



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **ÁNGELA INÉS ROBLEDO PALOMEQUE** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001-31-05-004-2019-00080-01

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados **ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**, **HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA** y **DAVID A. J. CORREA STEER**, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 6 de noviembre de 2019, por el Juzgado cuarto Laboral del Circuito de Bogotá., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declarara la nulidad de la afiliación efectuada por la demandante, el 24 de mayo de 1996, del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como consecuencia de dicha declaratoria; se ordene a PORVENIR S.A. a trasladar las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos los frutos, intereses y rendimientos que se hubieren causado, al R.P.M., administrado por COLPENSIONES; que se ordenara a la misma aceptar el traslado y realizar el estudio de la pensión de vejez de la actora bajo los parámetros establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Consecuencialmente, que se condenara al pago de las costas procesales a las demandadas, y que se aplicara las facultades extra y ultra petita.

Para el efecto, manifestó que estuvo afiliada al Régimen de Prima Media desde el 6 de mayo de 1977 hasta el 31 de agosto de 1982, que cotizó a dicho régimen un total de 276.43 semanas; que el 24 de mayo de 1996 se trasladó al fondo privado COLMENA, que nunca se le indicó a la demandante la existencia de dos regímenes pensional, así como tampoco, acerca de la pérdida del régimen de transición al vincularse al fondo privado; que el asesor del fondo no le preguntó si había estado afiliada al ISS o a una caja de previsión, que en el formulario de afiliación se marcó de manera errada la casilla de vinculación inicial, lo cual no es verdadero, ya que anteriormente había estado afiliada al R.P.M.

La recurrente, afirmó que al cumplir los 55 años de edad se dirige al fondo demandando con el fin de solicitar su pensión de vejez, y dicha entidad le informa que se pensionaría al cumplir los 57 años

de edad, el 23 de enero del año 2010, nuevamente radica un derecho de petición con el mismo fin, esta vez, junto con el formulario de afiliación al I.S.S., por medio de apoderado el 23 de diciembre de 2018, radica derecho de petición ante PROTECCIÓN S.A. donde solicitó una simulación pensional, que el día 26 de noviembre del año 2018, el fondo privado emite dicha simulación pensional, en la que se indica que la recurrente podría acceder a una mesada de aproximadamente \$2.450.000 a los 65 años si continuaba cotizando con el mismo salario.

Del mismo modo, indicó que su ingreso base de cotización durante los últimos 10 años laborados ha sido de \$9.184.450, y sobre este valor se le han realizado descuentos por pensión.

De otra parte, señaló que el 11 de diciembre de 2018, radicó ante PROTECCIÓN derecho de petición con el fin de requerir la nulidad de la afiliación y su traslado a COLPENSIONES, y este fondo, el 21 de diciembre de 2018, mediante comunicación, indica que no es el competente para declarar una nulidad, asimismo radicó una petición ante COLPENSIONES con la finalidad de reclamar, de igual modo, la nulidad del traslado, y también, con el fin de agotar la vía gubernativa, el 28 de noviembre del mismo año COLPENSIONES, mediante oficio BZ2018_15110902-3658597, niega la solicitud de traslado.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, la demanda se admitió el 27 de marzo de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.º 92).

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en que de conformidad con el artículo 2.º de la Ley 797 de 2003, y la Sentencia SU-130 de 2013, emitida por la Corte Constitucional, la única condición que no exige un límite de tiempo es que el afiliado acredite ser beneficiario del régimen de transición al haber efectuado cotizaciones con 15 de anterioridad al 1.º de abril de 1994.

En el mismo sentido, se evidencia que en el caso que ocupa la atención del despacho, de la historia laboral de la demandante se evidencia que esta no era beneficiaria de régimen de transición, ni por edad, ni por semanas, por ende, no tenía una expectativa pensional y tampoco se afectaron derechos adquiridos.

Propuso como excepciones las de invalidez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación y prescripción (f.º 103 a 112).

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., de igual modo, se opuso a las pretensiones de la actora, alegó en su favor que todas las actuaciones realizadas por PROTECCIÓN S.A. han sido precedidas de buena fe y legalidad, por ende, todos los afiliados a esta administradora lo han hecho de forma libre y voluntaria. De igual forma, resaltó que la entidad brindó una asesoría completa al momento de realizar su afiliación, que la misma, se hizo conforme a la normatividad y exigencias existentes en esa época.

Aseveró, que no puede hablarse de que existió un error de hecho en el consentimiento de la demandante al momento de suscribir la

afiliación, puesto que, como quedó demostrado a la afiliada se le brindó la información necesaria para tomar su decisión; añadió, que el desconocimiento que tuvo la demandante sobre los aspectos legales del R.A.I.S no vician el consentimiento.

