

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

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **LUCELLY GARCÍA RICO** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001-31-05-023-2019-00070-01

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 25 de febrero de 2020, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante que se declarara nulo y/o ineficaz el traslado que hizo del R.P.M. al R.A.I.S., y la movilización entre fondos que efectuó. Por tanto, solicitó que se ordenara a PROTECCIÓN S.A. proceder con el reporte de dicha novedad al Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensiones (S.I.A.F.P.), para quedar válidamente asignada a COLPENSIONES como única entidad encargada de administrar los recursos pensionales de ella; a PROTECCIÓN S.A. a que en el término improrrogable de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de la providencia, proceda a trasladar todos los saldos tales como bonos pensionales, sumas adicionales, aportes a pensión, capital acumulado, monto de los aportes, cotizaciones correspondientes al riesgo previsional de invalidez, vejez y muerte, junto con sus rendimientos, frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado a COLPENSIONES; una vez PROTECCIÓN S.A. de cumplimiento a lo ordenado, a que proceda a afiliar y a recibir todos los aportes girados que hacen parte de los sufragados por ella, y que se condene a las demandadas a pagar costas, gastos, expensas y agencias en derecho.

Para el efecto, manifestó que nació el 26 de enero de 1963; que conforme a la historia laboral expedida por COLPENSIONES estuvo afiliada al R.P.M. desde 11 de enero de 1982 hasta el 30 de septiembre de 1999; que conforme a la historia laboral expedida por PROTECCIÓN S.A. se vinculó a este fondo desde octubre de 1999 a la fecha, y tiene más de 1728 semanas cotizadas; que el formato de vinculación de fecha de 30 de septiembre de 1999, restringió su voluntad de afiliación debido a que no se le explicaron las

consecuencias del traslado de régimen; que el formato de solicitud de vinculación a PORVENIR S.A. no contiene información sobre lo que conlleva abandonar el R.P.M., y las posibles consecuencias futuras, y que ninguna de las A.F.P. a las que estuvo vinculada le brindó una información sobre el cambio de régimen pensional, ni sobre las ventajas y desventajas previstas en la Ley 100 de 1993, respecto de las diferencias que existían entre el I.S.S. y el fondo privado.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 26 de febrero de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 81).

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Manifestó que la actora no tiene derecho a la nulidad solicitada, pues la afiliación cuenta con validez, en tanto obra como soporte de esta las cotizaciones efectuadas por la demandante a los fondos, de manera libre, espontánea y voluntaria, además de no obrar soporte alguno que demuestre lo contrario ni el vicio de consentimiento alegado por la actora (f.º 114 - 115).

Propuso como excepciones la de validez de afiliación al R.A.I.S., cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, y compensación (f.º 123).

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 actora se efectuó con el lleno de los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993, y sus decretos reglamentarios. Indicó, que la información que le suministró fue precisa, clara, detallada, comprensible y oportuna a fin de que tuviera la posibilidad de

reclamar la protección de sus derechos en tiempo, por lo que no existen fundamentos para declarar la nulidad, máxime cuando contaba con todas las herramientas para declinar de la afiliación a tiempo, y lo hizo solo hasta percatarse de que no se le cumplían sus expectativas pensionales (f.º 88).

Invocó 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, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado la demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, y debida asesoría del fondo (f.º 92 - 93).

EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., se opuso a las pretensiones de la actora. Expresó que el cambio de administradora dentro del R.A.I.S., estuvo precedido de información clara, precisa, veraz, oportuna y suficiente, sobre los efectos jurídicos de este régimen, y en general de todo lo atinente a la regulación que en materia pensional expide el Gobierno Nacional (f.º 133 - 134).

Propuso como excepciones de mérito la de inexistencia del perjuicio causado, declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a A.F.P. SANTANDER, hoy PROTECCIÓN S.A., buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y prescripción (f.º 139 - 140).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 25 de febrero de 2020, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado

de la actora al R.A.I.S. administrado por PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.; condenó a PORVENIR S.A. y a PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES todos los valores recibidos desde el primero de noviembre de 1999 hasta la fecha, con todos los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia; declaró que la demandante para efectos pensionales, se encuentra afiliada al R.P.M. administrado por COLPENSIONES; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, y condenó en costas a PORVENIR S.A.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES solicitó que se revocara la sentencia. Expresó que conforme a la sentencia Rad. 2016-8701 de 17 de septiembre de 2017, emitida por el Tribunal Superior de Pereira, la simple manifestación de inconformidad de que el valor que se recibirá como mesada pensional en el R.P.M. es superior al del R.A.I.S., no constituye prueba de que cuando la actora realizó el traslado lo hizo movida por un engaño o una equivocada información. Indicó, que la demandante en su interrogatorio, manifestó que nunca buscó asesoría, que no tenía interés alguno respecto de su pensión, y que el motivo principal es que se encuentra inconforme con su mesada pensional. Finalmente, señaló que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo, pues no había una expectativa legítima para la demandante, como quiera que a la hora del traslado contaba con menos de 750 semanas cotizadas, y le faltaban más de 20 años para acceder a su pensión.

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE

PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación respecto de la condena en costas y gastos de administración. Manifestó que el fondo dio cumplimiento al deber de información en el momento de afiliación de la actora, pero que no estaban obligados a suministrar ningún soporte, e indicó que los gastos de administración son generados por el servicio que la administradora da a los afiliados para generar rendimientos en cada una de las cuentas de ahorro individual, y que en el R.P.M. también se hace un descuento por este concepto, por lo que se estaría privilegiando a una de las partes en un negocio jurídico, el cual como la demandante lo manifestó fue de manera libre, voluntaria y sin presiones, lo que generaría un enriquecimiento sin causa, desequilibrio y una desigualdad entre las partes.

EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., solicitó que se excluyera de la condena de la devolución de los gastos de administración y sumas adicionales, con fundamento en el artículo 1746 del Código Civil. Así, conforme a dicho artículo no se puede desconocer que el bien administrado produjo frutos y unas mejoras, por eso el fruto o mejora que obtuvo el afiliado son los rendimientos de la cuenta de ahorro individual producto de la buena gestión de la A.F.P., y el fruto o mejora de la A.F.P. es la comisión de administración, la cual debe conservar si efectivamente hizo rentar el patrimonio del afiliado. De manera que, la condena a PROTECCIÓN S.A. de devolver a COLPENSIONES dichas sumas, constituiría un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante.

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 26 de enero de 1963 (f.º 22); **ii)** que a 1.º de abril de 1994 tenía un total de 476 semanas cotizadas en el R.P.M. (f.º 23); **iii)** que el 30 de septiembre 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.º 95), y posteriormente a PROTECCIÓN S.A., el 14 de julio de 2003. (f.º 142).

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 95). En el recuadro denominado ‘voluntad afiliado’, se encuentra el siguiente texto ‘preimpreso’, encima de su firma como afiliada: *“Hago constar que realizo en forma libre, espontánea, y sin presiones la escogencia al Régimen de Ahorro Individual habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del Régimen de Transición, bonos pensionales, y las implicaciones de mi decisión. Así mismo he seleccionado a PORVENIR S.A. para que sea la única que administre mis aportes pensionales. También declaro que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos. Igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud”*. En términos similares aparece esa misma constancia de haber seleccionado el RAIS en forma libre, espontánea y sin presiones, en la afiliación con PROTECCIÓN S.A. (f.º 142).

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 476 semanas cotizadas entre tiempos privados y públicos, y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?

Así las cosas, para el año de 1994, la demandante contaba con 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 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. 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 admitió que voluntariamente firmó tanto el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. como el de PROTECCIÓN S.A., una vez verificó que sus datos fueran correctos. Ahora bien, pese a que la actora expresó que firmó por instrucción del área de talento humano de la empresa en que trabaja, también señaló que en el momento en que atendió al asesor de PORVENIR S.A. no había una persona de talento humano constriñéndola a firmar, y que no recibió una circular

o un comunicado de dicha área que le indicara que debía firmar el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. Asimismo, indicó que cuando firmó el formulario de PROTECCIÓN S.A. no fue obligada por el asesor. De manera que no se acreditó que en la afiliación de la actora a las A.F.P. hubiese existido algún tipo de presión o inducción por parte de su empleador o de los asesores de la A.F.P.

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, 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 PORVENIR 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 PORVENIR 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 1999, en la medida en que las partes realizaron las actuaciones (sucesivamente) correspondientes para tal fin, al punto que el empleador 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 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 exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuida en su capacidad para celebrar actos y contratos, y teniendo en cuenta que de su elección dependerá su futuro pensional; aquí como se vio con lo manifestado en el interrogatorio de parte, la demandante fue negligente frente a este aspecto, que decidió voluntariamente cambiarse de régimen, contando con la oportunidad de trasladarse nuevamente de régimen en los términos dispuestos en la Ley 797 de 2003, antes de que le faltaran 10 años o menos para arribar a la edad mínima pensional.

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

de Ahorro Individual con Solidaridad por los aportes, aportes voluntarios, bonos pensionales, rendimientos, edad de retiro que se escoja, etc.

Así las cosas, si en gracia de discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido el 30 de septiembre de 1999, 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 PORVENIR S.A., y a PROTECCIÓN S.A.

