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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **BLANCA AZUCENA VELÁSQUEZ CÁRDENAS** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

EXP. 11001-31-05-027-2018-00630-01.

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.° 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 parte demandante y demandada, contra la sentencia proferida el 10 de octubre de 2019.

Se reconoce personería al abogado **ANDRÉS ZAHIR CARRILLO TRUJILLO,** como apoderado sustituto de la parte demandada, de conformidad con el oficio visible a f.° 73.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

BLANCA AZUCENA VELÁSQUEZ CÁRDENAS demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones - **COLPENSIONES**, para que de manera principal se le condenara al pago de los intereses moratorios a la tasa máxima vigente para el momento del pago de las mesadas pensionales causadas desde el 30 de junio de 2006 hasta el 30 de julio de 2014 y a las costas. De manera subsidiaria, se le condenara al pago de dichos intereses moratorios, pero sobre las mesadas causadas desde el 27 de abril de 2012 hasta el 30 de julio de 2014.

Fundamentó sus pretensiones, en que demandó al I.S.S. para que se le reconociera la sustitución pensional como cónyuge supérstite del causante Leónidas Quevedo Rojas, quien falleció el 28 de junio de 2006; que mediante sentencia del 27 de abril de 2012, el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, condenó al I.S.S. a pagarle dicha pensión desde el 29 de junio de 2006, en cuantía inicial de $717.504 con los reajustes anuales legales, y las mesadas de junio y diciembre; que mediante Resolución n.°GNR 263990 del 21 de julio de 2014, **COLPENSIONES** dio cumplimiento al fallo judicial, y que el 6 de marzo de 2017, solicitó a COLPENSIONES la reliquidación de la sustitución pensional, en el sentido de ordenar el reconocimiento y pago de los intereses moratorios, lo que fue negado finalmente por **COLPENSIONES** después de agotar los recursos de ley.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 25 de enero de 2019, ordenándose su notificación y traslado a la demandada (f.° 31).

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, alegó en su favor que dio cabal cumplimiento a la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral de Descongestión del Circuito de Bogotá, reconociéndole a la actora una pensión de sobrevivientes en un 100 %, respecto de la que devengaba el causante Leónidas Quevedo Rojas, a partir del 29 de junio de 2006, y que el cumplimiento se dio a través de la Resolución n.°GNR 263990 del 21 de julio de 2014, sin embargo, en la misma no se reconocieron las sumas impuestas en la providencia judicial como consecuencia de la existencia de un proceso ejecutivo, y en aras de garantizar que se evite un doble pago dentro del referido proceso, se ingresó a la demandante a corte de nómina, es decir, a partir de agosto de 2014.

Así mismo, a través de la Resolución n.°GNR 92302 de 31 de marzo de 2016, resolvió dar alcance a la resolución anteriormente mencionada, y en consecuencia se ordenó el pago retroactivo por valor de $94.012.340 ingresado en nómina para el periodo de abril de 2016 que sería pagado en mayo de la misma anualidad (f.° 45 - 46).

Propuso las excepciones de mérito de inexistencia del derecho y de la obligación, inexistencia de los intereses moratorios, cobro de lo no debido, buena fe, y prescripción (f.° 48 - 50).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 10 de octubre de 2019 condenó a **COLPENSIONES** a pagar a la actora a pagar a la actora *"los intereses moratorios causados sobre cada mesada pensional debida desde el 06 de marzo de 2014 hasta el 31 de agosto de 2014"*. Declaró parcialmente probada la excepción de

prescripción, y no probadas las demás, y la condenó al pago de las costas, fijando la suma de $300.000 como agencias en derecho.

El juzgado consideró, que el problema jurídico se concretaba en determinar si la demandante tenía derecho a los intereses moratorios desde el 30 de junio de 2006.

Afirmó, que no podía tener derecho a los intereses desde esa fecha, porque COLPENSIONES negó la sustitución pensional por no haber acreditado los requisitos en sede administrativa, por lo que hubo necesidad de que instaurara una demanda para que judicialmente se le reconociera su derecho, y solo mediante una sentencia judicial fue que el derecho a la sustitución adquirió certeza, sentencia que dictó el Juzgado Sexto Laboral de Descongestión, el 27 de abril de 2012, que quedó ejecutoriada desde esa fecha ya que no se interpuso recurso alguno contra ella, y que COLPENSIONES, mediante Resolución n.°GNR 263990 del 21 de julio de 2014, dio cumplimiento a la decisión judicial, ingresando a la demandante en nómina en el mes de agosto, recibiendo el pago en septiembre.

En ese orden, consideró que la demandante tenía derecho a los intereses moratorios causados desde el 27 de abril de 2012 hasta el 31 de agosto de 2014, pero como según los folios 15 a 17 interrumpió la prescripción por una sola vez el 6 de marzo de 2017, se había configurado la prescripción de los causados entre el 27 de abril de 2012, y el 5 de marzo de 2014, por lo que impondría condena por los intereses causados entre el 6 de marzo de 2104 y el 31 de agosto de 2014.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La parte demandante, alegó que no esta configurada la prescripción, ya que COLPENSIONES reconoció la sustitución pensional el 27 de abril de 2012, y solo la incluyó en nómina en el

año 2014, es decir, que aun no empezaba a correr el término prescriptivo en razón a que se debía esperar que se diera cumplimiento a la resolución que le reconocía y ordenaba pagar el derecho, y si se tiene en cuenta que el reclamo se presentó el 6 de marzo de 2017, los tres años hacía atrás llegarían hasta el 2014, lo que indica que se está dentro del término para hacer la reclamación, por lo que los intereses deben ser desde el 27 de abril de 2012.

Por su parte, la parte demandada afirmó que el reconocimiento del derecho de la demandante se dio a través de decisión judicial y que lo que hizo COLPENSIONES fue reconocer el derecho, hacer la inclusión en nómina, pagar las mesadas y pagar el retroactivo de las mesadas que estuvieron en vilo durante el tiempo del litigio, y que al pagar el retroactivo pensional esto excluye los intereses moratorios, ya que se estaría pagando doblemente esta pretensión en razón a que el retroactivo cubre el tiempo que estuvo el derecho en litigio, el tiempo en que la demandante no recibió las mesadas pensionales y no se podría entender a qué se aplicaría un interés moratorio, toda vez que en el momento en que COLPENSIONES reconoce el derecho, al mes siguiente hace la inclusión en nómina y comienza a pagar la pensión a la beneficiaria.

V. CONSIDERACIONES

Para decidir la apelación interpuesta por las partes, el tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, la sentencia de segunda instancia y la decisión sobre los autos apelados, deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, lo cual le impone un límite a la competencia del tribunal, ya que no puede ir más allá de las inconformidades expuestas por las recurrentes.

El problema jurídico que le compete resolver a esta sala de decisión es determinar si ***i)*** la demandante tiene derecho a los intereses moratorios que pretende, y ***ii)*** desde cuándo empezó a correr

el término de prescripción, según lo planteado por los apoderados en sus apelaciones, sin perjuicio del grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la demandada.

Tal como lo dijo la Juzgadora de primera instancia, mediante Resolución n.°GNR 263990 del 21 de julio de 2014, COLPENSIONES dio cumplimiento a la sentencia del 27 de abril de 2012, proferida por el Juzgado Sexto Laboral de Descongestión de Bogotá D.C., que condenó al I.S.S. a pagar a la demandante la pensión de sobrevivientes desde el 29 de junio de 2006, en cuantía inicial de $717.504, igual a la que venía percibiendo el pensionado causante Leonardo Quevedo Rojas, junto con los respectivos reajustes anuales legales y las mesadas adicionales de junio y diciembre, sin que tampoco exista discusión acerca de que la demandante fue ingresada en el mes de agosto a la nómina de pensionados, recibiendo el pago en el mes de septiembre.

Por tanto, razón le asiste igualmente al juzgado cuando consideró que desde el 27 de abril de 2012, fue cuando surgió la obligación para la demandada de pagar los intereses moratorios, ya que desde ese momento el derecho de la demandante había adquirido certeza por virtud de la decisión judicial del Juzgado Sexto Laboral de Descongestión, contra la cual no se interpuso recurso alguno.

Lo anterior, indica que desde el 27 de abril de 2012, comenzó a correr el término prescriptivo trienal frente a los intereses moratorios. Y como la demandante, en escrito del 6 de marzo de 2017 (f.° 15-17), reclamó a COLPENSIONES el pago de dichos intereses, es evidente, como también lo observó el juzgado, que los intereses moratorios causados desde 27 de abril de 2012 hasta el 5 de marzo de 2014, quedaron afectados por la prescripción, pues el reclamo interrumpió esa prescripción tres años hacía atrás.

En cuanto a la apelación de COLPENSIONES, y el grado de consulta que se surte a su favor, debe decirse que no le asiste razón, ya que no es cierto que el pago del retroactivo implica también el pago de los intereses moratorios, pues una cosa es el retroactivo que contiene el capital acumulado de mesadas adeudadas, y otra totalmente distinta, los intereses moratorios que se pagan justamente por incurrir en mora en el pago de las mesadas pensionales. Y frente a la decisión judicial, el deber de COLPENSIONES era darle cumplimiento de inmediato, sin tener que esperar, siquiera, que se le reclamara ejecutivamente esa obligación, la que solo reconoció mucho tiempo después.

En conclusión, la sentencia apelada y consultada será confirmada sin que haya lugar a costas por cuanto no aparece que se hayan causado.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de octubre de 2019, por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

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

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **GERARDO IGNACIO URREA CÁCERES** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **OLD MUTUAL S.A.**

EXP. 11001-31-05-028-2018-00565-01.