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

Resaltó, que una vez efectuada su afiliación, la demandante tuvo diferentes oportunidades para retornar al R.P.M. y no hizo uso de dichas oportunidades, de otra parte, no puede pretenderse que se invierta la carga de la prueba, pues de conformidad al precedente citado en el escrito de la demanda, esto solo ocurre en los casos en los que se encuentren bajo el supuesto de hecho de esas sentencias.

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

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación demandada y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, imposibilidad de declaratoria de nulidad por inexistencia de situación anterior, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, e inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe (f.º 133 a 149).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 6 de noviembre de 2019, ABSOLVIÓ a las demandadas; COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A., de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y concedió recurso de apelación a la parte demandante.

Para fundamentar su decisión, señaló que en el interrogatorio la demandante confirmó que nunca estuvo afiliada al extinto I.S.S. y que su empleador cotizó a una caja de previsión social. Asimismo, del material probatorio recaudado, esto es, el formulario de afiliación a Colmena el 24 de mayo de 1996, visible a folio 161, y de la certificación emitida por Asofondos, obrante a folio 162 del expediente, se tiene que la accionante efectuó cotizaciones solo al Seguro Social, y por tal motivo, se tiene que para la fecha del traslado, 24 de mayo de 1996, la actora se encontraba afiliada a la caja de previsión social que se encuentra a folio 18 del plenario.

Señaló que de conformidad con el Decreto 348 de 1993, y según el Decreto 1642 de 1995, los servidores públicos tenían hasta el 31 de diciembre de ese mismo año para seleccionar uno u otro régimen,

se les dio la oportunidad de escoger si continuaban en el régimen de prima media o si se afiliaban voluntariamente a un fondo privado, que al ser la recurrente servidora pública tuvo tal oportunidad de seleccionar el régimen, y se acogió el R.A.I.S como se demostró en el proceso.

Para el juzgado, fue claro que la demandante se acogió al Régimen de Ahorro Individual, administrado por PROTECCIÓN de manera voluntaria, que nunca estuvo vinculada al Régimen de Prima Media, hoy administrado por COLPENSIONES, y que tampoco se afilió de manera automática al mismo.

Concluyó, diciendo que para el juzgado resultó evidente que la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual no es ineficaz o nula, debido a que para 1996, no existió ningún traslado de régimen sino la escogencia de uno dada la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La demandante, interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia proferida por el juez de primera instancia; manifestó, que no se le indicó la existencia de dos regímenes pensionales, que no se le dijo que podía afiliarse al seguro social, por ende, no se le dio una información completa veraz y eficaz frente a estos regímenes.

Arguyó, que las cajas de previsión social pasaron de manera automática al Seguro Social, si la persona no decidía trasladarse a un fondo privado, y en este caso, la recurrente no tomó una decisión, solamente dijo que al obrar de buena fe, firmó un formulario de afiliación, y confió en lo que el asesor le reveló en ese entonces,

después de un tiempo evidenció que sufrió un perjuicio al no señalársele que perdería el régimen de transición. Afirmó, que si estuvo interesada por su situación personal porque en varias oportunidades solicitó ante el I.S.S. su traslado, el cual le fue negado por tener 55 años de edad, y no tener régimen de transición.

V. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 8 de abril de 1954, hecho que es pacíficamente aceptado por las partes procesales (f.º 15); **ii)** que a 1.º de abril de 1994 tenía un total de 276,43 semanas cotizadas en el R.P.M. (f.º 120); **iii)** y que el 24 de mayo de 1994, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLMENA S.A., conforme al historial de vinculaciones que obra a folio 33, 66 y 161.

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

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado,

quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

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

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

En el presente proceso, se tiene que el demandante firmó la solicitud de afiliación y traslado de régimen n.º01090908 diligenciado el 24 de mayo de 1996 (f.º33, 66 y 161). En el recuadro denominado ‘voluntad de afiliado’, se encuentra el siguiente texto ‘preimpreso’, encima de su firma como afiliada: *“Hago constar que realizo de forma libre, espontánea, y sin presiones, la escogencia al régimen de ahorro individual, así como la selección de la administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR, para que sea la única que administra mis aportes pensionales. También declaro que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos”*.

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 COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., fue ineficaz o estuviera viciado de nulidad, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, y en donde COLMENA S.A. le realizó un cálculo del valor de los mesadas pensionales en cada régimen. De igual forma, admitió siempre recibió información de su fondo de pensiones, y que cuando hizo averiguaciones respecto del estado de su pensión consideró que la información suministrada por COLMENA S.A. era confiable, pero no suficiente.