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

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

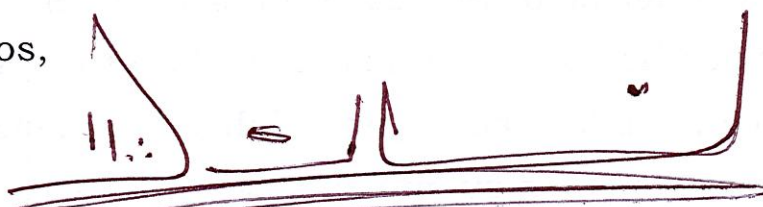
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 25 de febrero de 2020, por el Juzgado 23 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, SOCIEDAD ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, y al **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, de todas las pretensiones incoadas por **LUCELLY GARCÍA RICO**, 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

SALVAMENTO DE VOTO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

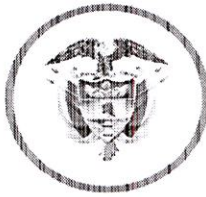
En consecuencia, para el suscrito Magistrado se configuró una violación del deber de información, lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, que no puede entenderse superada con la suscripción del formulario de afiliación, con lo dicho en el interrogatorio de parte y tampoco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

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

En el presente asunto, ninguna comisión se encargó del procedimiento de
para su estudio por el defensor de la comisión con el artículo 131 del Código
General del Proceso. Dado que no se adhirió al trámite que se hubiera
ilustrado el momento del traslado a una autoridad, antes del vencimiento de
los 10 días que por ley debe pasar traslados, respecto de las actuaciones,
condiciones, actos, escritos, testigos de cada uno de los hechos
personales, en un lenguaje claro, simple y comprensible. Se reitera que no
existe libertad informada cuando la persona desconoce totalmente de los hechos
que puede ocurrirle al cambio de régimen, de allí la gran importancia de la
carga de la prueba en materia de la administración de personas, en este caso,
que el cambio de régimen ha de ser informado a la persona.

El presente asunto, ninguna comisión se encargó del procedimiento de
para su estudio por el defensor de la comisión con el artículo 131 del Código
General del Proceso. Dado que no se adhirió al trámite que se hubiera
ilustrado el momento del traslado a una autoridad, antes del vencimiento de
los 10 días que por ley debe pasar traslados, respecto de las actuaciones,
condiciones, actos, escritos, testigos de cada uno de los hechos
personales, en un lenguaje claro, simple y comprensible. Se reitera que no
existe libertad informada cuando la persona desconoce totalmente de los hechos
que puede ocurrirle al cambio de régimen, de allí la gran importancia de la
carga de la prueba en materia de la administración de personas, en este caso,
que el cambio de régimen ha de ser informado a la persona.



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

201

REFERENCIA: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 11001 31 05 **022 2016 00265 01**
DEMANDANTE: VICTOR MANUEL KAMMERER
QUINTERO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES Y OTROS

Bogotá D.C., 29 de septiembre de dos mil veinte (2.020).

AUTO

De conformidad con lo establecido en el inciso 4° del art. 140 del C.G.P., me permito poner en conocimiento de Sala, particularmente del Ponente Dr. DAVID S. J. CORREA STEER, que me encuentro impedido para conocer del proceso de la referencia, al amparo de la causal consagrada en el numeral 2 del art. 141 del C.G.P., por haber proferido la sentencia de primera instancia en calidad de Juez Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá.

CÚMPLASE

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PREVISIONES - COLPREVISA Y CORTES
DEMANDANTE: VICTOR MANUEL RAMIREZ
RACION: 1.001.81.05.032.0018.0025.01
NACIONALIDAD: ORDINARIO LABORAL

Basado D.C. 28 de septiembre de dos mil veintio (2020).

AUTO

De conformidad con lo establecido en el inciso 4º del artículo 146 del C.G.P., me permito hacer en conocimiento de Sala, por intermedio del Ponente DR. JAVIER ALFONSO CORTES STEN, que me encuentro impedido para condecorar del proceso de la referencia, de acuerdo a la causal contemplada en el numeral 2 del artículo 14 del C.G.P., por haber precedido la recepción de otra instancia relacionada a la misma materia Laboral del Centro de Puntos

Cortes



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

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **VÍCTOR MANUEL KAMMERER QUINTERO** en contra de **COLPENSIONES**.

EXPEDIENTE n.º 11001 31 05 022 2016 00265 01

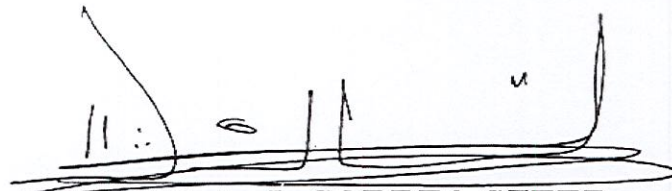
Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veinte (2020).

AUTO

En el caso de autos el H. Magistrado Hernán Mauricio Oliveros Motta, manifiesta encontrarse impedido para conocer del asunto de la referencia, por configurarse la causal consagrada en el numeral 2º del artículo 141 del Código General del Proceso.

En consecuencia al verificarse la causal de recusación consagrada en la norma procesal memorada, se procederá a declarar fundado el impedimento formulado, y por tanto, se acepta el mismo.

CÚMPLASE



DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado



DAVID A. J. CORREA ESTER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por VICTOR
MANUEL RAMIREZ GONZALEZ en contra de COLLECCIONES

EXPEDIENTE N.º 11001 81 02 022 5015 0325 01

Página 5 de 5 (20) de septiembre de dos mil veinte (2020)

AUTO

En el caso de autos el H. Magistrado Hernán Mendieta Olivares
manifiesta encontrarse impedido para conocer el estado de
la causa por encontrarse la causa concurriendo en el momento
del auto 141 del Código General del Proceso.

En consecuencia al verificarse la causal de recusación concurriente
la causa se declara en estado de suspensión y se declara en estado
de suspensión la causa por tanto, se declara en estado de

DAVID A. J. CORREA ESTER
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 **VICTOR MANUEL KAMMERER QUINTERO** en contra de **COLPENSIONES**.

EXP. 11001 31 05 022 2016 00265-01.

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

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá 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 surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante respecto de la sentencia dictada el 23 de septiembre de 2019 por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se condene a COLPENSIONES, a reconocer y pagar el incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo, previsto en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, desde el momento a partir del cual le fue reconocida la pensión de vejez y hasta cuando subsistan las causas que le dieron origen, junto con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la indexación de las sumas adeudadas.

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que COLPENSIONES, le reconoció la pensión de vejez mediante la Resolución n.º GNR 382654 del 29 de octubre de 2014, que para tal reconocimiento, le fue aplicado el Acuerdo 049 y el Decreto 758 ambos de 1990, por expresa remisión del artículo 36 de la ley 100 de 1993; que convive con su compañera Omaira Teresa Ramos Montero, quien depende económicamente de él y no devenga pensión ni renta alguna; reclamó administrativamente a COLPENSIONES el día 09 de junio de 2015.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Se admitió la demanda el 6 de octubre de 2016, ordenándose su notificación y traslado a la demandada (f.º 33)

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

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

En su defensa, formuló como excepciones de fondo las de prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de COLPENSIONES, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, pago, carencia de causa para demandar, compensación y la innominada o genérica (f.º 36-44).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, fue notificada, pero guardó silencio (f.º 35).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 23 de septiembre de 2019, declaró probada la excepción de inexistencia del derecho y cobro de lo no debido; como consecuencia, absolvió a COLPENSIONES de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la parte demandante.

Señaló que, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, los incrementos por persona a cargo se encuentran vigentes siempre que se trate de pensionados que pertenezcan al régimen de transición y cuya prestación se haya reconocido únicamente al amparo del Decreto 758 de 1990. Por lo anterior, y luego de analizar la Resolución por medio de la cual se le reconoce al demandante su pensión de vejez, consideró que las súplicas de la demanda no eran procedentes, toda vez que dicho reconocimiento se hizo con base en el artículo 1.º de la Ley 33 de 1985.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se surte el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, para verificar por parte de esta Sala de decisión, si los incrementos pensionales previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, conservan su vigencia en el nuevo sistema pensional; en caso afirmativo, si se reúnen los presupuestos de la norma para disponer su pago, y si los mismos se encuentran afectados del fenómeno prescriptivo en forma total o parcial.

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

Así, es necesario precisar que estos incrementos son un beneficio adicional a la pensión, y se encuentran regulados únicamente por el Decreto 758 de 1990, norma que es aplicable a los beneficiarios del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que adquirieron su pensión con aportes efectuados exclusivamente al Instituto de Seguros Sociales.

Lo anterior, es relevante en este caso, porque la norma aplicable a los beneficiarios del régimen de transición pensional, es exactamente la que regía su situación pensional con anterioridad a la vigencia del Sistema de Seguridad Social en pensiones, y así lo ha

reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia de 27 de julio de 2005 radicado 21517.

En el presente caso, de acuerdo a las documentales aportadas a folio 3 al 9 el expediente, no se discute que mediante Resolución n.º GNR 382654 del 29 de octubre de 2014, COLPENSIONES reconoció pensión de vejez al aquí demandante; para tal fin, se dio aplicación al régimen de transición mencionado anteriormente, sin embargo, se debe poner especial énfasis en que ésta pensión de vejez fue reconocida con base en el **artículo 1.º de la Ley 33 de 1985** dada la calidad de trabajador oficial que ostentaba el demandante, la cual regía su situación pensional con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993; normativa ésta que no consagra el incremento por cónyuge a cargo, y cuya aplicación, es del resorte única y exclusivamente del Decreto 758 de 1990.

Ahora bien, no pasa inadvertido por la Sala el hecho que en dicha Resolución se señalen los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, sin embargo, dicha mención se hace con el fin de obtener sustento normativo para determinar la fecha a partir de la cual el demandante tendrá derecho al disfrute de su derecho pensional, más no se determina con esto el reconocimiento de su pensión de vejez.

Así las cosas, no es posible acceder al reconocimiento y pago de los incrementos pretendidos. En consecuencia, se **confirmará** la sentencia consultada, sin costas en el grado jurisdiccional.