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.° 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra la sentencia proferida el 4 de marzo de 2020, por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declarara la nulidad del traslado y afiliación en pensiones con la A.F.P. SKANDIA, hoy A.F.P OLD MUTUAL, por cuanto la misma contenía el vicio de consentimiento de error; que se deberán trasladar todos los aportes, junto con los rendimientos que actualmente tiene en la A.F.P. OLD MUTUAL a COLPENSIONES dado que la afiliación al R.P.M. queda nuevamente vigente, y que podrá solicitar el reconocimiento de su pensión de vejez ante COLPENSIONES, de conformidad con la Ley 100 de 1993. Consecuencialmente, que se condenara a la A.F.P. OLD MUTUAL a trasladar todos su aportes y rendimientos a COLPENSIONES; a A.F.P. OLD MUTUAL a enviar todos los detalles del traslado de aportes; a COLPENSIONES a activar su afiliación en el R.P.M., y a aceptar y recibir el traslado de sus aportes; a las demandadas a pagar las costas del presente proceso y agencias en derecho, y todo lo que resulte a su favor con motivo de las declaraciones ultra y extra petita que se prueben.

Para el efecto, manifestó que nació el 1 de agosto de 1957, y que a la fecha tiene 61 años de edad; que se afilió al I.S.S. el 17 de septiembre de 1979, como cotizante en pensiones con el empleador "Sicobal Comercial S."; que se trasladó del R.P.M. al R.A.I.S, a la A.F.P SKANDIA, hoy OLD MUTUAL el 4 de julio de 2000; que entre lo cotizado en ambos regímenes acredita un total de 1.289 semanas cotizadas; que los asesores de A.F.P SKANDIA hoy OLD MUTUAL le informaron que tendría una mesada pensional mas alta en el R.A.I.S. que con el I.S.S.; que se podría pensionar con la edad y el monto pensional que quisiera; que podría solicitar la devolución de sus aportes en cualquier momento, y que el I.S.S. se iba a quebrar; que

le indicaron las ventajas de trasladarse a dicho fondo pero no las desventajas, ni que en el R.A.I.S. el valor de la pensión de vejez depende del capital ahorrado, y que no le informaron conforme al Decreto n.°1161 de 1994, que tenía 5 días para retractarse, entre otra información relevante.

Señaló, que el 4 de abril de 2018, solicitó a la A.F.P. OLD MUTUAL que le efectuara una simulación y calculo probable de la pensión de vejez; que en la misma fecha, el fondo le respondió que no cumplía con el capital para pensionarse por vejez; que el 26 de julio de 2018, radicó solicitud de nulidad de afiliación ante COLPENSIONES por vicios de consentimiento; que el 27 de julio de 2018, la entidad dio respuesta negativa a su petición, y que en la misma fecha, solicitó a A.F.P. OLD MUTUAL la nulidad de afiliación a lo que la A.F.P. le respondió que no era procedente dicha solicitud.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 22 de noviembre de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.° 58).

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones del demandante, con fundamento en que el origen de la demanda no obedece a la falta de información, si no a la inconformidad del actor respecto de su mesada pensional, y que su actuar además de afectar, vulnerar y sobrecargar al R.P.M., busca aprovecharse de los beneficios y dineros del fondo común de los afiliados de buena fe al R.P.M. (f.° 108).

Propuso como excepciones de mérito la de protección, sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero (f.° 109), falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para

regresar al R.P.M., prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público, y buena fe (f.° 111 - 114).

LA SOCIEDAD OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., también se opuso a las pretensiones del actor, alegando en su favor que la elección del demandante de trasladarse de régimen fue libre, voluntaria, y amparada por la buena fe del fondo y del demandante, que además se materializó con la suscripción del formulario de afiliación, conforme al artículo 2.° del Decreto 1642 de 1995, y que la misma, se realizó siguiendo cada uno de los lineamientos del ordenamiento jurídico colombiano, propiciándole al demandante toda la información pertinente para que el tomara una decisión consiente de afiliarse (f.° 70 - 71).

Propuso las excepciones de mérito de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe (f.° 77 - 78).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 4 de marzo de 2020, DECLARÓ la nulidad del traslado del actor, y en consecuencia DECLARÓ válida la afiliación del R.P.M.; CONDENÓ a A.F.P. OLD MUTUAL a que trasladara los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales con todos sus frutos e intereses sin deducción alguna por concepto de gastos de administración, seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor Gerardo Ignacio Urrea Cáceres a COLPENSIONES (f.° 135); a COLPENSIONES a activar la afiliación del actor al R.P.M., y a que actualice su historia laboral; declaró no probados los medios exceptivos propuestos por la demandada, y fijó

como agencias en derecho la suma de $300.000 a cargo de cada una de las demandadas.

Consideró, que dentro del plenario no se logró acreditar que la demandada haya suministrado una información clara respecto de las ventajas y desventajas de cambio de régimen, teniendo en cuenta que en el interrogatorio de parte el demandante expresó las circunstancias de tiempo, modo, lugar en las que se efectuó su traslado de régimen pensional, y que en la charla dada por los asesores de SKANDIA S.A., se le informó que el I.S.S. quebraría, que se podría retirar de SKANDIA S.A. cuando quisiera y a cualquier edad, y que tendría una mesada pensional superior, lo que conllevó a suscribir el formulario de afiliación. No obstante, próximo a cumplir con la edad de pensión, se percató de que la información brindada por el fondo no era cierta.

Indicó, que A.F.P. OLD MUTUAL no acreditó haberle brindado una información clara sobre las consecuencias de su traslado, situación que constituye una omisión del deber de información, de modo que conforme a la jurisprudencia vigente la información suministrada al actor no fue idónea, conforme a lo establecido en sentencia SL-1688 de 2019.

Finalmente, sobre el formulario de afiliación señaló que la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-1452 de 2019, expresó que el formulario acreditaba un consentimiento pero no informado, por lo que cuando se firma un formulario independientemente o no de si se es beneficiario del régimen de transición debe demostrársele que se le suministró una información clara, precisa y detallada en relación con los beneficios que acarrea trasladarse de un régimen pensional a otro.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandada, A.F.P OLD MUTUAL presentó recurso de apelación contra la sentencia dictada. Manifestó que no se evidenció que efectivamente se haya generado un vicio del consentimiento al momento de generar la afiliación del actor, en julio de 2000, toda vez que tanto del interrogatorio de parte, como de los diferentes testimonios se evidencia que al actor se le dio información respecto del R.A.I.S, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 97 del Decreto n.°663 de 1993, en el cual se habla del deber de información. Indicó que según la jurisprudencia se debe hacer un análisis temporal respecto del momento de la afiliación, y que en este cao la afiliación se realizó previamente a que se tuvieran en cuenta temas como la doble afiliación y el buen consejo.

Señaló, que lo que se pudo probar a través del interrogatorio de parte y los alegatos de conclusión de la parte actora, es que efectivamente el malestar con el R.A.I.S del demandante es no haber cumplido el objetivo de ahorro que se debió haber planteado en su momento, por lo que el monto de la mesada pensional no puede ser un factor determinante para establecer si efectivamente se generó un vicio en el consentimiento, pues esto sería un error de derecho, que como lo ha mantenido la jurisprudencia de las altas cortes, no genera dicho vicio.

Finalmente, expresó que los gastos de administración se generan con ocasión de la gestión que realizan las A.F.P., es decir, por una imposición de la Ley 100, y que si la administradora hubiese decidido obviar dicha obligación habría sanciones para ella, por lo que el gasto de administración no es una consecuencia de la mala información, sino simplemente una imposición normativa.

V. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** el demandante nació el 1 de agosto de 1957 (f.° 16); ***ii)*** que a primero de abril de 1994 tenía un total de 516.95 semanas cotizadas en el R.P.M. (f.° 13); ***iii)*** y que el 4 de julio de 2000, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por SKANDIA S.A., hoy **A.F.P. OLD MUTUAL**, conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.°79).

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.° 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.° del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

En el presente proceso, se tiene que el demandante firmó la solicitud de afiliación y traslado de régimen (f.°79). En el recuadro denominado 'Firma del afiliado y voluntad del afiliado', se encuentra el siguiente texto 'preimpreso', encima de su firma como afiliado: *"Declaro bajo juramento que realizo en forma voluntaria, libre y sin presiones la escogencia del régimen de ahorro individual con solidaridad y a su vez SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., para que sea la única entidad que administre mis aportes pensionales. Declaro que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos, así mismo declaro que he recibido y conozco el reglamento de fondo y plan que seleccioné a los cuales me adhiero y que me comprometo a actualizar mi información personal por lo menos una vez al año".*

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 legitima 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 actor quien contaba con 36 años de edad para el 1.° de abril de 1994, que para esa data tenía un total de 516.95 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 25 años para cumplir la edad de 62 años, lo cual se traduce en que no contaba con esa expectativa legitima de adquirir el derecho para que pudiera predicarse válidamente que su afiliación inicial a SKANDIA S.A., hoy A.F.P. OLD MUTUAL le cercenó ese derecho.

Por lo que se infiere, que con este acto se produjeron los efectos de traslado válido al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a SKANDIA S.A., hoy A.F.P OLD MUTUAL, fue ineficaz o estuviera viciado de nulidad, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando en el interrogatorio el actor manifestó que el asesor de la A.F.P., estaba explicando muy claramente en que consistía el R.A.I.S., y admitió que firmó el formulario y puso su huella en el mismo.