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

De manera que, era menester demostrar que ese traslado de régimen le generó un perjuicio cierto y real frente al derecho pensional, situación esta última que no ocurrió en este caso, porque si bien la demandante fue beneficiaria del régimen de transición por edad, porque contaba con 39 años de edad, y un acumulado de 276,43 semanas en cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales a 1.º de abril de 1994, lo cierto es que, si se tienen en cuenta las estrictas cotizaciones realizadas en los regímenes de prima media con prestación definida y de ahorro individual con solidaridad, conforme

a lo considerado por la *a quo*, no conservó tal prerrogativa al tenor de lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, porque para la entrada en vigencia de dicha normativa, completó un total de 722,14 semanas de cotización, insuficientes para completar la densidad mínima de 750 semanas exigida por el mencionado Acto Legislativo.

Ahora bien, sobre las consideraciones expuestas en la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la 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 ha dicho reiteradamente por la Honorable Corte Suprema de Justicia, en su sala de casación laboral (entre otras, 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.

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

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

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

Por lo tanto, 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 COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil.

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

suministrada, por lo tanto, no había lugar a declarar ni la nulidad de la afiliación COLMENA S.A. hoy 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 ende, 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”*.

Por lo que, en el presente caso, se descarta la inexistencia de una nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, 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 1996, en la medida en que las partes realizaron las actuaciones (sucesivamente) correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora en los periodos en que el demandante se vinculó a ella.

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

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

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

El anterior análisis probatorio, desvirtúa el argumento del recurso de apelación de que no se acogió la postura de la Corte

Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, que impone la carga de la prueba sobre la información otorgada al vinculado al fondo de pensiones, ya que es el propio dicho de la demandante el que corrobora primero que se le informó que no le convenía trasladarse de régimen, segundo las características del Régimen de Ahorro Individual, y tercero que era conocedora de las características del Régimen de Prima Media.

Aunado a que la información ofrecida por Porvenir al demandante, además de ser cierta, fue suficiente y oportuna, sin embargo, la actora, le restó importancia a dicha información, lo que a la postre la 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 la demandante es una persona que se encuentra ad portas de exigir el derecho a la pensión, y respecto a esta situación, la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2.º de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993, indicando que ese traslado sin respetar los términos señalados en las normas vulnera los principios de equidad y sostenibilidad financiera.

En dicha sentencia, expuso la Corte lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Lo anterior, sin pasar por alto que en la actualidad existe un criterio jurisprudencial mayoritario no unificado en nuestro Órgano de Cierre en relación con la temática que hoy absorbe el conocimiento de esta Sala, por lo que se considera que la afiliada no está exonerada de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos, y teniendo en cuenta que de su elección dependerá su futuro pensional; y como se vio en el presente trámite procesal, 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 19 de mayo de 1994, el mismo tuvo que ser advertido en esa oportunidad, ante la información brindada, por lo que, indefectiblemente, partir de esa fecha, debía contarse el plazo de 4 años con el que contaba el afiliado para pedir la rescisión del acto jurídico de traslado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, y como no lo hizo, ese hecho debe tenerse como una ratificación tácita del acto, con lo que se sana cualquier nulidad que hubiese podido existir.

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

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

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

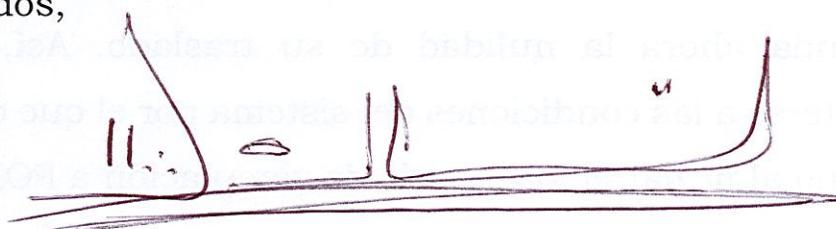
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 6 de noviembre de 2019, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

SALVO VOTO

SALVAMENTO DE VOTO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

El presente estudio tiene como objetivo principal analizar el impacto de las reformas estructurales en el sector público peruano, considerando los aspectos económicos, sociales y políticos. Se abordará el tema de la descentralización y el fortalecimiento institucional, así como el rol del Estado en el desarrollo económico.

En el presente estudio, se analizará el impacto de las reformas estructurales en el sector público peruano, considerando los aspectos económicos, sociales y políticos. Se abordará el tema de la descentralización y el fortalecimiento institucional, así como el rol del Estado en el desarrollo económico. El estudio se basará en un análisis de los datos estadísticos y en la opinión de los expertos en el tema.