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,

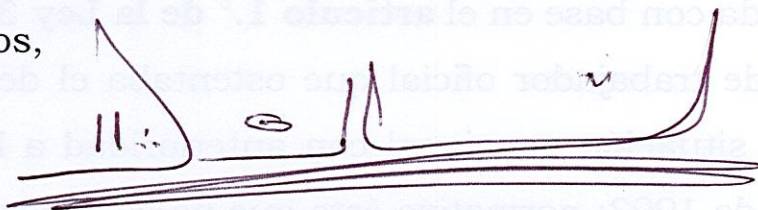
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2019 por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

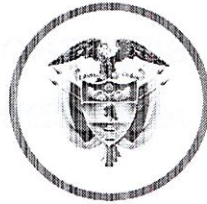


DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

(Con impedimento aceptado)
HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA



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

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARÍA TERESA RINCÓN CADENA** en contra de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.**

EXP. 11001 31 05 021 2018 00556 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 Porvenir S.A., Protección y Colpensiones, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última entidad, respecto de la sentencia proferida el 27 de enero de 2020, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante, que en forma principal se declare la nulidad del traslado efectuado al régimen de prima media con prestación definida con efectividad a 1.º de noviembre de 1994, ante la omisión de Porvenir S.A. [sic], del deber de información prudente, con pericia, clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto de las implicaciones que tenía el cambio de régimen de pensiones, y en general, sobre las prestaciones económicas que obtendría en el R.A.I.S., riesgos, beneficios y desventajas; de manera subsidiaria, se declare la ineficacia e inoperancia de los efectos de dicho traslado, al no poderse predicar la existencia de consentimiento libre, voluntario e informado al momento de la vinculación a dicho fondo.

En consecuencia, pidió que se condene a Colfondos S.A. a restituir a Colpensiones, los valores obtenidos en virtud de su vinculación, tales como cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos; así mismo condenar a esta última entidad a recibir tales valores y contabilizar para efectos de pensión, las semanas cotizadas en el R.A.I.S. (f.º 5, 6).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que realizó aportes en el extinto I.S.S. [sic] desde el 16 de febrero de 1983 hasta octubre de 1994; el 1.º de noviembre de 1994, se trasladó a Porvenir S.A., [sic] sin que hubiera sido asesorada en forma transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto de las diferencias entre uno y otro régimen, las prestaciones económicas que obtendría en el R.A.I.S., los beneficios, riesgos, desventajas o inconvenientes de dicho régimen, para saber si era lo que más le convenía, ni le informó qué capital debía acumular

en su cuenta de ahorro individual para adquirir su derecho a la pensión, ni la posibilidad de negociar el bono pensional, tampoco le hizo proyecciones futuras; solicitó el 14 de septiembre de 2018 a Colpensiones el traslado de régimen, pero la petición fue rechazada (f.º 3-5).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 18 de diciembre de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 80), y mediante proveído del 15 de julio de 2019, se ordenó la vinculación de Protección S.A. (f.º 149).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción (f.º 90-99).

COLFONDOS S.A., formuló como excepciones las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación a Colfondos, y prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado (f.º 123-137).

PROTECCIÓN S.A., se opuso parcialmente a las pretensiones y propuso como excepciones de fondo o de mérito las denominadas: inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones (f.º 159-168).

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, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (f.º 192-198).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 97, vto).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 27 de enero de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado al régimen de ahorro individual el 18 de octubre de 1994, a través de Colfondos, por lo que declaró como válida la afiliación al régimen de prima media con prestación definida; en consecuencia, condenó a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes pensionales, cotizaciones, frutos e intereses contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante, sin deducción alguna por gastos de administración; condenó a Porvenir S.A. y a Protección a trasladar a Colpensiones, lo descontado por concepto de gastos de administración y de traslado; a su vez, condenó a esta última entidad a activar la afiliación de la demandante y a actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a Colfondos S.A. (f.º 239-241).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., sostuvo que se acreditó que al momento del traslado horizontal de Colpatria a Porvenir, se le dio la información a la demandante en relación con las implicaciones del régimen pensional, conforme con el Decreto 663 y la Ley 100 de 1993, de modo

que no es viable exigirle a las entidades demandadas aquí encartadas, que guardaran soporte de la prueba de la información otorgada en su momento, previo al traslado de régimen pensional, así que para la época en que la demandante se trasladó no existía disposición normativa alguna que impusiera esa obligación.

Agregó, que no es viable ordenar el traslado de los gastos de administración, ya que se desconocería la consecuencia natural de la nulidad o de la ineficacia, la cual es restaurar las cosas a su estado inicial, de manera que, se genera un enriquecimiento sin causa y un pago de lo no debido, porque es justamente la labor profesional que ejercieron las A.F.P. a través de la inversión en la bolsa, de los aportes pensionales, lo que trajo como consecuencia la generación de rendimientos que incluso pueden llegar a ser superiores a los mismos aportes, aunado a que no se debe desconocer la buena fe con la que actuaron Protección y Porvenir, que lo único que realizaron fue un traslado horizontal entre administradoras, y no un traslado de régimen pensional.

PROTECCIÓN S.A., en su escrito de apelación, arguyó que no se debe ordenar la devolución de comisiones de administración, ya que la demandante solo permaneció en dicho fondo durante un año, y allí no se ocasionó el traslado de régimen, y mucho menos, es la actual administradora en donde se encuentra afiliada; además, la devolución de dineros la efectuó al hacer el envío de lo que ella tenía en su cuenta de ahorro individual al afiliarse a Colfondos, por lo que en la actualidad Porvenir no cuenta con dineros a nombre de la demandante; en todo caso, la deducción respectiva se realizó con amparo en disposiciones legales exigibles, aplicables y vigentes para la época, se trata de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante; así que no procede la devolución de los rendimientos

generados, pues precisamente los mismos fueron ocasionados por la gestión y buena administración que ejerció el fondo, y en caso de que se confirmara la nulidad declarada respecto del traslado de la demandante al R.A.I.S., las cosas vuelven al estado anterior, por lo que el fondo solo debería trasladar los aportes que se encuentren acreditados en la mencionada cuenta.

COLPENSIONES, apeló con el argumento de que el precedente jurisprudencial reseñado por la *a quo* no se debe aplicar de manera objetiva, sino que se debe analizar cada caso en concreto, en especial lo atinente a las expectativas legítimas que pudo haber tenido la demandante, y si se demostró un vicio en el consentimiento alegado por error; la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, y no es válido imponer a las administradoras obligaciones relacionadas con los soportes de la información, que no estaban previstas en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado, lo cual desvirtúa los principios de confianza legítima, legalidad y el debido proceso; por lo que considera que la demandante no puede pretender beneficiarse de rendimientos y aportes que jamás realizó en Colpensiones, lo que en últimas resulta ser un factor de descapitalización del fondo común al poner en riesgo el futuro pago de las pensiones de las personas que por el contrario, siempre han contribuido al régimen de prima media.

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, por parte de las Administradoras de los fondos Pensionales demandados.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 14 de septiembre de 1960 (f.º 26); **ii)** estando vinculada a la extinta Cajanal, donde completó un equivalente a 604 semanas, el 18 de octubre de 1994, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Colfondos S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de noviembre de 1994 (f.º 140, 142, 170, 202), y que luego de varias transferencias entre varias administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, regresó y actualmente se encuentra vinculada a Colfondos S.A., con un total de 1800 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º 55 a 64 y las certificaciones de f.º 53 y 141.

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 ocurrió precisamente si se observa que en el recuadro denominado ‘voluntad de selección y afiliación’ de la solicitud de vinculación n.º 352589 diligenciado ante Colfondos el 18 de octubre de 1994, se encuentra el siguiente texto ‘preimpreso’, encima de su firma como afiliada: *«Hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he **efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones**. Manifiesto que he elegido a la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y de Cesantías S.A. Colfondos, para que administre mis aportes pensionales y que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos.»* (f.º 140).

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 33 años de edad para el 1.º de abril de 1994, que para esa data tenía menos de 600 semanas cotizadas, y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?

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

Por lo que se infiere, que con este acto se produjeron los efectos de traslado válido al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a Colfondos S.A., Colpatria, Porvenir, y Santander - Ing, 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, el formulario radicado ante Colfondos S.A., pues nadie la obligó a hacerlo, a pesar de que no

recuerda haberlo leído, lo que incluso también ocurrió con los formularios diligenciados ante las demás administradoras, circunstancia indicativa del conocimiento de la demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad, lo que considera la Sala como una ratificación tácita del acto jurídico de traslado, con cumplimiento de las solemnidades legales.

También admitió, que estuvo de acuerdo con la información suministrada en forma individual por Colfondos S.A., a través de asesores que los visitaron en las instalaciones de la entidad para la cual ha venido trabajando, Superintendencia del Subsidio Familiar, relacionada con que el régimen de prima media se iba a acabar, que tendría una cuenta individual y se podía pensionar a cualquier edad, y eso era lo que realmente quería; lo que la motivó a trasladarse entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad fueron los rendimientos ofrecidos por los asesores de una y otra entidad que los visitaban en las instalaciones donde prestó sus servicios, con el fin de que sus aportes crecieran; recibió extractos de las distintas administradoras a las que estuvo vinculada, pero realmente no los leía. De igual forma, admitió que cuando hizo averiguaciones respecto de su situación pensional, una vez reunió los requisitos para ello, consideró que la información suministrada por Colfondos S.A. no fue suficiente, ya que no alcanzaría a reunir el monto individual para poderse pensionar, o que se pensionaba con un poco más que el salario mínimo, y por esa razón decidió presentar demanda.

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 Colfondos S.A. incumplió el deber de información solo hasta el momento en que le indicaron el monto de su pensión, sin que hubiese manifestado inconformidad alguna durante el tiempo en que estuvo afiliada. Así las cosas, se

tiene que hubo una ratificación tácita del acto jurídico de traslado, con el pleno cumplimiento de las solemnidades legales.

Lo anterior por cuanto dichas obligaciones generales y especiales que establecen los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, a cargo de los fondos de pensiones, relativas al deber de información para con los afiliados, se suple con aquellas previsiones que se reitera, fueron aceptadas por la demandante, al momento de suscribir los formularios ante Colfondos, Colpatria, Porvenir y Santander (f.º 139, 140, 169, 204, 205), donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad libre, espontánea y sin presiones.