Así mismo, se debe tener en cuenta que la información señalada por el demandante que le fue otorgada, no implica un engaño, en la medida en que no es errónea, dado que quienes se encuentran

vinculados al Régimen de Ahorro Individual pueden obtener el derecho a la pensión sin el cumplimiento del requisito de edad, aumentar el monto de la mesada pensional etc., situaciones estas que son excluyentes del Régimen de Prima Media, que el actor manifestó conocer según su dicho, por lo que desvirtúa el deseo de permanecer en el Régimen de Prima Media o de retornar a él, lo cual se concluye porque pese a las diversas oportunidades de trasladarse no optó por tal situación, antes por el contrario, pernoctó en el R.A.I.S.

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

De manera que, no es de recibo para la Sala mayoritaria, el hecho de que el actor consideró que SKANDIA S.A., hoy A.F.P. OLD MUTUAL 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 los formularios, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad libre, espontánea y sin presiones.

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

Tampoco se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en el demandante para su afiliación, por parte de SKANDIA S.A., hoy A.F.P. OLD MUTUAL, 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 SKANDIA S.A., hoy A.F.P. OLD MUTUAL, ni la ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se

acreditó que persona alguna hubiese atentado contra el derecho del trabajador a seleccionar el régimen pensional.

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

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

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

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

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

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

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

Ahora, si en gracia de discusión, se analizara la causal de ineficacia del acto de traslado por incumplimiento al deber de información asignado a las Administradoras de Pensiones, que se reitera deviene de la jurisprudencia, se encuentra en el presente caso, que la carga de la prueba bajo la responsabilidad de los fondos fue cumplida en la medida en que es el mismo demandante quien en el interrogatorio de parte acepta que se le entregó asesoría, al punto que el mismo firmó el formulario y puso su huella en el, sin ningún tipo de presiones.

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

Igualmente, la información ofrecida por SKANDIA S.A., hoy A.F.P. OLD MUTUAL 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 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2.° de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993, indicando que ese traslado sin respetar los términos señalados en las normas vulnera los principios de equidad y sostenibilidad financiera.

En dicha sentencia, expuso la Corte lo siguiente:

> *"el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones, ..."* y *"el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*
>
> *Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, ...".*

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

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

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

> "*el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.*
>
> *De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.*
>
> *Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional[30], y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha*

prestación[31], de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó".

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

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

Lo anterior, sin pasar por alto que en la actualidad existe un criterio jurisprudencial mayoritario no unificado en nuestro Órgano de Cierre en relación con la temática que hoy absorbe el conocimiento de esta Sala, por lo que se considera que el afiliado no está exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos, y teniendo en cuenta que de su elección dependerá su futuro pensional; aquí como se vio con lo manifestado en el interrogatorio de parte, 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 4 de julio de 2000, 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 sanea 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 SKANDIA S.A., hoy A.F.P OLD MUTUAL.

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 4 de marzo de 2020, por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión, y en su lugar **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a la **SOCIEDAD OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** de las pretensiones formuladas en su contra por el señor **GERARDO IGNACIO URREA CÁCERES**, resultado que hace innecesario el estudio de las excepciones propuestas por las demandadas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

SALVO VOTO

SALVAMENTO DE VOTO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

República de Colombia

Tribunal Superior de Bogotá

Sala Quinta de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **CLAUDIA ISABEL JIMÉNEZ VEGA** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, **OLD MUTUAL S.A.**, y **COLFONDOS S.A.**

EXP. 11001-31-05-028-2018-00645-01.

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.° 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 27 de febrero de 2020, por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante que se declarara nulo y/o ineficaz el traslado del R.P.M. al R.A.I.S. con solidaridad, efectuado por COLFONDOS S.A. el día 1.° de septiembre de 1995. Consecuencialmente, que se condenara a OLD MUTUAL S.A., como actual administradora de fondo de pensiones de la demandante, a entregar o restituir a COLPENSIONES, los valores obtenidos en virtud de su vinculación, por cotizaciones, con todos los rendimientos que se hubiera causado; a COLPENSIONES a recibirla como afiliada y a recibir los valores obtenidos mientras estuvo en el R.P.M., que a la fecha ascienden a $175.471.212, y a contabilizar para efectos de pensión las semanas que cotizó en el R.A.I.S., y a ambas demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.

Para el efecto, manifestó que estuvo afiliada al I.S.S. desde el 12 de enero de 1981; que el 1.° de septiembre de 1995, fue trasladada del R.P.M. al R.A.I.S por COLFONDOS S.A.; que no fue debidamente asesorada por dicho fondo respecto de los riesgos, ventajas, desventajas o sobre su situación particular en el momento del traslado, y que no le fue realizada una proyección pensional; que se vinculó a OLD MUTUAL S.A. el 1.° de octubre de 2013, fondo al que se encuentra cotizando actualmente; y que solicitó a COLPENSIONES tener como ilegal, nulo, invalido o ineficaz, su traslado al R.A.I.S., con sus correspondientes consecuencias, y que en respuesta del 16 de noviembre de 2018, COLPENSIONES no accedió a lo solicitado.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 1.° de febrero de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas COLPENSIONES y OLD MUTUAL S.A. (f.° 84). La parte demandante, interpuso recurso de reposición (f.° 85) para que la demanda fuera igualmente admitida en

contra de COLFONDOS S.A., por lo que el 22 de febrero de 2019, la demanda fue admitida contra dicho fondo (f.° 86).

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en que el origen de la acción no es el vicio del consentimiento sino la inconformidad respecto de la mesada pensional que recibirá por parte de cada régimen, y que el actuar de la demandante además de afectar, vulnerar, y sobrecargar el R.P.M. es la de aprovecharse de los beneficios y dineros del fondo común de los afiliados de buena fe que hacen parte del R.P.M. (f.° 98).

Propuso como excepciones la de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al R.P.M., prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y buena fe (f.° 105 - 108).

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., también se opuso a las pretensiones de la actora, alegando en su favor que la afiliación de la demandante al fondo no obedeció a un cambio de régimen pensional, sino a un traslado de A.F.P dentro del R.A.I.S., y por ende no generó un cambio en cuanto a la naturaleza jurídica y la normatividad que se debe cumplir para el reconocimiento de prestaciones económicas, y que los vicios de consentimiento no le son atribuibles por cuanto no intervino en el acto jurídico del traslado (f.° 133 - 134).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, también se opuso a las pretensiones de la actora por carecer de fundamento jurídico y asidero fáctico, pues no se aportan elementos probatorios que permitan demostrar que la vinculación a la A.F.P. fue efectuada bajo algún vicio del consentimiento, y que la demandante suscribió el

formulario de vinculación al R.A.I.S de manera libre, y con su consentimiento expreso. Indicó, que no se puede pretender dejar sin efecto un acto válido que nació a la vida jurídica y fue ratificado por más de 20 años, teniendo en cuenta que la actora no manifestó su inconformidad e intención de volver al R.P.M. dentro del plazo dispuesto para el efecto (f.° 172 - 176).

Propuso las excepciones de fondo de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios de consentimiento, validez de la afiliación al R.A.I.S., ratificación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, y compensación y pago (f.° 184).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia del 27 de febrero de 2020, declaró la nulidad de traslado de la actora; condenó a OLD MUTUAL S.A., para que trasladara todos los aportes pensionales o cotizaciones o bonos pensionales con todos sus frutos e intereses sin deducción alguna por concepto de gastos de administración, seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en su cuenta; condenó a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el R.P.M., y a actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, y condenó en costas a ambas demandadas.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES solicitó que se revocara la sentencia en todas y cada una de sus partes, con fundamento en que la actora en 1995 se

cambió del R.P.M. al R.A.I.S., y que en el 2003 cambió de fondo de pensiones, lo que evidencia su deseo de permanecer en el R.A.I.S.

Asimismo, señaló que mediante la Ley 1152 de 2007, se creó COLPNESIONES, y en el 2012 se liquidó el I.S.S. por lo que no existe razón alguna de que se pruebe un vicio de consentimiento, y que el objeto del presente proceso surge de la inconformidad de la asignación mensual que pueda recibir la actora.

V. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** la demandante nació el 3 de julio de 1961 (f.° 45); ***ii)*** a 1.° de abril de 1994 tenía un total de 414.28 semanas cotizadas en el R.P.M. (f.° 21); ***iii)*** que el 1.° de septiembre de 1995, se trasladó a COLFONDOS S.A., ***iv)*** y el 28 de agosto de 2013, a SKANDIA S.A. conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.° 140).

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.° 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.° 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, aun cuando el formulario de traslado diligenciado en el año 1995 ante COLFONDOS S.A, no fue anexado por ninguna de las partes, no se puede pasar por alto que al siguiente movimiento por cambio de administradora a la SKANDIA S.A., precisamente si se observa que en el recuadro denominado 'Firma del afiliado y voluntad de afiliación' de la afiliación a fondo de pensiones obligatorias n.° 54881 diligenciado el 28 de agosto de 2013, se encuentra el siguiente texto 'preimpreso', encima de su firma como afiliada: *«De acuerdo con el Decreto 692/ 94, art 11 hago constar que la selección de régimen de ahorro individual con solidaridad la efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones. Manifiesto que he elegido a la Administradora Skandia Pensiones y Cesantías S.A., para que administre mis aportes pensionales*

y que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos. Así mismo, autorizo a la Administradora Skandia Pensiones y Cesantías S.A. para que trámite a mi nombre la emisión de mi bono pensional. Declaro que he sido asesorado sobre las implicaciones del régimen de transición, así mismo conozco que dispongo de 5 días hábiles a partir del diligenciamiento de esta solicitud, para retractarme de la afiliación...» (f.° 140).

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 legitima 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.° de abril de 1994, que para esa data tenía un total de 414.28 semanas cotizadas entre tiempos privados y públicos, ¿y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?