El presente estudio tiene como objetivo principal analizar el impacto de las reformas estructurales en el sector público peruano, considerando los aspectos económicos, sociales y políticos. Se abordará el tema de la descentralización y el fortalecimiento institucional, así como el rol del Estado en el desarrollo económico.

El presente estudio tiene como objetivo principal analizar el impacto de las reformas estructurales en el sector público peruano, considerando los aspectos económicos, sociales y políticos. Se abordará el tema de la descentralización y el fortalecimiento institucional, así como el rol del Estado en el desarrollo económico.



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 MAGDALENA CASTRO ACEVEDO** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001-31-05-003-2019-00023-01.

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados **ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**, **HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA** y **DAVID A. J. CORREA STEER**, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2019, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declarara la nulidad de la afiliación efectuada por la demandante, en el mes de febrero de 1998, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; como consecuencia de dicha declaratoria, se ordene a PORVENIR S.A. a retornar las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos los frutos, intereses y rendimientos que se hubieren causado, al R.P.M., administrado por COLPENSIONES S.A. y que se ordenara a la misma aceptar el traslado.

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

Para el efecto, manifestó que nació el 20 de mayo de 1966, que estuvo afiliada al extinto I.S.S. desde el 1.º de abril de 1997 hasta el 30 de junio de 1997, donde acumuló en el R.P.M. 10.71 semanas cotizadas, que a mediados de febrero de 1998, el asesor de la A.F.P. PORVENIR S.A. a través de promesas y engaños logró que la demandante efectuara el traslado de régimen, al viciarse su consentimiento; señaló, que entre las fechas de febrero de 1998 a julio de 2018, posee un total de 1.004 semanas cotizadas en el R.A.I.S., acumulándose un total de 1014.71 semanas cotizadas en los dos regímenes.

Indicó, que COLPENSIONES mediante oficio del 1.º de septiembre de 2016, rechazó su solicitud de retorno al R.P.M.; que el 31 de agosto de 2018, radicó derecho de petición ante PORVENIR S.A.; solicitó nuevamente su retorno al R.P.M. el 3 de septiembre de

2018, quien dio respuesta a dicha solicitud comunicándole a la parte actora toda vez que los registros no podían ser anulados por ningún fondo de pensión, salvo que exista una orden de autoridad competente; así mismo, el 31 de agosto de 2018, mediante radicado n.º2018_10817194, presentó derecho de petición ante COLPENSIONES S.A., a fin de que se declarara la nulidad del traslado del R.P.M al R.A.I.S.; COLPENSIONES S.A. dio contestación el mismo 31 de agosto de 2018, mediante oficio BZ2018 10800051-2669038, quien manifestó que no era posible realizar la nulidad del traslado, ya que esta solo procede cuando presuntamente se cometió falsedad en el formulario de afiliación o el empleador lo afilió sin su consentimiento.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 1.º de marzo de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.º 80).

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES S.A., se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en que el traslado que efectuó la demandante en 1998 a la fecha, tiene plena validez, y que la nulidad de dicho contrato deberá probarse en el curso del proceso judicial; señaló además, que al contar la accionante con 50 años de edad no cumple con el requisito para acceder al traslado pretendido.

Aseveró, que la accionante no tiene derecho a una pensión bajo el régimen de transición, puesto que no se demuestra en el proceso que tenga 15 o más años cotizados a la entrada en vigencia del Acto Legislativo n.º 01 de 2005.

Propuso como excepciones la de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y no configuración del derecho al pago de intereses moratorios (f.º 92 a 101).

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., también se opuso a las pretensiones de la actora, alegó en su favor, que el traslado de régimen efectuado por la demandante se hizo bajo las estipulaciones vigentes establecidas para la época, y en la cual no se exigía que se diera una información acerca de uno y otro régimen, e indicó que la parte actora no prueba algún tipo de omisión o engaño.

Propuso las excepciones de mérito de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, y debida asesoría (f.º 114 a 119).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 7 de noviembre de 2019, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al R.A.I.S., que en su caso administra PORVENIR S.A., para tenerlo como válidamente afiliado a COLPENSIONES S.A.; condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES S.A. el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor con sus correspondientes rendimientos; ordenó a COLPENSIONES S.A. a aceptar el traslado del demandante al R.P.M.; condenó en costas a PORVENIR S.A., y concedió recurso de apelación a las demandadas, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES S.A.