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

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

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

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

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

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

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

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

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes desde el año 1994, en la medida en que las partes realizaron las actuaciones (sucesivamente) correspondientes para tal fin, al punto que la empleadora ha realizado los aportes a las Administradoras Colfondos, Colpatria, Porvenir y Santander, en los periodos en que la demandante se vinculó a ellas.

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, con el que se corrobora que se le informaron las características del régimen de ahorro individual, sin embargo, la actora, 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.

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 18 de octubre 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 Colfondos S.A., así como los formularios ante Colpatria, Porvenir y Santander.

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,

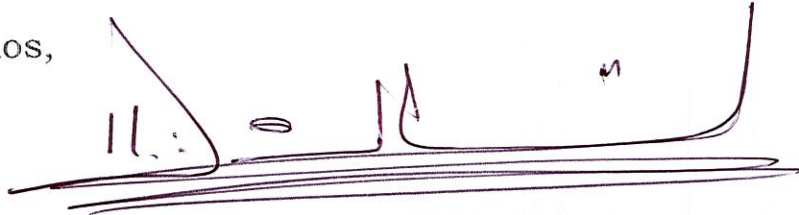
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y consultada, proferida el 27 de enero de 2020, por el Juzgado 21 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 SA**, a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA**, y a **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS SA**, de todas las pretensiones incoadas por **MARÍA TERESA RINCÓN CADENA**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

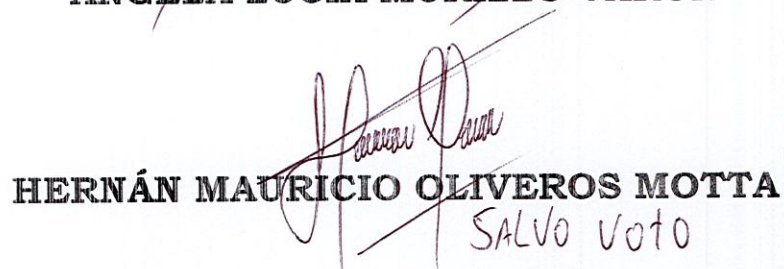
Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

SALVO VOTO

813

020-7-021 0022 01

El presente tiene a cargo de la demandante...

NOTIFICAR Y CUMPLIR.

Magistrados.

11-1-11

DAVID A. J. CORREA STEIN

ANGELA LUCIA MURILLO VARGAS

HERNAN MARIO OLIVEROS MORA
2010 010

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

... como es que cuando se le da la carga de la...

En el presente asunto, ninguna comisión de la...

Finalmente, considero que la responsabilidad del...

... en el momento de la...



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

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **NÉSTOR ÁNGEL ARANGO** en contra de **COLPENSIONES, y COLFONDOS SA.**

EXP. 11001 31 05 021 2017 00773 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 17 de septiembre de 2019, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se declare la nulidad del traslado efectuado a Colfondos, en consecuencia, Colfondos debe girar a Colpensiones la totalidad de los recursos recaudados por concepto de ahorro individual, con sus frutos e interés, se ordena a Colpensiones a recibirlo, activarlo y afiliarlo en el régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiere trasladado, y se condene a Colfondos a indemnizar al accionante por los daños y perjuicios causados por la afiliación. Finalmente, que se condenara al pago de las costas procesales a las demandadas, y que se aplicara las facultades extra y ultra petita.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 3 de septiembre de 1958, al 1.º de abril de 1994 tenía 35 años de edad y había cotizado 670 semanas, y al momento de su traslado de régimen contaba con 986.14 semanas cotizadas, señaló que el 1.º de noviembre de 2017, radicó ante Colpensiones derecho de petición en el que se solicitó aceptar su traslado a dicha administradora de pensiones, Colpensiones no dio respuesta a esta solicitud, en el mismo sentido, en la misma fecha ante Colfondos, allegó escrito solicitando su regreso a Colpensiones, ya que él se afilió a ese fondo bajo premisas falsas, el 21 de noviembre el fondo dio respuesta al escrito.

Señaló, que el capital ahorrado en el fondo privado asciende a la suma de \$160.000.000, que como mesada pensional COLFONDOS ofrece la suma de 800.000, y que COLPENSIONES le asignaría como monto de la mesada pensional aproximadamente la suma de \$1.500.000, advirtió que la diferencia entre lo ofrecido por COLFONDOS y COLPENSIONES es de \$700.000 (f.º 2-17).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 7 de marzo de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 46).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones con fundamento en que de conformidad al artículo 2.º de la ley 797 de 2003 el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, esta disposición consiste en evitar la descapitalización del R.P.M. y defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones.

Señaló, que la jurisprudencia y la legislación los requisitos para mantener el régimen de transición la persona si al 1.º de abril de 1994, era beneficiaria del régimen de transición y decide trasladarse al R.A.I.S., este pierde tal régimen, a excepción si cumple los 15 años de cotización a dicha fecha podrá trasladarse en cualquier tiempo al R.P.M., manteniendo el régimen de transición.

Indicó, que si la persona cumple con el requisito de los 15 años de cotizados no basta con trasladarse en cualquier tiempo, sino que además debe trasladar todo el ahorro que realizó en el R.A.I.S., y que dicho ahorro no sea inferior al monto que pudiera haber recibido en el R.P.M. En su defensa, propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendida, e innominada o genérica (f.º 49-60)

COLFONDOS S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló como excepciones las de Validez de la afiliación al R.A.I.S. con Colfondos, Inexistencia de la obligación en cabeza de Colfondos SA, Buena fe, Prescripción, e innominada o genérica (f.º 94-102).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 109, vto).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 1.º de septiembre de 2019, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado al régimen de ahorro individual el 1.º de septiembre de 1999, a través de Colfondos, por lo que declaró como válida la afiliación al régimen de prima media con prestación definida; en consecuencia, condenó a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes pensionales, cotizaciones, frutos e intereses contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante, sin deducción alguna por gastos de administración; condenó Colpensiones a activar la afiliación de la demandante y a actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a Colfondos S.A. (f.º 119-120).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES, apeló con el argumento de que el demandante se encuentra en la prohibición legal para solicitar su traslado, de acuerdo la Ley 797 de 2003, solicitó que se tuviera en cuenta la sentencia STL-10825, así como la sostenibilidad financiera.

COLFONDOS S.A., sostuvo que la comisión de administración

es aquella que cobran los fondos de pensiones para administrar los aportes que ingresan a las cuentas de ahorro individual de sus afiliados, y tiene su fundamento legal en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, que opera en los dos regímenes.

Afirmó, que durante todo el tiempo que el demandante ha estado afiliado a Colfondos S.A., tal entidad ha administrado los dineros depositados por él con la mayor diligencia y cuidado, pues dicho fondo es experto en intervención de los recursos propios de sus afiliados. Agregó, que la ineficacia solo procede para devolución de aportes de la cuenta de ahorro individual y los rendimientos financieros, pero no es procedente la devolución de lo descontado por comisión de administración, porque son comisiones ya causadas y descontadas que están conforme al marco normativo.

Además, indicó que la consecuencia de la nulidad o ineficacia de la afiliación es que las cosas vuelvan al estado anterior, esto debe entenderse como que el contrato de afiliación nunca existió, y por ende, Colfondos nunca debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual y los rendimientos que se produjeron no se causaron, pero que sin embargo el artículo 1746 del Código Civil señala que aunque se declare la ineficacia y se haga la ficción de que nunca existió el contrato, no se puede desconocer que el bien administrado produjo frutos y mejoras, y estos son los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, la cual debe conservar el fondo si efectivamente hizo rentar el patrimonio del afiliado.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen

pensional del aquí demandante estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 8 de septiembre de 1958, hecho que es pacíficamente aceptado por las partes procesales (f.º 43); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 15 de agosto de 1979 hasta el 30 de agosto de 1999, 998.43 semanas (f.º 41-42, 61-63 f.º 73 CD); **iii)** que el 30 de julio de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Colfondos S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de septiembre de 1999 (f.º 22, 104, 105), donde actualmente se encuentra vinculado, con un total de 995.86 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º 23.

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 selección y afiliación’ de la solicitud de vinculación n.º 7175106 diligenciada el 30 de julio de 1990, se encuentra el siguiente texto ‘preimpreso’, encima de su firma como afiliado: *«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 administradora de fondo de pensiones y cesantías Colfondos para que administre mis aportes pensionales y que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos»* (f.º 22, 105).

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 al accionante quien contaba con 36 años de edad para el 1.º de abril de 1994, que para esa data tenía un total de 730,71 semanas cotizadas, y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?

Así las cosas, para el año de 1994, el demandante contaba con 36 años, es decir, según la norma que se encuentra vigente -Ley 797 de 2003- le faltaban aproximadamente 26 años para cumplir la edad de 62 años, lo cual se traduce en que no contaba con esa expectativa legítima de adquirir el derecho para que pudiera predicarse válidamente que su afiliación a COLFONDOS S.A. le cercenó ese derecho.

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

Colfondos S.A., pues nadie lo obligó a hacerlo, que se acercó al fondo privado hace aproximadamente dos años, y al ver que se pensionaría con la tercera parte de lo que había estado aportando manifestó su inconformismo con el fondo, lo que considera la Sala como una ratificación tácita del acto jurídico de traslado, con cumplimiento de las solemnidades legales.

También, admitió que estuvo de acuerdo con la información suministrada por Colfondos S.A., mediante el cual dicha entidad le indicó que se podía pensionar de manera anticipada, le explicó que tenía que realizar aportes voluntarios si quería acceder a dicha pensión y la manera en que sería calculada su mesada pensional.