Así las cosas, para el año de 1994, la demandante contaba con 33 años, es decir, según la norma que se encuentra vigente -Ley 797 de 2003- le faltaban aproximadamente 24 años para cumplir la edad de 57 años, lo cual se traduce en que no contaba con esa expectativa

legitima 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. y a SKANDIA S.A., fuera ineficaz o estuviera viciado de nulidad, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando posteriormente realizó dos afiliaciones al mismo régimen, lo que es indicativo de que conocía dicho régimen.

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

Ahora bien, sobre las consideraciones expuestas en la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL-1452 de 2019, se debe advertir que no desconoce la obligación de los fondos de pensiones de suministrar a los afiliados la información completa y veraz respecto a las condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, sin embargo, se considera que la omisión de esa obligación, *per se*, no afecta ni la validez ni la eficacia del acto jurídico de traslado, salvo que se constituya en un verdadero engaño, en maniobras o artificios tendientes a obtener el consentimiento en

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

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

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

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

Tampoco se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en la demandante para su afiliación, por parte de 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 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 de 2017, realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto "*suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad*".

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

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

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

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

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

demandante no hubiera recibido información sobre el régimen de ahorro individual, pues como es bien sabido, es deber de quien decide efectuar esta clase de actuaciones definir las condiciones y términos de los mismos, las ventajas y desventajas que traerán sus determinaciones, 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.° de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993, indicando que ese traslado sin respetar los términos señalados en las normas vulnera los principios de equidad y sostenibilidad financiera.

En dicha sentencia, expuso la Corte lo siguiente:

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

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

beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, ...".

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

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

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

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

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

solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

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

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

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

Lo anterior, sin pasar por alto que en la actualidad existe un criterio jurisprudencial mayoritario no unificado en nuestro Órgano de Cierre en relación con la temática que hoy absorbe el conocimiento de esta Sala, por lo que se considera que la afiliada no está 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.

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.° de septiembre de 1995, 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 sanea cualquier nulidad que hubiese podido existir.

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

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

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 27 de febrero de 2020, por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, y en su lugar, **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, de las pretensiones formuladas en su contra por la señora **CLAUDIA ISABEL JIMÉNEZ VEGA**, resultado que hace innecesario el estudio de las excepciones propuestas por las demandadas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
SALVO VOTO

SALVAMENTO DE VOTO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **SONIA ESMERALDA RAMÍREZ VALBUENA** en contra de **COLPENSIONES, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** y **COLFONDOS SA**.

EXP. 11001 31 05 **029 2019 00107** 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.° 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 Old Mutual y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 29 de noviembre de 2019, por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad del traslado de régimen efectuado el 1.° de julio de 1999 a Colfondos S.A., por la indebida y nula información que le suministró el fondo privado para convencerla de trasladarse; en consecuencia, se ordene a Old Mutual trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros depositados en su cuenta de ahorro individual, así como a esta última recibirla como afiliada sin solución de continuidad desde el 3 de abril de 1987 y recibir los aportes por parte de Old Mutual para corregir y actualizar su historia laboral (f.° 80, 81).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 9 de agosto de 1962; realizó aportes en el extinto I.S.S. desde el 3 de abril de 1987 hasta el 1.° de julio de 1999, momento en el que se trasladó a Colfondos, sin que tal acto hubiera estado precedido de la suficiente ilustración por parte de dicho fondo, así que no existe un consentimiento de libertad y voluntariedad, por ende, se faltó el deber legal de información, ya que tampoco le informó antes del 9 de agosto de 2009 acerca de la posibilidad de trasladarse Colpensiones; en el I.S.S. cotizó 537 semanas, y en Old Mutual completó 1020 semanas hasta el 31 de enero de 2019, por tanto tiene un total de 1557 semanas en toda su vida laboral; Old Mutual le informó que su pensión en el R.A.I.S. sería de $828.116 para el año 2019, pese a que su IBC para ese año es de $3.925.493, por lo que su pensión en Colpensiones sería de $2.668.158, si se le aplica una tasa de reemplazo del 67.97%; el 21 y el 24 de enero de 2019 reclamó administrativamente ante las demandadas (f.° 81-83).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 19 de febrero de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.° 100).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe (f.° 111-118).

COLFONDOS S.A., formuló como excepciones las de inexistencia de la obligación, falta de causa y objeto, pago, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al R.A.I.S., y prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado (f.° 142-158).

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., en su defensa invocó la prescripción, cobro de lo no debido, ausencia de causa, inexistencia de la obligación y buena fe (f.° 160-166).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.° 104).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 29 de junio de 2019, declaró la ineficacia de la afiliación efectuada el 1.° de julio de 1999 ante Colfondos SA, por lo que para todos los efectos legales, la demandante nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad; en consecuencia, ordenó a Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, tales como

cotizaciones, rendimientos, y cuotas de administración, sin lugar a descuento alguno; así mismo ordenó a esta última entidad recibir tales recursos, tener a la demandante como si siempre hubiera permanecido en el régimen de prima media con prestación definida y actualizar su historia laboral; ordenó a Colfondos S.A. devolver los gastos de administración que con ocasión de la afiliación de la demandante hubiera recibido, y se abstuvo de imponer costas a las partes (f.° 266, 270-272).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

OLD MUTUAL, apeló con el argumento de que se debe tener en cuenta que la demandante se trasladó a Skandia cuando ya tenía 53 años de edad, es decir, cuando ya se encontraba inmersa en la prohibición establecida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, además los gastos de administración se generan con ocasión de la administración fiduciaria que se le da a los recursos que la demandante consignó en su cuenta de ahorro individual, así que, sin estos gastos no se hubieran generado rendimientos sobre el dinero aportado por los afiliados, máxime cuando es la ley la que autoriza realizar ese descuento.

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 9 de agosto de 1962 (f.° 34, 205, 219, CD f.°

110); ***ii)*** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 3 de abril de 1987 y el 31 de mayo de 1999, 554.71 semanas (f.° 35-38, 206, 207, 220, 221, 236 vto-238, CD f.° 110); ***iii)*** que el 1.° de mayo de 1999 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Colfondos S.A. (f.° 228, 260), y que luego de varias transferencias entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente se encuentra vinculada a Old Mutual S.A., con un total de 1573.57 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.° 40 a 43, 174 a 181, 208 a 211, 222 a 225, 238 vto a 241, y la Consulta del Registro Único de Afiliados que obra a f.° 244.

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.° 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.° 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, aun cuando el formulario de traslado n.° 7092694 diligenciado y suscrito por la demandante para pensiones y cesantías en el año 1999 ante Colfondos S.A., que obra a f.° 260 se encuentra un tanto ilegible en algunos acápites, no se puede pasar por alto que en el último movimiento por cambio de administradora a la A.F.P. Skandia, hoy Old Mutual, precisamente si se observa que en el recuadro denominado 'voluntad de afiliación' de la afiliación a fondo de pensiones obligatorias n.° 636060 diligenciado el 2 de diciembre de 2014, se encuentra el siguiente texto 'preimpreso', encima de su firma como afiliada: *«De acuerdo con el decreto 692/94 art. 11 hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he* ***efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones****. Manifiesto que he elegido a la administradora Skandia Pensiones y Cesantías SA, para que administre mis aportes pensionales y que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos. Así mismo autorizo a la administradora Skandia pensiones y Cesantías S.A., para que tramite a mi nombre la emisión de mi bono pensional. Declaro que he sido asesorado sobre las implicaciones del régimen de transición, así mismo conozco que dispongo de … (5) días hábiles a partir del diligenciamiento de esta solicitud, para retractarme de la afiliación. Me comprometo a entregar información veraz y verificable y actualizar como mínimo anualmente la información registrada. (…)»* (f.° 167, 227 vto).

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 legitima 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 1.° de abril de 1994, que para esa data tenía un total de 309.68 semanas cotizadas (f.° 35-38, 206, 207, 220, 221, 236 vto-238, CD f.° 110), 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 legitima 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 SA, Santander, Ing, Protección S.A. y a Skandia, hoy Old Mutual S.A., fuera ineficaz o estuviera viciado de nulidad como lo afirmó la parte demandante, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando la suscripción del mencionado formulario no fue objeto de reproche de su parte; por el contrario, en su interrogatorio de parte, admitió que impuso su firma de manera libre y voluntaria, sin presiones, después de haber leído el formulario radicado ante Colfondos SA, pues nadie la obligó a hacerlo, 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 por Colfondos S.A., a través de la asesora que llegó a la compañía para la cual trabajaba como asistente, quien le explicó en forma individual que el I.S.S. se iba a acabar, y que en el fondo podía tener un beneficio mayor dependiendo de su salario con el fin de pensionarse con una suma alta, lo que la motivó a trasladarse para así poder pasar más tiempo con una de sus hijas que debido a su situación médica va a depender toda su vida de ella, y a quien le podía dejar algo en caso de que falleciera; también le generó confianza el que le indicaran que ese grupo de fondos, tenía un respaldo muy grande; le indicaron que en caso de que no se pudiera pensionar, podía tener acceso a ese dinero; señaló que de asistente pasó a ejecutiva y luego desempeñó un cargo de supervisora de operaciones, situaciones que le generaron muy buenos ingresos salariales dentro de la misma compañía; admitió que le llegaban los extractos en donde observa lo que aporta, las semanas y el monto, no obstante, considera

que la información suministrada por Colfondos S.A. era confiable, pero no suficiente. Dijo que presentó la demanda, luego de saber por parte de Skandia, cuál era el monto que recibiría como pensión en el R.A.I.S.

