para dicho traslado, vale la pena anotar lo siguiente:

Respecto del error enunciado como vicio del consentimiento es de anotar que la legislación señala dos tipos, de derecho y de hecho.

En relación con el error de derecho cabe acotar que se refiere, según la definición doctrinal, “a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico”¹, esto es, recae sobre las definiciones legales de los derechos y obligaciones que le acarrearán a los contratantes la suscripción de determinado acto jurídico, y este tipo de error por expreso mandato del artículo 1509 del Código Civil, no vicia el consentimiento de quien lo presta.

Adicionalmente, sin que exista desconocimiento de la obligación legal de las entidades que administran los recursos pensionales de asesorar a los afiliados desde la vigencia de la Ley 100 de 1993, se debe señalar que todos los aspectos que regulan el tema pensional se encuentran regulados en la ley, cuyo desconocimiento no sirve de excusa de conformidad con el artículo 9.º del Código Civil, el cual fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-651 de 1997; dicha falta de conocimiento no se puede invocar como pretexto para afectar de vicios el consentimiento, máxime cuando las consecuencias del traslado operan en virtud de la ley.

Respecto a que la ignorancia de la ley no es excusa, ya lo señaló la Corte Constitucional en sentencia C-401/16, cuando indicó que: “debido a que todo afiliado al régimen de prima media con prestación

¹ Cfr. FLOUR, Jacques et Jean-Luc AUBERT. *Les Obligations*. T. I. 6^e Ed. Paris, Armand Colin Editeur, 1994, Ps. 142-143.

definida debe saber que requiere cotizar mínimo 1.300 semanas para tener derecho a una pensión de vejez -la ignorancia de ley no sirve de excusa-.” Colpensiones no debía señalar en los reportes cuantas semanas le faltaban al afiliado para cumplir las exigidas para adquirir el derecho; y esto es relevante, porque dicho artículo 9.º, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional, es un desarrollo del artículo 95 de la Constitución Política, que consagra que todas las personas están obligadas a cumplir la constitución y las leyes. De tal manera, que se descarta en el presente caso la existencia de un error de derecho.

En relación con el error de hecho, se recuerda que se configura cuando el consentimiento recae sobre la especie de un acto o contrato que se ejecuta diferente al que se pretende, y en el presente caso, se observa que el demandante suscribió de manera libre, espontánea y sin presiones la solicitud de traslado de régimen en un formulario que las normas que regulan la materia permiten que sea preimpreso, por lo que no se encuentra una prueba que indique que la accionante fue engañado o que no iba a existir un traslado de régimen, máxime cuando es en el mismo documento donde se señala el traslado de régimen A.F.P. anterior I.S.S., y la escogencia del fondo Davivir para que administre los aportes pensionales (fl. 10), lo que está reiterado cuando se afilió a Porvenir el 5 de septiembre de 2003 (f.º 186 a 189) y con la comunicación que envió a esta A.F.P. el 17 de octubre de 2013, es decir, antes de pensionarse, en la que señalaba que para continuar con el trámite del bono pensional, y en su carácter de afiliado al Fondo de Pensiones Obligatoria, le otorgaba poder como administradora del fondo de pensiones para que autorizara la negociación de su bono pensional emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por intermedio de un comisionista de bolsa, de conformidad con la ley, solicitándole también, de manera expresa, que la A.F.P. le informaran el valor de la mejor opción de descuento del bono antes de proceder a su venta (f.º 199 a 226), todo

lo cual es indicativo de que conocía perfectamente el régimen pensional al que estaba afiliado, por lo que mal podría decir que su supuesta ignorancia fue fruto de la falta de información de las distintas administradoras de pensiones a las que estuvo afiliado.

Adicionalmente, no se puede desconocer, se reitera, que la demandante recibe en la actualidad la pensión de vejez den la modalidad de retiro programado, dado el cumplimiento de los requisitos en el Régimen de Ahorro Individual, sin que el monto de la mesada pensional se constituya, por sí sola, en una causal de nulidad.

Tampoco, en el presente caso se puede desconocer la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la coexistencia de los regímenes pensionales, las técnicas excluyentes para la financiación del sistema pensional y la diferencia en el concepto de solidaridad de cada uno de los regímenes, lo cual se puede constatar en lo expuesto, entre otras, en las siguientes sentencias; en la C-183 de 2019, se dijo lo siguiente:

“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”.

En la providencia C-1024 de 2004, al analizar la exequibilidad del artículo 2.º de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, manifestó:

“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...”.