Así mismo, se debe tener en cuenta que la información señalada por el demandante que le fue otorgada, no implica un engaño, en la medida en que no es errónea, dado que quienes se encuentran vinculados al régimen de ahorro individual con solidaridad pueden obtener el derecho a la pensión sin el cumplimiento del requisito de edad, aumentar el monto de la mesada pensional, etc., situaciones estas que son excluyentes del régimen de prima media con prestación definida, que el actor manifestó conocer según su dicho, por lo que desvirtúa el deseo de permanecer en el régimen de prima media o de retornar a él, lo cual se concluye porque 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 el actor consideró que COLFONDOS S.A. incumplió el deber de información solo hasta el momento en que le indicaron el monto de su pensión, sin que hubiese manifestado inconformidad alguna durante el tiempo en que estuvo 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 el 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 el demandante en el momento de celebrar el acto jurídico de vinculación al régimen de ahorro individual, hubiese podido incurrir en error de hecho, al considerar que se encontraba celebrando un acto jurídico distinto, según lo previsto en el artículo 1510 *idem*.

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

Se considera entonces, que no existen elementos de juicio que permitan establecer coacción, error o inducción al mismo como vicios del consentimiento, la deficiencia de la asesoría que se aduce, menos aún el dolo consistente en artificios o engaños para obtener el consentimiento en el traslado, pues lo que está claro es que el demandante fue asesorado, y estuvo de acuerdo con la información suministrada, por lo tanto, no había lugar a declarar ni la nulidad de la afiliación a la AFP Colfondos, ni la ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se acreditó que persona alguna hubiese atentado contra el derecho 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-345-2017, 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. Recuérdesse 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 el demandante se vinculó a ella.

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

Ahora, si en gracia de discusión, se analizara la causal de ineficacia del acto de traslado por incumplimiento al deber de información asignado a las administradoras de pensiones, que se reitera deviene de la jurisprudencia, se encuentra en el presente caso, que la carga de la prueba bajo la responsabilidad de los fondos fue cumplida en la medida en que es el mismo demandante quien en el interrogatorio de parte aceptó que se le entregó asesoría, al punto que se le informó acerca de las generalidades de la pensión anticipada, así como los requisitos para acceder a esta y acerca de los aportes voluntarios.

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 al demandante, lo cual se corrobora con la exposición realizada en el interrogatorio de parte que absolvió.

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

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

demandante no hubiera recibido información sobre el régimen de ahorro individual, pues como es bien sabido, es deber de quien decide efectuar esta clase de actuaciones definir las condiciones y términos de los mismos, las ventajas y desventajas que traerán sus determinaciones, dado que el acto de la afiliación o no, depende de la persona natural y no del fondo.

También, en el análisis del presente caso, es relevante tener en cuenta que el demandante es una persona que se encuentra *ad portas* de exigir el derecho a la pensión, y respecto a esta situación, la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C-1024-2004 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 el afiliado no está exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos, y teniendo en cuenta que de su elección dependerá su futuro pensional; aquí como se vio con lo manifestado en el interrogatorio de parte, el demandante fue negligente frente a este aspecto, 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 del demandante que motivó la presentación de la demanda es el posible monto de la mesada pensional, lo cual no se constituye en una causal de nulidad o ineficacia del acto inicial de traslado o de su permanencia en el R.A.I.S., máxime, cuando el monto de la mesada pensional se determina al momento de hacer exigible la pensión o reunir los requisitos, y no al momento de la vinculación a cualquiera de los fondos, porque en dicha oportunidad una proyección de la mesada es simplemente una información que puede ser modificada por diversas variables, como por ejemplo en el régimen de prima media por los ingresos bases de cotización durante la vida laboral, la edad, y las semanas de cotización, y en el régimen de ahorro individual con solidaridad por los aportes, aportes voluntarios, bonos pensionales, rendimientos, edad de retiro que se escoja, etc.

Así las cosas, si en gracia de discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido el 30 de julio 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 el afiliado para pedir la rescisión del acto jurídico de traslado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, y como no lo hizo, ese hecho debe tenerse como una ratificación tácita del acto, con lo que se sana cualquier nulidad que hubiese podido existir.

Por lo dicho anteriormente, no es viable que el demandante pretenda ahora la nulidad de su traslado. Así, el afiliado debe

someterse a las condiciones del sistema por el que optó, tal y como lo admitió al firmar el formulario de vinculación a COLFONDOS S.A.

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

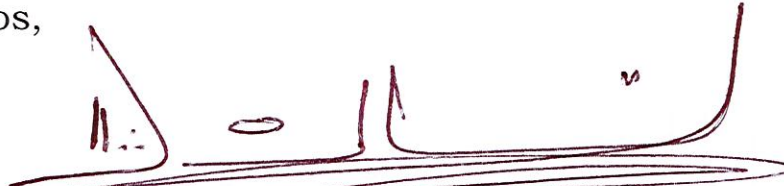
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 17 de septiembre de 2019, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, y a **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, de todas las pretensiones incoadas por **NÉSTOR ÁNGEL ARANGO**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
SALVO VOTO

001 1021 2013 0013 0

001 1021 2013 0013 0

001 1021 2013 0013 0

001 1021 2013 0013 0

001 1021 2013 0013 0

001 1021 2013 0013 0

001 1021 2013 0013 0

001 1021 2013 0013 0

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

En el presente asunto, ninguna evidencia se exhibió del conocimiento de parte sujeta por el demandante de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, dado que no se exhibió el mismo por lo que no se trasladó al momento del traslado o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que por ley son para establecer acciones de las partes interesadas, condiciones, acciones, servicios, efectos y riesgos de cada uno de los registros profesionales en un lenguaje claro, simple y comprensible. Se trata de una información que se debe dar a conocer a las personas que se interesan en la que pueda ser objeto de cambio de régimen de salud, de allí la gran importancia de la que se da a conocer en estos de la actualización de personas, en especial, en que el cambio de régimen que se solicita sea una mejora.

El presente es un asunto que se trata de la salud pública y de la vida de las personas, de allí la importancia de la información que se da a conocer a las personas que se interesan en la que pueda ser objeto de cambio de régimen de salud, de allí la gran importancia de la que se da a conocer en estos de la actualización de personas, en especial, en que el cambio de régimen que se solicita sea una mejora.

En el presente asunto, ninguna evidencia se exhibió del conocimiento de parte sujeta por el demandante de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, dado que no se exhibió el mismo por lo que no se trasladó al momento del traslado o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que por ley son para establecer acciones de las partes interesadas, condiciones, acciones, servicios, efectos y riesgos de cada uno de los registros profesionales en un lenguaje claro, simple y comprensible. Se trata de una información que se debe dar a conocer a las personas que se interesan en la que pueda ser objeto de cambio de régimen de salud, de allí la gran importancia de la que se da a conocer en estos de la actualización de personas, en especial, en que el cambio de régimen que se solicita sea una mejora.



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JOSÉ VALERIO ACHURY** en contra de **COLPENSIONES**.

EXP. 11001 31 05 020 2019 00195 01

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

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante, respecto de la sentencia dictada el 15 de noviembre de 2019, por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

AUTO

Se reconoce a la abogada Laura Rocío Martínez Lizarazo, como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los

efectos legales conferidos en el poder de sustitución aportado a f.º 75.
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se condene a COLPENSIONES, a reconocer y pagar el incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo, previsto en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, retroactivamente desde los 3 años anteriores al momento a partir del cual realizó reclamación administrativa, esto es, el 05 de junio de 2017, junto con la indexación de las sumas adeudadas.

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que el extinto I.S.S., le reconoció la pensión de vejez mediante la Resolución n.º 020020 de 2002, con base en artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 por ser beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993; que se encuentra casado con la Señora Teofilde Romero de Achury desde hace 50 años, con quien convive desde esa data, quien depende económicamente de él y no devenga pensión alguna; reclamó administrativamente el día 05 de junio de 2017, sin embargo, su solicitud fue negada.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Se admitió la demanda el 14 de marzo de 2019, ordenándose su notificación y traslado a la demandada (f.º 24).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones con el argumento de que el demandante no acreditó debidamente los requisitos establecidos en el literal b) del artículo 21 del Decreto 758 de 1990, en cuanto a lo relacionado con el vínculo

matrimonial y la dependencia económica de su cónyuge, sumado a que, los incrementos fueron objeto de derogatoria orgánica, según lo manifestado por la Corte Constitucional en Sentencia SU-140 de 2019. Además, señaló que en el hipotético caso en que se conceda el reconocimiento de éstos, se tenga en cuenta que, al no formar parte integral de la pensión, no gozan del carácter de imprescriptibles, de manera que habiéndose notificado la resolución mediante la cual se reconoció al demandante la pensión de vejez el 27 de agosto de 2002, y al haberse efectuado reclamación administrativa hasta el 5 de junio de 2017, los mismos se encuentran prescritos.

Formuló como excepciones de mérito las denominadas inexistencia de la obligación al reconocimiento del incremento del 14% señalado en el Acuerdo 049 de 1990, reglamentado por el Decreto 758 de la misma anualidad, cobro de lo no debido, principio de buena fe, prescripción de los incrementos y la innominada o genérica (f.º 27-41).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, fue notificada, pero guardó silencio (f.º 26).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 15 de noviembre de 2019, absolvió a **COLPENSIONES** de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la parte demandante.

Fundamentó su decisión en la postura de la Corte Constitucional respecto de la vigencia y prescriptibilidad de los incrementos pensionales, plasmada en la sentencia SU-140 de 2019, en la cual indicó que tales incrementos fueron derogados y dejaron

de existir el 1.º de abril de 1994, aún para aquellas personas que se encontraban dentro del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubiesen cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 1.º de abril de 1994.

Por lo anterior, indicó que no le asistía derecho al demandante al incremento deprecado, en tanto, adquirió su derecho pensional a partir del 28 de abril de 2002, fecha en la cual, según la Corte Constitucional, ya habían fenecido los incrementos previstos por el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se surte el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, para verificar si los incrementos pensionales previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, conservan su vigencia en el nuevo sistema pensional; en caso afirmativo, si se reúnen los presupuestos de la norma para disponer su pago, y si los mismos se encuentran afectados del fenómeno prescriptivo en forma total o parcial.