Agregó la absolvente, que después llegó otro asesor a la compañía, y fue cuando se trasladó a Santander, quien le mostró su historia laboral en la que le faltaban unas semanas, así que se comprometió a recuperarle esas semanas, también le informó lo mismo pero además que si llegaba a fallecer, su dinero podía ser traspasado a sus 3 hijos, en la forma que quisiera, sin importar la edad de ellos, y no solo a uno, lo que le explicaron que no podía hacer en el I.S.S.; le indicaron que las semanas que tuviera a la fecha del traslado en el I.S.S., pasarían a través de un bono pensional al fondo privado; relató que en una época hubo unos beneficios de flexibilización de su salario en la compañía donde trabajaba, así que su salario lo flexibilizó en el 35% y un porcentaje de esa parte, se fue a ahorros voluntarios en Skandia, así que se afilió posteriormente a dicho fondo, porque la asesora nueva le indicó que podía tener un portafolio de servicios completo, lo que le llamó la atención ya que le hizo una liquidación de más o menos cuánto podría ganarse, y le pareció más honesta porque le dijo qué podía esperar del fondo, así que le gustó el servicio y la asesoría que no le prestaron los otros fondos; además, porque también le llegaban extractos para ver el saldo de lo que tenía ahorrado obligatoria y voluntariamente. 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.

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. o Protección S.A. incumplió el deber de información solo hasta el momento en que le

indicaron el monto de su pensión, sin que hubiese manifestado inconformidad alguna durante el tiempo en que estuvo afiliada. Así las cosas, se tiene que hubo una ratificación tácita del acto jurídico de traslado, con el pleno cumplimiento de las solemnidades legales.

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

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

Tampoco se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en la demandante para su afiliación, por parte de las AFP Colfondos S.A., Protección S.A. y Old Mutual, 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 las AFP Colfondos, Santander, hoy Protección S.A. y Skandia, hoy Old Mutual, 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.

Ahora bien, 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 la empleadora ha realizado los aportes a las Administradoras Colfondos, Santander y Skandia en los periodos en que la demandante se vinculó a ella.

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

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

Aunado a ello, la jurisprudencia de la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL19447-2017, SL1452, SL1688 y SL1689 últimas de 2019, entre otras), 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 corrobora que se le informaron las características del régimen de ahorro individual, e incluso algunas del régimen de prima media, 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.° 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 1.° de mayo 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 sanea 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, 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.

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 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, el 29 de noviembre de 2019, para en su lugar **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES,** a **OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.,** y a **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, de todas las pretensiones incoadas por **SONIA ESMERALDA RAMÍREZ VALBUENA**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
SALVO VOTO

SALVAMENTO DE VOTO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **ALBERTO FRANCISO ANTONIO MARÍA** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A.**

EXP. 11001-31-05-030-2018-00215-01

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.° 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 12 de junio de 2020, por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante que se declarara la nulidad del traslado de régimen que realizó el día 10 de marzo de 1998 del I.S.S. a PROTECCIÓN S.A., posteriormente a PORVENIR S.A. y a OLD MUTUAL S.A.; consecuencialmente solicitó que se ordenara a PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A., trasladar a COLPENSIONES, la totalidad del dinero que se encuentre depositado en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales; a COLPENSIONES a realizar todas las gestiones pertinentes encaminadas a anular el traslado de régimen, y a recibirlo sin solución de continuidad; que se condenara en costas y gastos del proceso a las demandadas y a las demás condenas extra y ultra petita que se prueben en el proceso.

Para el efecto, manifestó que nació el día 17 de septiembre de 1956; que se afilió al Sistema General de Pensiones con el I.S.S. el 1 de noviembre de 1976; que el día 10 de marzo de 1998 se trasladó del R.P.M. al R.A.I.S., mediante afiliación a PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y a OLD MUTUAL S.A., pero que la aparente decisión libre y voluntaria, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de las A.F.P.; que a 30 de junio de 2017 cotizó un total de 1549 semanas; que se trasladó de PROTECCIÓN S.A. a PORVENIR S.A. el 1 de diciembre de 1999; que de PORVENIR S.A. se trasladó a OLD MUTUAL S.A. el 1 de junio de 2008, pero que dicha A.F.P. no le informó antes del 17 de septiembre de 2008, sobre la posibilidad de trasladarse cuando le faltaren más de 10 años para cumplir la edad mínima de pensión; que solicitó a todas a las A.F.P a las que estuvo afiliado el traslado de régimen, y que el 21 de noviembre de 2017 elevó

derecho de petición a COLPENSIONES para solicitar su traslado a dicha entidad.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 7 de junio de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.° 76).

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en que el traslado de régimen efectuado por el demandante al R.A.I.S. se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, y que el demandante ratificó su decisión de permanecer en dicho régimen, mediante la afiliación efectuada a PORVENIR S.A. y luego a OLD MUTUAL S.A., por lo que no se puede predicar que haya sido engañado e inclusive inducido en error, en tres oportunidades por diversas compañías administradoras de pensiones y cesantías del sector privado (f.° 145 – 147).

Propuso como excepciones la de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, y buena fe (f.° 151).

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, toda vez que las sentencias citadas por el actor hacen alusión a personas que se encuentran en régimen de transición, del cual el demandante no es beneficiario, y que además el actor firmó de manera libre y voluntaria su afiliación a la A.F.P., por lo que no es procedente a que se transfieran los dineros existentes en su cuenta de ahorro individual. (f.° 212).

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, y enriquecimiento sin causa (f.° 217).

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., también se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Alegó en su favor que el demandante no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia de la afiliación, y que ni siquiera establece cuál es la naturaleza de la nulidad que pretende. También, señaló que actor se afilió de manera válida a PROTECCIÓN S.A., sin que existiera ningún tipo de vicio de consentimiento. (f.° 180 - 181).

Propuso las excepciones de fondo de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y compensación (f.° 187 - 189).

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., igualmente se opuso a las pretensiones del demandante. Indicó que la afiliación a la A.F.P. no obedeció a un cambio de régimen pensional sino a un traslado de A.F.P. dentro del R.A.I.S y por ende, no se generó un cambio en cuanto a la naturaleza jurídica y la normatividad que se debe cumplir para el reconocimiento de prestaciones económicas; que le correspondía al actor probar en que consistían los vicios de consentimiento que invocó, y que las falencias del cambio de régimen no le son atribuibles toda vez que no intervino en el acto jurídico de traslado de régimen (f.° 103 - 105).

Invocó las excepciones de fondo de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe (f.° 114 - 115).

83

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 12 de junio de 2020, declaró nulo e ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo el demandante del R.P.M. al R.A.I.S. administrado por PROTECCIÓN S.A., con efectividad a partir del 10 de marzo de 1998, y hasta el 31 de diciembre de 1999; ordenó a OLD MUTUAL S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración, durante todo el tiempo que permaneció en el R.A.I.S, estos es a partir del 1 de junio de 2008 y hasta cuando se haga efectivo el traslado; señaló que los costos cobrados por concepto de administración deben ser devueltos del patrimonio del fondo debidamente indexados; condenó a PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A. a devolver los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció el actor en dichos fondos junto con la correspondiente indexación; declaró válidamente vinculado el demandante al R.P.M. administrado hoy por COLPENSIONES, y ordenó a dicha entidad a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el R.P.M; declaró no probadas las excepciones planteadas por las accionadas; condenó a PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y a OLD MUTUAL S.A., a favor de la parte actora; concedió el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, y los recursos de apelación interpuestos por las demandadas.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., interpuso recurso de apelación en lo que se refirió a los gastos de administración. Señaló que dichos gastos van direccionados a retribuir las diferentes actividades que deben desarrollar las instituciones pensionales, y que dicha comisión no es del afiliado sino que es un porcentaje a favor de las administradoras de pensiones, por lo que devolverlo generaría un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, que no podrá cumplir en forma retroactiva con la obligación de administrar la cuenta o los recursos del afiliado. Adicionalmente, señaló que la A.F.P. cumplió con el deber de generar una rentabilidad acorde con las directrices legales y a los estándares de la superintendencia financiera, y que los rendimientos que ordenó trasladar el juzgado se causaron en el ejercicio legítimo de su administración, por lo que se atentó contra el derecho de contradicción, teniendo en cuenta que las pretensiones de la demanda no solicitaron el reintegro de los gastos de administración.

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., presentó recurso de apelación respecto de la condena que ordena la devolución de los gastos de administración del tiempo en que el demandante estuvo afiliado a dicha A.F.P. Indicó, que conforme a la jurisprudencia vigente las administradoras del R.A.I.S. no se encuentran obligadas a devolver dichas sumas, dado que las mismas tienen por mandato legal una destinación específica que en este caso cumplió plenamente su cometido en el periodo que el demandante estuvo afiliado a la A.F.P.

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., solicitó que se revocara la sentencia teniendo en cuenta que la A.F.P. siempre obró de buena fe en el traslado efectuado por el demandante, de otra A.F.P., esto es PROTECCIÓN S.A. a PORVENIR S.A., conforme al artículo 112 de la Ley 100 de 1993 en lo concerniente a no negarse a recibir dicho traslado de régimen pensional, razón por la cual no le podrían ser imputables los efectos de una decisión sobre la actuación de un tercero. Igualmente señaló que en el interrogatorio de parte, el actor manifestó que el traslado efectuado a PORVENIR S.A. fue completamente voluntario y sin ningún tipo de coacción, y que la A.F.P. cumplió con el deber de información requerido en el momento del traslado del actor. Finalmente, sobre los gastos de administración señaló que tienen como objeto realizar una remuneración de la buena gestión de la A.F.P. con los saldos de la cuenta de ahorro individual del demandante, y que dicha situación se cumplió de manera satisfactoria puesto que en la cuenta del actor se generaron rendimientos financieros.