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 es disímil entre ellos 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.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores como se indican en las sentencias que declaran la ineficacia o nulidad del acto de traslado, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que solo permite el retorno al régimen de prima media del afiliado que se trasladó de régimen cuando cotizó 15 años o más al sistema antes del 1.º de abril de 1994, pero resaltándose, como atrás se dijo, que el demandante conocía perfectamente el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, lo que descarta que las demandadas hubieran violentado su eventual derecho a obtener una pensión el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Así las cosas, una decisión contraria a la emitida por el juez de primera instancia vulnera los principios de solidaridad propio del régimen de Prima Media, de equidad y de sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones contemplados en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 1.º de 2005. Por tanto, habrá de **REVOCARSE** 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,

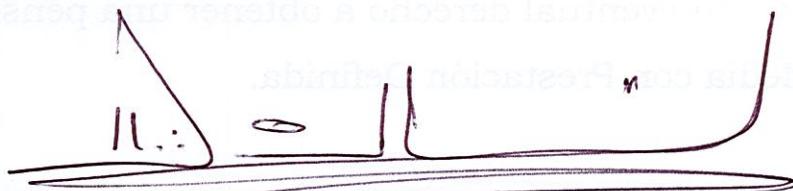
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 9 de octubre de 2019, por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, y en su lugar, se **ABSUELVE** a las entidades demandadas en el presente proceso, 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
AGLARO VOTO



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

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **LUZ MARINA OROZCO SEGURA** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., y PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001-31-05-007-2018-00528-01

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 27 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 la nulidad del traslado efectuado el día 28 de mayo de 1997 con COLFONDOS S.A, y del traslado efectuado el 2 de octubre de 2000 con SANTANDER S.A., hoy PROTECCIÓN S.A.; consecuentemente, solicitó que se retrotraigan las cosas a su estado anterior, se ordenara a COLPENSIONES tenerla como afiliada al R.P.M., como si nunca se hubiese traslado en virtud del regreso automático, y que se condenara en costas y agencias de derecho a las demandadas.

Para el efecto, manifestó que nació el 13 de mayo de 1962; que se trasladó a COLFONDOS S.A. el 28 de mayo de 1997, pero que el asesor comercial no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban tanto el R.P.M. como en el R.A.I.S, y que no le realizó un estudio de su situación particular; que se traslado a SANTANDER S.A. el 2 de octubre de 2000, y que dicho fondo le realizó una simulación pensional mediante la cual se proyectó el valor de su mesada pensional en \$998.059, si cotizaba al 100%, y en \$961.285 sin volver a cotizar; que según simulación pensional realizada en el R.P.M, el valor de su mesada pensional sería de \$2.272.600 para cuando cumpla 57 años, y que entre el 8 julio de 1984 y el 30 de julio de 2017 tiene un total de 1.628 semanas cotizadas.

Respecto del agotamiento de la reclamación administrativa, señaló que radicó derecho de petición ante COLPENSIONES el 29 de enero de 2018, para solicitar la nulidad del traslado, y que en la misma fecha la entidad le negó dicha petición.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 13 de septiembre de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 87).

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Manifestó que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de COLFONDOS S.A., o de que se este en presencia de algún vicio de consentimiento (error, fuerza o dolo), ni se evidenció dentro de la solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante, que al contrario, las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria (f.º 119 - 121).

Propuso como excepciones la de inexistencia del derecho para regresar al R.P.M., prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, y no procedencia al pago en costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público (f.º 128 - 134).

COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS también se opuso a las pretensiones de la demanda, alegando en su favor que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición por no cumplir con los requisitos establecidos por la Corte Constitucional en sentencias SU – 062 de 2010, y SU – 130 de 2013, y que a la actora no le asiste el derecho de trasladarse al R.P.M., teniendo en cuenta

que le faltan 10 años o menos para cumplir la edad para acceder a la pensión de vejez (f.º 148 - 153)

Invocó las excepciones de fondo de inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios en el consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad, y buena fe (f.º 163 - 167).

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., se opuso a las pretensiones de la actora. Expresó que se debe implorar la validez del traslado debido a que, no obstante carecer de elementos que le permitan controvertir con contundencia el tipo de información que le fue suministrada por los asesores de COLFONDOS S.A., con base en el principio de buena fe previsto en la Constitución Política, se debe presumir que la labor comercial se realizó con apego a la normatividad vigente, dado que solo hay manifestaciones de la demandante que carecen de fuerza probatoria (f.º 190 - 192).

Propuso como excepciones de mérito la de inexistencia de la nulidad por no haberse configurado un vicio en el consentimiento, saneamiento por ratificación de la nulidad alegada, prescripción, validez de la afiliación al R.A.I.S, y no pertenecer la demandante al grupo de personas que pueden regresar al R.P.M (f.º 194 - 197).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 27 de febrero de 2020, declaró la ineficacia de la afiliación y traslado de la actora con el fondo COLFONDOS S.A., el 28 de mayo de 1997, contenida en el formulario No. 0180972, y consecuentemente la posterior afiliación de la demandante a SANTANDER S.A., hoy PROTECCIÓN S.A. de fecha de 20 de octubre

de 2000 contenida en el formulario No. 5112437; ordenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la actora, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al R.P.M.; ordenó a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliada al R.P.M. a la actora; declaró no probadas las excepciones presentadas por las demandadas, y las condenó en costas.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES solicitó que se revocara la sentencia. Expresó que como la demandante nació el 13 de mayo de 1962, a la fecha cuenta con 57 años de edad, de manera que no cumple con lo establecido en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, ni con los requisitos señalados en las sentencias SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013 de la Corte Constitucional. Anudado a ello, indicó que la demandante no hizo uso de su derecho al retracto el cual da la posibilidad al afiliado de dejar sin efecto su elección, dentro de los 5 días hábiles siguientes de la fecha en la cual se haya manifestado por escrito la correspondiente elección. Igualmente, manifestó que la demandante en el momento en que se afilió al R.A.I.S. no tenía una expectativa legítima esto es la posibilidad jurídica que otorga a los beneficiarios una particular protección frente a los cambios normativos que menoscaban las aspiraciones de quienes están próximos a adquirir el derecho a la pensión. Por último, se refirió a lo sostenibilidad financiera del sistema pensional conforme a lo dispuesto en sentencia C – 062 de 2010 de la Corte Constitucional.

COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS señaló que la jurisprudencia citada por la demandante, no tiene similitud fáctica

con el caso que nos ocupa, pues en estas el caso de estudio correspondía a personas que eran beneficiarias del régimen de transición, y que al momento del traslado ya contaban con los requisitos para acceder al derecho pensional. De otro lado, indicó que en el momento en que el fondo realizó la asesoría del traslado de régimen, el deber de asesoría y de buen consejo no se encontraban vigentes en la legislación de ese entonces, esto es en los Decretos 656 y 692 de 1994, y que solo hasta la expedición del Decreto 2555 de 2019, del Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2014 surge la obligación de las A.F.P. de ejercer el deber de asesoría con el uso de herramientas financieras Para finalizar, indicó que la actora no probó la existencia de algún vicio en el consentimiento, y que el error de derecho no vicia el consentimiento.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A 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 13 de mayo de 1962 (f.º 11); **ii)** que a 1.º de abril de 1994 tenía un total de 390,86 semanas cotizadas en el R.P.M. (f.º 60); **iii)** que el 28 de mayo de 1997, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º

13), y posteriormente a SANTANDER, hoy PROTECCIÓN S.A., el 2 de octubre de 2000. (f.º 14).

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 13). En el recuadro denominado ‘voluntad de afiliación’, 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 de manera libre, espontánea, y sin presiones. Manifiesto que he elegido a la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. COLFONDOS para que administre mis aportes pensionales, y que los datos aquí reportados son verdaderos”*. En términos similares aparece esa misma constancia de haber seleccionado el R.A.I.S en forma libre, espontánea y sin presiones, en la afiliación con SANTANDER S.A., hoy PROTECCIÓN S.A. (f.º 14).

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 31 años de edad para el 1º de abril de 1994, que para esa data tenía un total de 390.86 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 31 años, es decir, según la norma que se encuentra vigente -Ley 797 de 2003- le faltaban aproximadamente 26 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. 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. y a PROTECCIÓN S.A., fuera ineficaz o estuviera viciado de nulidad, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando posteriormente realizó otra afiliación al mismo régimen, en el fondo PROTECCIÓN S.A., lo que es indicativo de que conocía dicho régimen. Igualmente, en el interrogatorio de parte manifestó que se afilió al R.A.I.S., de manera libre, voluntaria y espontánea, que los asesores no la obligaron a firmar, y que siempre confió en que estar en un fondo privado era mucho mejor que afiliarse a COLPENSIONES, motivo por el cual no se trasladó al R.P.M.; así como que su inconformidad con el R.A.I.S, surgió solo hasta el momento en que PROTECCIÓN S.A. le informó el monto de la mesada pensional que le correspondería una vez se pensionara, pero que antes de esto no se había preocupado por ello.

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, 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 PROTECCIÓN S.A. incumplieron el deber de información, solo hasta el momento en que le indicaron el monto de su pensión, si 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 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 de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en la demandante para su afiliación, por parte de COLFONDOS S.A. y 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 a COLFONDOS S.A. y 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 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 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 1997, 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, 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 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, 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 28 de mayo 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 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 inicialmente 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 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 27 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**, a **COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS**, y a **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, de todas las pretensiones incoadas por **LUZ MARINA OROZCO SEGURA**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

... la sentencia proferida el 17 de febrero de 2018 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión, y en virtud de lo anterior, se resuelve: PRIMERO: Se declara la nulidad de las prestaciones incobradas por LUX MARINA GRUPO SEGURO, de todas las prestaciones incobradas por LUX MARINA GRUPO SEGURO, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEYER

ANGELA LUCIA MURILLO VILLON

MURILLO GONZALEZ GONZALEZ

2018.02.17

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 cuestión es objeto de investigación de parte de la AEP, dado que no se encuentra el mismo en la lista de asuntos que se someten a la revisión de la AEP.

En el presente asunto, ninguna cuestión es objeto de investigación de parte de la AEP, dado que no se encuentra el mismo en la lista de asuntos que se someten a la revisión de la AEP.

En el presente asunto, ninguna cuestión es objeto de investigación de parte de la AEP, dado que no se encuentra el mismo en la lista de asuntos que se someten a la revisión de la AEP.

En el presente asunto, ninguna cuestión es objeto de investigación de parte de la AEP, dado que no se encuentra el mismo en la lista de asuntos que se someten a la revisión de la AEP.

En el presente asunto, ninguna cuestión es objeto de investigación de parte de la AEP, dado que no se encuentra el mismo en la lista de asuntos que se someten a la revisión de la AEP.