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

Revisados los requisitos para el reconocimiento y pago del incremento pensional por cónyuge a cargo, no se tiene duda que el demandante, es pensionado por vejez en virtud del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que remite al Acuerdo 049 de 1990 , como consta en la Resolución n.º 020020 de 2002 (f.º 20), empero lo anterior, no se tiene la misma certeza respecto del vínculo matrimonial que dice ostentar con la Señora Teofilde Romero de Achury, toda vez que no aportó registro civil de matrimonio, y sumado a lo anterior, tampoco resulta probada, con la declaración extrajuicio aportada, la dependencia económica de la misma con el demandante, pues no es un medio que le genere pleno convencimiento a la Sala de la situación alegada, máxime cuando no se tienen otros medios probatorios que respalden la misma.

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

Y aunque no se desconocen por la Sala mayoritaria los pronunciamientos de la Corte Constitucional al respecto, en los que se adoctrinó sobre la imprescriptibilidad del derecho al incremento pensional, desde la sentencia T-456 del 27 de noviembre de 2018, al resolver de forma acumulada 11 expedientes que compartían unidad de materia, la alta Corporación concluyó que tal beneficio fue

derogado con la Ley 100 de 1993, por lo que debió consolidarse en vigencia del Decreto 758 de 1990, tesis ratificada en la sentencia SU-140-2019.

Así las cosas, ante tal escenario, la Sala mayoritaria acude en su integridad a la postura de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que contrario a lo argumentado por la Corte Constitucional, ha sostenido de manera pacífica e inveterada que los citados incrementos pensionales conservan su vigencia aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, pero además, que están sujetos al fenómeno de la prescripción, puesto que no hacen parte del derecho a la pensión, en tanto constituyen un aspecto económico que sirve para aumentar el monto de la misma y que tal incremento debe entenderse exigible desde el momento en que se produjo el reconocimiento pensional, (artículos 22 del Acuerdo 049 de 1990, 31 Ley 100 de 1993, CSJ SL1975 y SL1749 ambas de 2018, SL13007-2017, SL, 10 ago. 2010 rad. 36345, SL, 27 jun. 2005 rad. 21517).

De manera que, al haber transcurrido más de 3 años desde la exigibilidad del derecho a incrementar la pensión, con la notificación de la Resolución n.º 020020 de 2002, que reconoció la pensión de vejez al demandante (f.º 20), sin que se hubiese interrumpido el término prescriptivo dentro de los 3 años siguientes, pues los reclamó el 5 de junio de 2017 (f.º 13) y presentó la demanda el 8 de marzo de 2019 (f.º 23), es claro que los incrementos por cónyuge a cargo aquí reclamados, se encuentran afectados por el fenómeno prescriptivo.

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

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de noviembre de 2019 por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de este proveído.

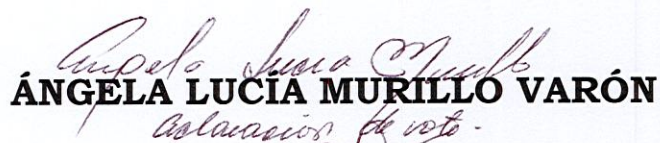
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

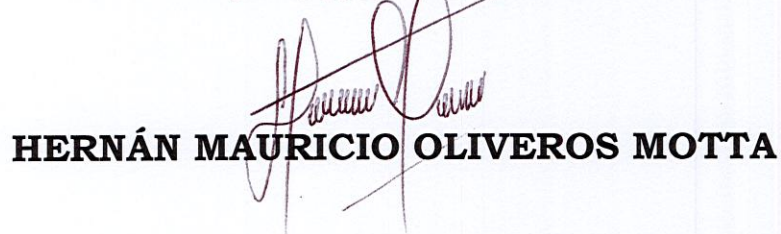
Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

... por autoridad de la ley, ... en nombre de la República de Colombia

RESUMEN:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de noviembre de 2019 por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de este provido.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,


DAVID A. J. CORREA STEYER


ÁNGELA LUCÍA MUÑOZ VARÓN


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JOSE VALERIO ACHURY
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICACIÓN: 11001 31 05 020 2019 00195 01

MAGISTRADO PONENTE: DAVID A. J. CORREA STEER.

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

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

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

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

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


ANGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

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

ACORDADO DE VOTO

DEMANDANTE: JOSE VALERIO ACHURY
DEMANDADO: COMISIONES
RADICACION: 11001 31 03 030 2019 00175 01

MAGISTRADO PROMOTOR: DAVID A. J. CORREA SANCHEZ

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia, por medio de la cual se declaró la nulidad de la Ley 1712 de 2014, en relación con la vigencia de los artículos 10 y 11 de la Constitución de 1991, respecto de las personas que adquieren el derecho a la pensión de vejez del régimen de transición, por lo siguiente:

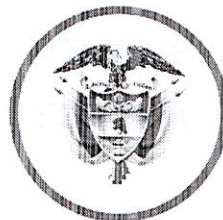
La Corte Constitucional señaló en la sentencia SU 140 de 2019 que los instrumentos establecidos en el artículo 51 del Acuerdo 049 de 1990 por el cual se modificó de la tarifa mensual fueron derogados a la expedición de la Ley 1712 de 2014, igualmente, indicó que reconocidos violan en forma directa el inciso 11 del artículo 48 de la Carta Política, relacionado con la asociación de trabajadores del sistema, como quiere que su concesión se realice sin que exista correspondencia entre los aportes efectuados por el cotizante y el monto de la pensión que debe recibir, máxime cuando dichos instrumentos generales se refieren de una prestación económica accesoria a la pensión de vejez.

Por otro lado, la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias, al haber de acuerdo de una norma a partir de los presupuestos constitucionales, la validez de la ley, en el presente caso, se refiere a un caso concreto, planteado por una persona que demanda la nulidad de la Ley 1712 de 2014, por lo que el carácter vinculante para todos los jueces de la República y el efecto de cosa juzgada que genera el fallo de la Corte Constitucional, en la sentencia SU 140 de 2019, se refieren a los postulados de igualdad y seguridad jurídica.

En consecuencia, cuando se adopta la decisión de nulidad de la Ley 1712 de 2014, en relación con la vigencia de los artículos 10 y 11 de la Constitución de 1991, respecto de las personas que adquieren el derecho a la pensión de vejez del régimen de transición, se debe tener en cuenta que la Ley 1712 de 2014, en su artículo 10, establece que la pensión de vejez se otorga a las personas que acrediten haber cotizado por lo menos 100 semanas.

En consecuencia, la Corte Constitucional, al declarar la nulidad de la Ley 1712 de 2014, en relación con la vigencia de los artículos 10 y 11 de la Constitución de 1991, respecto de las personas que adquieren el derecho a la pensión de vejez del régimen de transición, se debe tener en cuenta que la Ley 1712 de 2014, en su artículo 10, establece que la pensión de vejez se otorga a las personas que acrediten haber cotizado por lo menos 100 semanas.

DAVID A. J. CORREA SANCHEZ



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

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **NOHORA RIBÓN QUIROZ** en contra de **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 018 2018 00440 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 20 de noviembre de 2019, por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad del traslados efectuados el 24 de febrero y el 15 de diciembre de 1999, porque en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, y en especial acerca de su situación personal y concreta; en consecuencia, se deben retrotraer las cosas a su estado anteriores y se ordene a Colpensiones tenerla como su afiliada, como si nunca se hubiera trasladado, en virtud del regreso automático (f.º 3).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 16 de octubre de 1960; se trasladó el 24 de febrero de 1999 a la A.F.P. Colpatria, y el 15 de diciembre siguiente a Protección S.A. sin que se le hubiera informado en forma clara, veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, no se le hizo un estudio de su situación particular; el 22 de octubre de 2008, solicitó vincularse al I.S.S., pero la petición fue rechazada por las demandadas.

Que en la actualidad, cuenta con 1308 semanas de cotización; el 8 de febrero de 2017, Protección S.A. le hizo una simulación pensional dentro de su plan de vida bajo la modalidad de retiro programado cotizando el 100% del tiempo, y le informó que cuando cumpliera 57 años de edad su mesada sería de \$744.124, la cual es muy inferior a la que se calcularía ante Colpensiones, que sería de \$4.238.865, teniendo en cuenta el promedio de lo devengado en los últimos 10 años; reclamó administrativamente el 10 de noviembre de 2017, ante Colpensiones, solicitud que fue negada (f.º 3, 4).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 28 de agosto de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 69).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las denominadas: inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (f.º 89-96).

PROTECCIÓN S.A., se opuso parcialmente a las pretensiones, y propuso como excepciones de fondo o de mérito las denominadas: declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe, y prescripción (f.º 100-105).

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, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (f.º 136-143).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 79, 80).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 20 de noviembre de 2019, declaró la ineficacia de la afiliación

suscrita ante Protección S.A., el 24 de febrero de 1999, por ende, para todos los efectos legales, la demandante permanece en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad; en consecuencia, condenó a Porvenir S.A., y a Protección S.A., a trasladar a Colpensiones todos los dineros ahorrados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración, e impuso costas a cargo de dichos fondos privados; así mismo, ordenó a Colpensiones recibir tales recursos, pero la absolvió de las pretensiones incoadas en su contra, y declaró no probada la excepción de prescripción, relevándose de estudiar las demás dado el resultado de la litis (f.º 167-170).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES, apeló con el fin de ser absuelta, bajo el argumento de que si recibe los dineros provenientes de las cotizaciones realizadas por la demandante en el R.A.I.S., se vulnera el principio de sostenibilidad financiera del sistema, así como la equidad y la igualdad entre las personas que realizan cotizaciones al R.P.M.D., teniendo en cuenta que la demandante estando vinculada en Colpensiones, se trasladó en forma voluntaria de régimen pensional.