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)*** el demandante nació el 17 de septiembre de 1956 (f.° 2); ***ii)*** que, a 1 de abril de 1994, tenía 749 semanas cotizadas en el R.P.M. (f.° 3) ***iii)*** que

el 10 de marzo de 1998 se trasladó del R.P.M. al R.A.I.S., en PROTECCIÓN S.A. (f.° 191); ***iv)*** que el 29 de noviembre de 1999 se trasladó a PORVENIR S.A. (f.° 223), ***v)*** y que el 15 de abril de 2008 se trasladó a SKANDIA S.A., hoy OLD MUTUAL S.A. (f.° 117).

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.° 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.° del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y

sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

En el presente proceso, se tiene que el demandante firmó inicialmente la solicitud de afiliación y traslado de régimen a PROTECCIÓN S.A. En el recuadro denominado 'voluntad de selección y afiliación' se encuentra el siguiente texto 'preimpreso', encima de su firma como afiliado: *«Hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad lo he efectuado de forma libre, espontanea, y sin presiones. Manifiesto que he elegido a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía – Protección S.A. para que administre mis aportes pensionales y que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos»* (f.° 191). En términos similares aparece esa misma constancia de haber seleccionado el R.A.I.S. en forma libre, espontánea y sin presiones, en las 2 afiliaciones que hizo a este régimen en PORVENIR S.A., y en SKANDIA S.A., hoy OLD MUTUAL S.A.

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-1421 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 legitima de adquirir el derecho a la

pensión bajo las previsiones del sistema de prima media con prestación definida.

Y es que realmente surgen interrogantes como: ¿Qué tipo de efecto nocivo puede causarse al accionante, quien contaba con 38 años de edad para el 1.° de abril de 1994, que para esa data tenía un total de 749 semanas cotizadas, y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?

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

Por lo que se infiere, que con este acto se produjeron los efectos de traslado válido al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a PROTECCIÓN S.A., fuera ineficaz o estuviera viciado de nulidad, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando en el interrogatorio de parte admitió que nunca tuvo inconformidad alguna con el R.A.I.S, si no solo hasta el momento en que se percató del valor de su mesada pensional, y que antes de esto nunca verificó ni confirmó la información sobre su pensión puesto que no lo vio necesario, ni tuvo interés en trasladarse a COLPENSIONES.

Asimismo, se debe tener en cuenta que la información señalada por el demandante que le fue otorgada, no implica un engaño en la medida en que no es errónea, dado que quienes se encuentran

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

De manera que, no es de recibo para la Sala mayoritaria, el hecho de que el actor consideró que PROTECCIÓN S.A. incumplió el deber de información, pues no hubo manifestación suya de

inconformidad 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 los formularios de afiliación, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad libre, espontánea y sin presiones.

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

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

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

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

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

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

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada, esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como, por ejemplo, cuando falta la voluntad no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se encuentra plasmada en el formulario, y 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 1998, 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, bueno es recordar que las reglas de la experiencia y la sana crítica indican que cuando se suscriben diferentes negocios jurídicos, en virtud de la autonomía de la voluntad, no resulta razonable que alguno de los contratantes presten su consentimiento a compromisos y obligaciones que le ocasionen alguna clase de perjuicios, lo que de contera descarta, como ya se vio, que el demandante no hubiera recibido información sobre el régimen de ahorro individual, pues como es bien sabido, es deber de quien decide efectuar esta clase de actuaciones definir las condiciones y términos de los mismos, las ventajas y desventajas que traerán sus determinaciones, tal como se concluye en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación

68838, dado que el acto de la afiliación o no, depende de la persona natural y no del fondo.

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

En dicha sentencia, expuso la Corte lo siguiente:

> *"el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones, ..."* y *"el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*
>
> *Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Lo anterior, sin pasar por alto que en la actualidad existe un criterio jurisprudencial mayoritario no unificado en nuestro Órgano de Cierre en relación con la temática que hoy absorbe el conocimiento de esta Sala, por lo que se considera que el afiliado no está exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen

pensional, toda vez que no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos, y teniendo en cuenta que de su elección dependerá su futuro pensional.

Es de anotar también, que no se puede pasar por inadvertido que la inconformidad 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 10 de marzo de 1998, 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 sanea 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

90

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

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

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 12 de junio de 2020 por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar absolver a **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS**

PROTECCIÓN S.A., y a **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

SALVO VOTO

SALVAMENTO DE VOTO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JOSÉ DE JESÚS CÁRDENAS MORENO** contra **COLPENSIONES S.A**.

EXP. 11001 31 05 **030 2019 00006** 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 9 de diciembre de 2019 por el Juzgado 30 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 el I.S.S. reconoció su derecho pensional, esto es, el 1.° de octubre de 2004, 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 el extinto I.S.S., le reconoció la pensión de vejez mediante la Resolución n.° 029868 de 2004, 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; contrajo matrimonio con la Señora María Elvira Rodríguez de Cárdenas el 23 de agosto de 1978, con quien convive desde esa data, quien depende económicamente de él y no devenga pensión alguna; reclamó administrativamente el día 31 de octubre de 2018, sin embargo, su solicitud fue negada.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Se admitió la demanda el 28 de enero de 2019, ordenándose su notificación y traslado a la demandada (f.° 27).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones, principalmente 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, especialmente en cuanto a lo relacionado con la dependencia económica de su cónyuge, sumado a

que, los incrementos se encuentran prescritos de conformidad con el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo.

Formuló como excepciones de mérito las de prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de indexación e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir (f.° 30-34).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, fue notificada, pero guardó silencio (f.° 28).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 9 de diciembre de 2019, declaró probada la excepción de cobro de lo no debido, y como consecuencia, absolvió a **COLPENSIONES** de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la parte demandante.

Para llegar a tal conclusión, analizó las posturas que han venido manteniendo la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, señalando que venía acogiendo la postura de ésta última, esto es, reconocía los incrementos pensionales, pero los aplicaba el término trienal de prescripción, sin embargo, desde la expedición de la SU 140 de 2019 de la Corte Constitucional, cambió su postura, señalando que los mismos se encuentran derogados a partir de la expedición de la ley 100 de 1993, salvo para aquellas personas que hubiesen adquirido su derecho pensional antes del 1.° de abril de 1994, cosa que no sucedió en este caso.

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, si bien habría lugar al reconocimiento de los incrementos pensionales regulados por el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, porque se encuentran vigentes para quienes como el demandante, son pensionados por vejez en virtud del régimen de transición que remite al citado acuerdo, como consta en la Resolución n.° 029868 de 2004 (f.° 9), aunado a que se acreditó la calidad de cónyuge del demandante de María Elvira Rodríguez de Cárdenas, con quien contrajo matrimonio por el rito católico el 23 de agosto de 1968 (f.° 10), la convivencia bajo el mismo techo, lecho y mesa desde esa fecha, y la dependencia económica total

de esta, respecto de José de Jesús Cárdenas Moreno, con la declaración de los testigos Paulo Cesar Quintero González y Juan Carlos Pinto Guzman, amigos del demandante, material probatorio con el que al tenor de lo dispuesto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se concluye que se encuentran reunidos los requisitos legales para el reconocimiento de tales incrementos, máxime cuando la demandada no acreditó que la cónyuge del demandante reciba pensión alguna.

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

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

Así las cosas, ante tal escenario, la Sala mayoritaria acude en su integridad a la postura de la Sala de Casación Laboral de la Corte

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

De manera que, al haber transcurrido más de 3 años desde la exigibilidad del derecho a incrementar la pensión, con la notificación de la Resolución n.° 029868 de 2004, que reconoció la pensión de vejez al demandante (f.° 9), sin que se hubiese interrumpido el término prescriptivo dentro de los 3 años siguientes, pues los reclamó el 31 de octubre de 2018 (f.° 13) y presentó la demanda el 11 de enero de 2019 (f.° 26), 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 9 de diciembre de 2019 por el Juzgado 30 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

Aclaración de voto

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JOSE DE JESUS CARDENAS MORENO
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICACIÓN: 11001 31 05 030 2019 00006 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 Republica 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

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 CRISTINA REYES BATEMAN** en contra de **COLPENSIONES,** y **PORVENIR S.A**.

EXP. 11001 31 05 **031 2019 00435** 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.° 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 9 de diciembre de 2019, por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen realizado el 1.° de octubre de 1994, por indebida y nula información que suministró Porvenir S.A., para convencerla que se trasladara de régimen; en consecuencia, se ordene a las demandadas realizar todas las gestiones administrativas pertinentes para anular dicho traslado, tales como que Porvenir S.A., traslade la totalidad de los dineros que se encuentran depositados en su cuenta de ahorro individual, a Colpensiones, y que esta última la reciba su afiliación y aportes sin solución de continuidad, corrija y actualice la historia laboral, por lo que para todos los efectos, su única afiliación válida es la realizada el 22 de mayo de 1989 ante el extinto I.S.S. (f.° 3, 4).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 20 de abril de 1962; realizó aportes en el extinto I.S.S., entre el 22 de mayo de 1989 y el 1.° de octubre de 1994, momento en el que se trasladó a Porvenir S.A., pero esa aparente decisión libre y voluntaria, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió; en dicho fondo cotizó 1152 semanas hasta el 30 de junio de 2019, por lo que cuenta con un total de 1419 semanas; no le informaron que se podía trasladar de régimen por únicamente antes del 28 de enero de 2004 o antes del 20 de abril de 2009; fue informada de que su mesada pensional para el 2019, sería de $828.116 en el régimen de ahorro individual con solidaridad, pese a que su I.B.C. desde $4.486.620, suma a la que si se le aplicara una tasa de reemplazo del 65.79%, obtendría una mesada de $2.951.747 en Colpensiones, por lo que el 22 de mayo de 2019 solicitó ante las demandadas la nulidad de traslado (f.° 4, 5).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 11 de julio de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.° 71).