PORVENIR S.A., sostuvo que se acreditó que la demandante conocía las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, así como del régimen de prima media con prestación definida; conceder el traslado de la demandante contribuye a la desfinanciación del sistema porque no ha cotizado en el último régimen; se debe tener en cuenta que el deber de documentar la asesoría brindada surgió con la expedición de la Ley 1748 de 2014, que no tiene efectos retroactivos; no es viable ordenar la devolución

de los gastos de administración, por cuanto tales descuentos están permitidos legalmente, y se estaría causando un perjuicio al fondo, ya que los descuentos componen en un amplio término los porcentajes incluidos en el seguro previsional, que a su vez contiene la reserva de la prestación económica por invalidez y sobrevivencia, por tanto, ese porcentaje ya no se encuentra en cabeza del fondo, sino de la respectiva aseguradora; en consecuencia, solicitó se revoque la decisión.

PROTECCIÓN S.A., solicitó se modifique el numeral segundo excluyendo lo atinente a los descuentos de la cuota administración, para lo cual arguyó que no es viable por cuanto tales descuentos están permitidos legalmente, además se trata de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, así que se cada aporte del 16% del I.B.C., se descuenta un 3% para tal efecto, con destino al seguro previsional, al tenor de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993; aunado a que si se declara la nulidad o ineficacia del traslado, la consecuencia es que las cosas vuelvan a su estado anterior, de manera que si la afiliación nunca existió.

Adujo además, que por lo anterior Protección nunca debió administrar los recursos de la mencionada cuenta de ahorro, por ende, los rendimientos nunca se hubiera generado, ni se hubiera cobrado una cuota de administración, razón por la que en virtud de las restituciones mutuas de que habla el artículo 1746 del Código Civil, no se puede desconocer que hubo una buena administración que produjo unos frutos y unas mejoras en el patrimonio del afiliado, traducidas en rendimientos, en consecuencia, el fondo debe conservar la comisión por administración.

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 16 de octubre de 1960 (f.º 10, CD f.º 88); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 15 de julio de 1993 hasta el 28 de febrero de 1999, 288.71 semanas (f.º 30-32 CD f.º 88); **iii)** que el 24 de febrero de 1999 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Colpatria hoy Porvenir S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de abril de 1999 (f.º 12, 115, 145, 146), y que luego se trasladó a Protección S.A., donde actualmente se encuentra vinculada con un total de 1301.85 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º 24 a 29, 110 a 114.

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 afiliación y traslado n.º 0176419 diligenciado ante Colpatria el 24 de febrero 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 al Fondo de Pensiones Colpatria, para que administre mis aportes pensionales y solicite el traslado de los valores a que tenga derecho de la anterior entidad administradora. Así mismo declaro que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos.»* (f.º 145).

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 33 años de edad para el 1.º de abril de 1994, que para esa data tenía un total de 37.82 semanas cotizadas (f.º 30-32 CD f.º 88), y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?

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

posteriormente a Protección 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, pero sin haber leído el formulario radicado ante Colpatria -Porvenir S.A., pues nadie la obligó a hacerlo, lo que incluso también ocurrió con el formulario diligenciado ante Protección S.A., circunstancia indicativa del conocimiento de la demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad, lo que considera la Sala como una ratificación tácita del acto jurídico de traslado, con cumplimiento de las solemnidades legales.

También admitió la absolvente, que siempre ha sido asesora comercial colocadora de seguros de personas y de industria, actualmente es Directora Comercial, y que estuvo de acuerdo con la información suministrada por Colpatria, mediante una reunión grupal celebrada por parte de una funcionaria de dicho fondo en las oficinas de la empresa en donde trabajaba en ese momento, en la que les habló que el I.S.S. desaparecería, se podían pensionar anticipadamente con un monto mejor y mayor que en el I.S.S. dependiendo de sus aportes efectuados, y que podían tener beneficiarios entonces ella afilió a su esposo y sus 2 hijos; señaló que se trasladó a Protección S.A. cuando cambio de empleador, en diciembre de 1999 porque la asesora que estaba en ese momento en la nueva empresa, le dijo lo mismo así que firmó el nuevo formulario, una vez diligenciado por la promotora con la información que ella le brindó, sin hacer preguntas así como tampoco las hizo con Colpatria; posteriormente, se enteró que el I.S.S. se iba a transformar en la nueva entidad Colpensiones, y empezó a averiguar cómo trasladarse, pero en ese momento no puso atención a ese aspecto, solo se

preocupó por ello cuando empezó a acercarse a la edad de pensión y a ser cabeza de familia y empezó a averiguar acerca de su situación pensional desde hace año y medio.

Sostuvo, que no recuerda por qué motivo diligenció todos los formularios de vinculación a Colpatria, Protección y el I.S.S. que obran a f.º 12 a 14, 106 y 145, señaló como fecha de nacimiento el 16 de octubre de 1961, cuando ella nació el mismo día y mes del año 1960, pero admitió que a raíz de lo que escuchó en noticias, el 15 de octubre de 2008, pidió en la oficina de Protección S.A. una reasesoría, por lo que con base en esa información, se dirigió al I.S.S a afiliarse, pero no fue aceptada por la edad, no obstante, no le prestó atención a ello, y no quiso presentar su demanda en esa época, sino ya cuando indagó acerca de su situación pensional al acercarse a la edad de pensionarse; aceptó recibir extractos respecto de sus aportes pensionales y sus cesantías, en donde observa los aportes, sus rendimientos, la parte administrativa y las semanas que ha aportado. Manifestaciones que denotan su convicción sobre el traslado de régimen, la asesoría recibida y el conocimiento de características propias del régimen pensional al que se trasladó.

En términos generales, tal y como lo indicó en la declaración extrajuicio visible a f.º 64 a 66, admitió que siempre recibió información de los fondos privados de pensiones, y que cuando hizo averiguaciones respecto del estado de su pensión consideró que la información suministrada por aquellos no suficiente, dentro de la que se encontraba el que podía obtener la devolución del dinero si se quería pensionar antes de la edad exigida, afirmaciones todas estas que incluso, corroboró Belén Díaz Yañez, compañera de trabajo de la demandante en Permoda S.A. en la declaración juramentada n.º 3393 rendida ante la Notaría 73 del Círculo de esta ciudad (f.º 67).

Por lo tanto, 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 Colpatria, hoy 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 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 las AFP Colpatria, hoy Porvenir S.A. y en 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 AFP Colpatria, hoy Porvenir, ni la de 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.

Así las cosas, 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 Porvenir y Protección en los periodos en que la demandante se vinculó a ellas.

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 corrobora que se le informaron las características del régimen de ahorro individual y que 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.

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 24 de febrero 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 Colpatria, hoy 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:

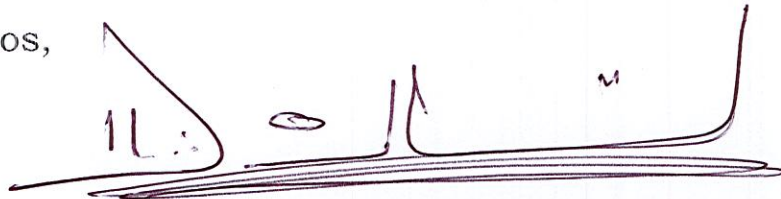
PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y consultada, para en su lugar **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, y a la

SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., de todas las pretensiones incoadas por **NOHORA RIBÓN QUIROZ**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

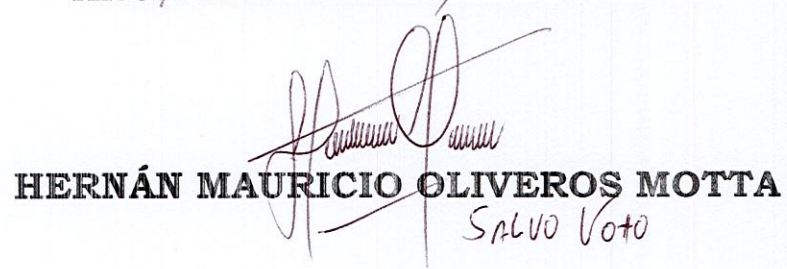
Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

SALVO VOTO

SALVAMENTO DE VOTO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

En el presente asunto, ninguna evidencia se ofrece del conocimiento de parte suya por el demandante de la confesión hecha por el demandado (General del Proceso) dado que no se advierte del mismo que lo hubiera ilustrado al momento del traslado o con posterioridad antes del vencimiento de los 10 años que por ley le corresponde para ilustrarse acerca de las circunstancias, condiciones, accesos, señas, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes penitenciarios, en un lenguaje claro, simple y comprensible. Se afirma que no existe libertad restringida cuando la persona desobedece o resiste de los hechos que pueden ocasionar el cambio de régimen de prisión, de allí la gran importancia de la carga de la prueba en cabeza de la administración de prisiones, en demostrar que el cambio de régimen fue o sería conveniente.

Finalmente, considero que la posibilidad de que el demandante se haya enterado de los hechos ocurridos por el demandado por la vía de la prensa o de los medios de comunicación, no es suficiente para acreditar el conocimiento de los hechos por parte del demandante. En consecuencia, considero que la carga de la prueba recae sobre la administración de prisiones, en demostrar que el cambio de régimen fue o sería conveniente.

En consecuencia, considero que la carga de la prueba recae sobre la administración de prisiones, en demostrar que el cambio de régimen fue o sería conveniente.

En consecuencia, considero que la carga de la prueba recae sobre la administración de prisiones, en demostrar que el cambio de régimen fue o sería conveniente.