COLPENSIONES S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y buena fe (f.° 78-94).

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 inexistencia del derecho reclamado y de la obligación, incongruencia del error en el vicio del consentimiento por ratificación de conducta, prescripción, cobro de lo no debido, prescripción de la acción de nulidad, ausencia de causa, y buena fe (f.° 116-135).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.° 73, vto).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 9 de diciembre de 2019, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra e impuso costas a la demandante (f.° 204, 205).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandante, apeló con el argumento de que Porvenir S.A., no logró acreditar con pruebas idóneas, cuál fue la asesoría que le brindó al momento del traslado, por lo que se vulneró lo dispuesto en los literales b) y e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dando lugar a las sanciones del artículo 271 *ibídem,* de ahí que no es viable predicar que el traslado fue libre y voluntario ya que no fue precedido de una información suficiente y adecuada acerca de las características, condiciones, accesos, ventajas, riesgos, consecuencias y desventajas de cada uno de los regímenes, como lo ha reiterado la jurisprudencia de la jurisdicción ordinaria laboral; lo único que se acredita con el formulario es un consentimiento pero no informado, por lo tanto no se cumplen los requisitos de los artículos 11 del Decreto 692 y 12 del Decreto 720 de 1994, sin que se hubiera obtenido una confesión de su parte, frente a este aspecto, en el interrogatorio de parte que absolvió.

Agregó, que no fue informada acerca de su derecho a retractarse, ni se le entregó una proyección comparativa entre las mesadas pensionales que pudiera recibir en cada uno de los regímenes, así que Porvenir S.A., no cumplió con la carga probatoria necesaria para acreditar el cumplimiento del deber legal de información, conforme lo previsto en el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, ya que no le entregó tampoco un plan de pensión, ni un reglamento que contuviera los derechos y deberes que como afiliada tenía ante Porvenir S.A.

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.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** la demandante nació el 20 de abril de 1962 (f.° 29); ***ii)*** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 22 de mayo de 1989 hasta el 30 de junio de 1994, 266.57 semanas (f.° 30, 31, 165-168); ***iii)*** que el 7 de septiembre de 1994 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir SA, con fecha de efectividad desde 1° de octubre de 1994 (f.° 136, 138), donde actualmente se encuentra vinculada con un total de 1430 semanas cotizadas, según lo informado por dicha AFP en la historia laboral que reposa de f.° 35 a 41, 141 a 164 y la certificación de f.° 140.

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.° 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.° del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

En el presente proceso, ello ocurre precisamente si se observa que en el recuadro denominado 'voluntad de afiliación' de la solicitud de vinculación n.° 240771 diligenciado el 7 de septiembre de 1994, se encuentra el siguiente texto 'preimpreso', encima de su firma como afiliada: *«Hago constar que **realizo en forma libre, espontánea y sin presiones y sin presiones** la escogencia del régimen de ahorro individual, así como la selección de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir, para que sea la única que administre mis aportes pensionales. También declaro que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos.»* (f.° 136).

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 legitima 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.° de abril de 1994, que para esa data tenía un total de 253.57 semanas cotizadas (f.° 30, 31, 165-168), 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 legitima de adquirir el derecho para que pudiera predicarse válidamente que su afiliación inicial a Porvenir S.A. le cercenó ese derecho.

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

admitió que en calidad de administradora hotelera, estuvo de acuerdo con la información suministrada por Porvenir S.A., entre otros fondos, mediante la cual dicha entidad le indicó en forma individual en las instalaciones de la sociedad Laguna Encantada S.A., donde trabajaba para la época, que el I.S.S. se iba a terminar, por lo que al haber escuchado a varios asesores de otros fondos, prefirió escoger a Porvenir S.A., porque estaba solventado por una entidad de renombre en la ciudad, así que asumió que era el más conveniente para ella en ese momento; le indicaron que con la proyección de ese salario que tenía en ese momento, podía ganarse una pensión mucho más alta; nunca se acercó al I.S.S. a corroborar dicha información, solo lo hizo hasta marzo de 2019, dado que ya se iba a pensionar y considera que la información que le dieron no fue válida en la medida en que en esa data Porvenir le informó que su pensión sería de un salario mínimo legal mensual vigente, mientras que ella aspiraba a pensionarse con 10 o 15 veces más de lo que devengaba en 1994.

Señaló la absolvente, que en el año 1994, tuvo la oportunidad de hacerle preguntas al asesor pero no las hizo porque era joven y no le vio importancia a ese aspecto; aceptó que Porvenir le envía los extractos periódicamente, solo que no los entiende, no obstante, nunca se ha acercado a una oficina de Porvenir a absolver sus dudas, ya que nunca le interesó cuál era el saldo que tenía en su cuenta, aunque tiene conocimiento por esos documentos, de que sus aportes generan unos rendimientos; y rotuló, que jamás intentó regresar al régimen de prima media con prestación definida.

Así mismo, se debe tener en cuenta que la información señalada por la demandante que le fue otorgada, no implica un engaño, en la medida en que no es errónea, dado que quienes se encuentran vinculados al régimen de ahorro individual con solidaridad pueden obtener el derecho a la pensión sin el cumplimiento del requisito de

edad, aumentar el monto de la mesada pensional, etc., situaciones estas que son excluyentes del régimen de prima media con prestación definida, que la actora manifestó conocer según su dicho, por lo que desvirtúa el deseo de permanecer en el régimen de prima media o de retornar a él, lo cual se concluye porque pese a las diversas oportunidades de trasladarse no optó por tal situación, antes por el contrario, pernoctó en el R.A.I.S.

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

De manera que, no es de recibo para la Sala mayoritaria, el hecho de que la actora consideró que Porvenir S.A. incumplió el deber de información solo hasta el momento en que le indicaron el monto de su pensión, sin que hubiese manifestado inconformidad alguna durante el tiempo en que estuvo afiliada. Así las cosas, se tiene que

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

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

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

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

Se considera entonces, que no existen elementos de juicio que permitan establecer coacción, error o inducción al mismo como vicios del consentimiento, la deficiencia de la asesoría que se aduce, menos aún el dolo consistente en artificios o engaños para obtener el consentimiento en el traslado, pues lo que está claro es que la demandante fue asesorada, y estuvo de acuerdo con la información suministrada, por lo tanto, no había lugar a declarar ni la nulidad de la afiliación a la A.F.P. Porvenir S.A., ni la ineficacia prevista en el

266

artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se acreditó que persona alguna hubiese atentado contra el derecho de la trabajadora a seleccionar el régimen pensional.

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

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

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

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

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran

vigentes desde el año 1994 en la medida en que las partes realizaron las actuaciones (sucesivamente) correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora Porvenir 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 el interrogatorio de parte aceptó que se le entregó asesoría.

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

El anterior análisis probatorio desvirtúa el argumento del recurso de apelación de que no se acogió la postura de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, que impone la carga de la prueba sobre la información otorgada a la vinculada al fondo de pensiones, ya que es el propio dicho de la demandante el que corrobora que conocía las características del régimen de ahorro individual.

267

Aunado a que la información ofrecida por Porvenir a la demandante, además de ser cierta, fue suficiente y oportuna, 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, 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.° de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, indicando que ese traslado sin respetar los términos señalados en las normas vulnera los principios de equidad y sostenibilidad financiera.

En dicha sentencia, expuso la Corte lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, si en gracia de discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido el 7 de septiembre de 1994, el mismo tuvo que ser advertido en esa oportunidad, ante la

269

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 sanea cualquier nulidad que hubiese podido existir.

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
SALVO VOTO

SALVAMENTO DE VOTO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARTHA PATRICIA GÓMEZ PINZÓN** en contra de **COLPENSIONES,** y **COLFONDOS SA**.

EXP. 11001 31 05 **033 2018 00140** 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.° 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 10 de febrero de 2020, por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad o ineficacia del traslado efectuado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad; en consecuencia, que para todos

los efectos legales siempre ha permanecido afiliada al primer régimen, en cabeza de Colpensiones, y se ordene el traslado de sus aportes al régimen de primera media (f.° 67).

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 17 de septiembre de 1964; realizó aportes por 817 semanas en el régimen de primera media con prestación definida entre el 12 de febrero de 1991 y el 30 de junio de 2007; que el 17 de mayo de 2007, se trasladó a Colfondos S.A., donde permanece a la fecha de presentación de la demanda, por lo que sumando la totalidad de semanas, completa 1325 cotizadas al sistema general de pensiones; señaló, que su traslado no se trató de una decisión informada, autónoma y consciente, dado que no se le indicaron en forma completa, integral y veraz, las consecuencias del traslado de régimen y la forma en la que el mismo impactaría su mesada pensional.

Agregó, que el 1.° de junio de 2017, solicitó a Colfondos copia del formulario de afiliación, así como información acerca de las variables que se tienen en cuenta para determinar el valor de la mesada pensional y una proyección del valor que le correspondería en Colfondos y en Colpensiones, también solicitó copias de los documentos en donde consta la información brindada al momento de hacer su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, pero la petición que fue respondida parcialmente el 23 de junio siguiente, y además la entidad le indicó que no cuenta con el capital suficiente para financiar una mesada pensional; ante Colpensiones solicitó de igual forma la nulidad del traslado mencionado, no obstante la petición fue negada (f.° 67, 68).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 11 de mayo de 2018, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (f.° 75).

COLPENSIONES S.A., 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, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas (f.° 106-117).

COLFONDOS S.A., formuló como excepciones las de inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios en el consentimiento que generen nulidad, caducidad, buena fe y prescripción (f.° 133-162).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.° 105, vto).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 10 de febrero de 2020, declaró la ineficacia de la afiliación efectuada por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad el 17 de mayo de 2007, ante Colfondos S.A., por lo que en la actualidad se encuentra efectivamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida; en consecuencia, ordenó a Colfondos S.A., trasladar a Colpensiones, todos los dineros existencias en la cuenta de ahorro individual de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, intereses o rendimientos, y pagar de ser del caso, las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado allí y su equivalencia en Colpensiones, las cuales deberán ser asumidas de su patrimonio.

Conminó a Colpensiones para que adelante las gestiones necesarias con el fin de obtener el pago de las mencionadas sumas, si a ellas hubiere lugar, incluyendo las comisiones respectivas; de igual forma, le ordenó recibir el traslado de las mencionadas sumas, así como la reactivación de la afiliación de la demandante; declaró no probada la excepción de prescripción y los demás medios de defensa planteados por las demandadas a quienes condenó en costas (f.° 192-196).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

COLFONDOS S.A., sostuvo que se desconoció la prohibición legal establecida en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, y que solo hasta la expedición de la Ley 784 de 2014, surgió la obligación de establecer comparaciones entre los dos regímenes pensionales, con herramientas financieras, complementando el deber de información y buen consejo que existía al momento de realizar los traslados, por lo que la aplicación retroactiva de la mencionada normativa, vulneraría el principio de legalidad. Señaló, que no se acreditó con base en lo dispuesto en el artículo 1501 del Código Civil, alguna causal o impedimento, por lo que la demandante actuó con autonomía de su voluntad, disponiendo de sus propios intereses; y agregó que, se debe tener en cuenta que con la actuación de la demandante, se genera un perjuicio a la entidad, quien ha mantenido sus cotizaciones durante 13 año.

A su vez, **COLPENSIONES S.A.** también apeló, con el argumento de que resulta afectada, en la medida en que el régimen de ahorro individual con solidaridad, tiene una forma de distribución de los aportes totalmente distinto al régimen de prima media con prestación definida, de manera que la demandante no ayudó a financiar las pensiones que ha venido otorgando la entidad, aunado a que los

gastos de administración, no fueron ordenados en favor de Colpensiones, lo que va en contra de la sostenibilidad financiera del sistema pensional, en la medida en que el valor de las diferencias que fueron ordenadas, no alcanzan a cubrir los perjuicios ocasionados y los futuros, debido a la descapitalización frente a todas las sentencias del mismo tema.

Agregó, que en el presente caso, no es viable acoger el precedente jurisprudencial relacionado con la carga probatoria en este tipo de procesos, porque no estaba próxima a pensionarse, no tenía expectativas legítimas, no era beneficiaria del régimen de transición y no se le ocasionó un daño irremediable en cuanto a sus derechos pensionales, así que no se puede dar por sentado que hubo un vicio en el consentimiento dada la falta de información por parte de la A.F.P. codemandada, a la demandante.

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 17 de septiembre de 1964 (f.° 3); ***ii)*** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 12 de febrero de 1991 hasta el 30 de junio de 2007, 817.57 semanas (f.° 20-22, 29-40, 124—130, 173-178); ***iii)*** que el 17 de mayo de 2007 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Colfondos S.A., con fecha de efectividad desde 1.° de julio de 2007 (f.° 10, 163, 172), y que luego de varias transferencias entre

administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente se encuentra vinculada a Colfondos S.A., con un total de 1325 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.° 5 a 9 y la certificación de f.° 171.

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.° 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.° 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 observa que en el recuadro denominado 'voluntad de afiliación' de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias n.° 9458575 diligenciado el 17 de mayo de 2007 ante Colfondos SA, se encuentra el siguiente texto 'preimpreso', encima de su firma como afiliada: *«He leído y entendido el contrato MIFT y como señal de aceptación firmo la presente afiliación a Pensiones Obligatorias y/o Cesantías. Hago constar bajo juramento 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 Cesantías SA, Colfondos, para que administre mis aportes pensionales y que los datos aquí reportados son verdaderos, autorizando la verificación de la información suministrada.»* (f.° 10, 163).

Entonces, en principio, se tiene claramente que la línea jurisprudencial de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, (sentencias SL19447 y SL17595 de 2017, SL4964 y SL413 de 2018, SL1688, SL1451, SL1452 y STL1677 de 2019, entre otras) señala que la falta de información completa y comprensible por parte de la administradora de pensiones, puede configurar un engaño, que conlleve a la anulación del traslado, situación que no se da en el presente caso; no obstante, el Tribunal de Cierre en dichas providencias resalta las condiciones o expectativas pensionales de los trabajadores demandantes al momento del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual, las que de resultar vulneradas con el traslado pueden conllevar a la ineficacia del mismo; lo cual se materializa en que el afiliado ya cuente con un derecho consolidado, que le genere una expectativa legitima 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 29 años de edad para el 1.° de abril de 1994, que para esa data tenía un total de 152.86 semanas cotizadas (f.° 20-22, 29-40, 124—130, 173-178), y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?

Así las cosas, para el año de 1994, la demandante contaba con 29 años, es decir, según la norma que se encuentra vigente -Ley 797 de 2003- le faltaban aproximadamente 28 años para cumplir la edad de 57 años, lo cual se traduce en que no contaba con esa expectativa legitima de adquirir el derecho para que pudiera predicarse válidamente que su afiliación a Colfondos S.A. le cercenó ese derecho.

Por lo que se infiere, que con este acto se produjeron los efectos de traslado válido al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a Colfondos S.A., fuera ineficaz o estuviera viciado de nulidad como lo afirmó la parte demandante, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando la suscripción del mencionado formulario no fue objeto de reproche de su parte; por el contrario, en su interrogatorio de parte, admitió que impuso su firma de manera libre y voluntaria, sin presiones, después de haber leído el formulario radicado ante Colfondos S.A., sin que nadie la obligara a hacerlo. También admitió, que estuvo de acuerdo con la información individual suministrada por el asesor de Colfondos S.A. en el año 2007, en su cubículo de clínica ubicado en las instalaciones de la Universidad Javeriana en donde prestaba sus servicios como docente para ese entonces, mediante la cual le indicaron que ese fondo es mejor que el I.S.S., porque podía transferir la pensión a su hijo, lo cual le llamó bastante la atención al ser madre soltera, señaló que tenía conocimiento de que podía reversarse faltándole 10 años para poder terminar con el

I.S.S., pero no la dejaron trasladar dado que le indicaron que no tenía el tiempo mínimo de permanencia en Colfondos. De igual forma, admitió siempre recibió los extractos por parte de Colfondos, y que cuando hizo averiguaciones respecto del estado de su pensión consideró que la información suministrada por Colfondos S.A. no fue suficiente.

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 no demostró haber optado por tal situación, antes por el contrario, pernoctó en el R.A.I.S.

Ahora bien, sobre las consideraciones expuestas en la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL1452-2019, se debe advertir que no se desconoce la obligación de los fondos de pensiones de suministrar a los afiliados la información completa y veraz respecto a las condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, sin embargo, se considera que la omisión de esa obligación, *per se*, no afecta ni la validez ni la eficacia del acto jurídico de traslado, salvo que se constituya en un verdadero engaño, en maniobras o artificios tendientes a obtener el consentimiento en la celebración del acto jurídico de traslado, lo que necesariamente debe analizarse en cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias fáctico jurídicas particulares que lo rodean, como se dijo en la sentencia STL3186-2020, con la advertencia de que el juez está facultado para formar libremente su convencimiento sin estar

sujeto a tarifa legal alguna, en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica (artículos 51, 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social); no obstante, con base en ello, en este caso en específico se reitera no se acreditó.

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

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

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

Tampoco, se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error

en la demandante para su afiliación, por parte de la AFP Colfondos S.A., en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil.

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

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

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

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada, esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se

configuran, como, por ejemplo, cuando falta la voluntad no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se encuentra plasmada en el formulario, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

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

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

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

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

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

acreditar el consentimiento prueba la información entregada a la demandante, lo cual se corrobora con la exposición realizada en el interrogatorio de parte que absolvió, por lo que la información ofrecida por Colfondos a la demandante, además de ser cierta, fue suficiente y oportuna, sin embargo, ella le restó importancia a dicha información, lo que a la postre la llevó a continuar afiliada al régimen de ahorro individual.

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

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

En dicha sentencia, expuso la Corte lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

"el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo

así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

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

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

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

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

Lo anterior, sin pasar por alto que en la actualidad existe un criterio jurisprudencial mayoritario, no unificado, en nuestro Órgano de Cierre en relación con la temática que hoy absorbe el conocimiento de esta Sala, por lo que se considera que la afiliada no está exonerada de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuida en su capacidad para celebrar actos y contratos, y teniendo en cuenta que de su elección dependerá su futuro pensional; aquí como se vio con lo manifestado en el interrogatorio de parte, la demandante fue negligente frente a este aspecto, y decidió voluntariamente cambiarse de régimen.

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

Así las cosas, si en gracia de discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido el 17 de mayo de 2007, el mismo tuvo que ser advertido en esa oportunidad, ante la información brindada, por lo que, indefectiblemente, partir de esa fecha, debía contarse el plazo de 4 años con el que contaba la afiliada para pedir la rescisión del acto jurídico de traslado, de conformidad

con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, y como no lo hizo, ese hecho debe tenerse como una ratificación tácita del acto, con lo que se sanea cualquier nulidad que hubiese podido existir.

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

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

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y consultada, para en su lugar **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES,** y a **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, de todas las pretensiones incoadas por **MARTHA PATRICIA GÓMEZ PINZÓN**, 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 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