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARÍA YASMINA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** en contra de **COLPENSIONES, y COLFONDOS S.A.**

EXP. 11001 31 05 014 2018 00189 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 la demandante contra la sentencia proferida el 22 de agosto de 2019, por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Se reconoce a la abogada Paola Andrea Orozco Arias, como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos legales conferidos en el poder de sustitución aportado a f.º 296. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen realizado el 1.º de abril de 1996, ante la omisión de COLFONDOS S.A. del deber profesional de información; en consecuencia, traslade la totalidad de los dineros que se encuentran depositados en su cuenta de ahorro individual, a COLPENSIONES, y que esta última reciba su afiliación y aportes sin solución de continuidad. Además, solicitó que, en caso de haberse otorgado reconocimiento pensional, previo al correspondiente fallo del proceso, se siga pagando la misma hasta tanto se haya trasladado todos los recursos de su cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, se tiene que nació el 28 de enero de 1962; realizó aportes en el extinto I.S.S., hoy COLPENSIONES, entre el 30 de julio de 1987 y el 30 de noviembre de 1995; que el 1.º de abril de 1996, con fecha de efectividad 1.º de junio de 1996, realizó traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., decisión que no estuvo precedida de una información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta, respecto de las prestaciones económicas que obtendría en el R.A.I.S., ni sobre las consecuencias negativas y específicas que implicaría su cambio de régimen pensional; y que actualmente se encuentra afiliada y cotizando a COLFONDOS S.A.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 30 de abril de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 205).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones; con fundamento en que no es procedente declarar la nulidad del traslado de la demandante, toda vez que ésta se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad ya que no se configuraron vicios del consentimiento en la suscripción de la afiliación al R.A.I.S., sumado a que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado establecida en el artículo 2.º de la ley 797 de 2003.

Formuló como excepciones las denominadas error de derecho no vicia el consentimiento, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica (f.º 226 - 240).

COLFONDOS S.A., su opuso a todas y cada una de las pretensiones, señaló que el traslado de la demandante a esta A.F.P. obedeció al ejercicio de su autonomía de la voluntad, y que el mismo se basó en una decisión libre, espontánea, informada y sin presiones, tal como consta en su formulario de afiliación.

Propuso como excepciones de fondo las de validez de la afiliación al R.A.I.S. con COLFONDOS, buena fe, prescripción, inexistencia de la obligación en cabeza de COLFONDOS S.A., y la innominada o genérica (f.º 272-279).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 285).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 22 de agosto de 2019, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra, no condenó en costas, y concedió recurso de apelación interpuesto por la parte actora (f.º 292).

En cuanto a la selección de régimen pensional, señaló que de conformidad con lo establecido en el artículo 2.º de la Ley 797 de 2003, y con los pronunciamientos jurisprudenciales de constitucionalidad que realizó la corte sobre este artículo, al no beneficiarse la demandante del régimen de transición presente en el artículo 36 de la Ley 100, por densidad de cotizaciones, además por superar la edad exigida por el R.P.M. para acceder a la pensión de vejez, automáticamente está inmersa en la prohibición de traslado en los términos del artículo inicialmente nombrado.

Consideró que, de conformidad con la sentencia SL 1688 de 2019, y principalmente, con la aclaración de voto que el Magistrado Quiroz Alemán realizó a la misma, el deber de información para la época del traslado de la demandante, incluía dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales; sin embargo, sólo los que pierden el régimen de transición pueden sufrir un daño en su expectativa pensional, por tal razón, la demandante a ninguna pérdida de beneficios pensionales se enfrentaba, de la que tuviera el fondo privado en cumplimiento a su deber de información advertirle. Agregó, que frente a la ausencia de consentimiento informado del que predica la demandante la nulidad del traslado, éste no sólo dependía de la información que suministraran los promotores del R.A.I.S., sino que surgía del deber que todos los ciudadanos tienen de conocer las leyes, con mayor razón en esos años en que se expidió la Ley 100 del 93 y el Decreto 1642 de 1995.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandante, apeló con el argumento de que COLFONDOS S.A., no cumplió con los requisitos legales y jurisprudenciales para mantener la validez y eficacia del traslado del R.P.M. al R.A.I.S., pues no cumplió con la obligación prevista en el numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, y en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sobre la decisión libre y voluntaria del afiliado al momento del traslado de régimen pensional.

Fundamentó su alegato, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sentencia SL1421 de 2019, donde se señala que la manifestación de voluntad realizada al momento del traslado debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables que su decisión acarrea, sumado a que, dicho derecho no se condiciona a que la persona ostente o no un derecho transicional.

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 de la aquí demandante estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente por parte de las Administradoras de los Fondos Pensionales.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 28 de enero de 1962 (f.º 33); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre 30 de julio de 1987 y el 30 de noviembre de 1995, 103,14 semanas (f.º 222 -225); **iii)** que el 1.º de abril de 1996, con fecha de efectividad 1.º de junio de 1996, se

trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. COLFONDOS S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 262), donde actualmente se encuentra vinculada.

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 selección y afiliación' de la solicitud de vinculación n.º 722818 diligenciado el 1.º de abril de 1996, se encuentra el siguiente texto 'preimpreso', encima de su firma como afiliada: *«Hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones. Manifiesto que he elegido a la Compañía Colombiana Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías S.A. COLFONDOS S.A. para que administre mis aportes pensionales, y que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos »* (f.º 262).

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 89.29 semanas cotizadas (f.º 222 - 225), 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 COLFONDOS S.A. le cercenó ese derecho.

Por lo que se infiere, que con este acto se produjeron los efectos de traslado válido al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a COLFONDOS S.A., fuera ineficaz o estuviera viciado de nulidad como lo afirmó la parte demandante, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando la suscripción del mencionado formulario no fue objeto de reproche de su parte; por el contrario, en su interrogatorio de parte, admitió que se afilió de manera libre y voluntaria a la A.F.P. COLFONDOS S.A.

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, y que la actora manifestó conocer según lo plasmado en la demanda, 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 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 COLFONDOS S.A. incumplió el deber de información solo hasta el momento en que le indicaron el monto de su pensión, sin que hubiese manifestado inconformidad alguna durante el tiempo en que estuvo afiliada. Así las cosas, se tiene que hubo una ratificación tácita del acto jurídico de traslado, con el pleno cumplimiento de las solemnidades legales.

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

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

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

Se considera entonces, que no existen elementos de juicio que permitan establecer coacción, error o inducción al mismo como vicios del consentimiento, la deficiencia de la asesoría que se aduce, menos aún el dolo consistente en artificios o engaños para obtener el consentimiento en el traslado, pues lo que está claro es que la demandante fue asesorada, y estuvo de acuerdo con la información suministrada, por lo tanto, no había lugar a declarar ni la nulidad de la afiliación a la A.F.P. COLFONDOS 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-345-2017, 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. Recuértese 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 1996 en la medida en que las partes realizaron las actuaciones (sucesivamente) correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora COLFONDOS S.A., en los periodos en que la demandante se vinculó a ella.

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

Ahora, si en gracia de discusión, se analizara la causal de ineficacia del acto de traslado por incumplimiento al deber de información asignado a las administradoras de pensiones, que se reitera deviene de la jurisprudencia, se encuentra en el presente caso, que la carga de la prueba bajo la responsabilidad de los fondos fue cumplida en la medida en que es la misma demandante quien en la demanda aceptó que se le entregó asesoría, frente a la cual, durante todo el tiempo en que estuvo afiliada, no tuvo ningún reparo.

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

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

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

En dicha sentencia, expuso la Corte lo siguiente:

“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 la demanda, 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 1.º de abril de 1996, el mismo tuvo que ser advertido en esa oportunidad, ante la información brindada, por lo que, indefectiblemente, partir de esa fecha, debía contarse el plazo de 4 años con el que contaba la afiliada para pedir la rescisión del acto jurídico de traslado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, y como no lo hizo, ese hecho debe tenerse como una ratificación tácita del acto, con lo que se sana cualquier nulidad que hubiese podido existir.

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

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

legales antes citadas, en consecuencia, 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,

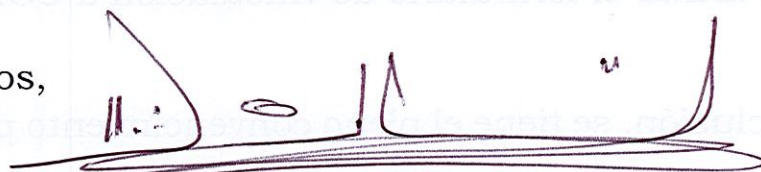
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, el 22 de agosto de 2019, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

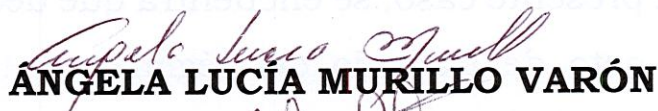
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

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 4º decreto 656 de 1994 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, dispusieron las obligaciones de las AFP de ofrecer un servicio eficiente, eficaz, y oportuno a los usuarios, brindándoles la información necesaria para tomar la decisión de afiliarse y permanecer en el régimen pensional. Premisa que conforme a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible, pues, solo así, se entenderá que el asesor o promotor del fondo

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

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

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

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

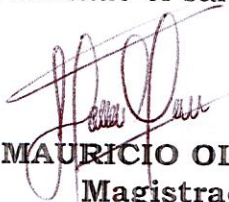
asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

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

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

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

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

En el presente asunto, ninguna vez se ha exigido el pago de la cuota de inscripción, por lo que se debe considerar la falta de pago de esta cuota como un hecho que impide la inscripción del documento en el registro de la propiedad.

En el presente asunto, ninguna vez se ha exigido el pago de la cuota de inscripción, por lo que se debe considerar la falta de pago de esta cuota como un hecho que impide la inscripción del documento en el registro de la propiedad. En el presente asunto, ninguna vez se ha exigido el pago de la cuota de inscripción, por lo que se debe considerar la falta de pago de esta cuota como un hecho que impide la inscripción del documento en el registro de la propiedad.

En el presente asunto, ninguna vez se ha exigido el pago de la cuota de inscripción, por lo que se debe considerar la falta de pago de esta cuota como un hecho que impide la inscripción del documento en el registro de la propiedad.

En el presente asunto, ninguna vez se ha exigido el pago de la cuota de inscripción, por lo que se debe considerar la falta de pago de esta cuota como un hecho que impide la inscripción del documento en el registro de la propiedad.