Para fundamentar su decisión, señaló que, en la proyección pensional, visible a folio 42 del plenario, realizada por PORVENIR S.A., se evidencia un perjuicio ostensible, ya que con los capitales que maneja el fondo demandado, ni, aunque la demandante tuviere 61 años de edad y se le sumaran las semanas cotizadas al R.P.M., le alcanzaría para obtener una pensión si quiera mínima.

Agregó que, de acuerdo a los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia son las entidades de seguridad social las que deben garantizar que existió una decisión informada, autónoma, consciente y verificable para que el afiliado pueda entender tanto los riesgos del traslado como los beneficios del régimen al que se traslada.

Igualmente, Indicó que, no existe ningún medio de prueba que demuestre cual fue la información que se le brindó a la demandante sobre las ventajas y desventajas de cada régimen, por ende, no logró demostrar que cumplió con su deber de brindar información veraz, completa y oportuna.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia proferida por el juez de primera instancia. Manifestó, que según lo indicado en el interrogatorio de parte de la demandante, esta dijo que efectuó la afiliación con el fin de formalizar su contrato de trabajo, lo que evidencia que dicha afiliación se hizo de manera libre y voluntaria; y finalmente adujo, que la norma vigente en la época en que la accionante realizó su traslado estableció como único requisito para entender como válida una afiliación era el formulario de afiliación, y por este motivo, solo se allegó tal formulario.

Por su parte, la demandada COLPENSIONES S.A., expresó en su recurso, que en la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional se señala quien tiene la carga de demostrar las circunstancias a las que se hacen alusión en el proceso, y por esto, dicha obligación no puede estar en cabeza únicamente de las A.F.P., máxime, si evidencia que la demandante tenía facultades para obtener las documentaciones requeridas, y no solo disponer de la carga probatoria a la A.F.P.

Indicó, que se vulneran los principios de seguridad jurídica y principios económicos, toda vez que COLPENSIONES S.A. debe asumir las cargas impositivas futuras, y todos los tramites pensionales de los cuales no se tiene ni una proyección pensional, más aún, si se tiene en cuenta que la actora no realizó los aportes que normalmente efectúa un afiliado para poder acceder a las prestaciones sociales que son pagadas por parte de COLPENSIONES S.A.

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 o no, a ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 20 de mayo de 1966, hecho que es aceptado pacíficamente por las partes en el presente proceso ordinario laboral (f.º 31 y 32); **ii)** que a 1.º de abril de 1994 no tenía semanas cotizadas

en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ya que se afilió el 1.º de abril de 1997 (f.º 34, 102 expediente administrativo); **iii)** y que el 15 de febrero de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 131).

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

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

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

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada

manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

En el presente proceso, se tiene que el demandante firmó inicialmente la solicitud de afiliación y traslado de régimen (f.º 131). En el recuadro denominado 'voluntad de afiliado', se encuentra el siguiente texto 'preimpreso', encima de su firma como afiliada: *"Hago constar que realizo de forma libre, espontánea, y sin presiones, la escogencia al régimen de ahorro individual, así como la selección de la administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR, para que sea la única que administra mis aportes pensionales. También declaro que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos"*.

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

Y es que realmente surgen interrogantes como: ¿Qué tipo de efecto nocivo puede causarse a la accionante quien contaba con 28 años de edad para el 1º de abril de 1994, que para esa data no tenía semanas cotizadas ya que no se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?

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

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

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

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

Ahora bien, sobre las consideraciones expuestas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia 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 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 afiliado. Así las cosas, se tiene que hubo una ratificación tácita del acto jurídico de traslado, con el pleno cumplimiento de las solemnidades legales.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

información entregada al demandante, lo cual se corrobora con la exposición en el interrogatorio de parte por el demandante.

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

Aunado a que la información ofrecida por Porvenir al demandante, además de ser cierta, fue suficiente y oportuna, sin embargo, la actora, le restó importancia a dicha información, lo que a la postre la 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.º de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993, indicando que ese traslado sin respetar los términos señalados en las normas vulnera los principios de equidad y sostenibilidad financiera.

En dicha sentencia, expuso la Corte lo siguiente:

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

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

Además de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, también se colige que esas decisiones vulneran el principio de solidaridad propio del régimen de prima media porque se trasgrede el

artículo 13 de la Ley 100 de 1993, lo cual se constata en la sentencia C-401 de 2016 cuando expuso:

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

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

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

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

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

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

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

Lo anterior, sin pasar por alto que en la actualidad existe un criterio jurisprudencial mayoritario no unificado en nuestro Órgano de Cierre en relación con la temática que hoy absorbe el conocimiento de esta Sala, por lo que se considera que el afiliado no está exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos, y teniendo en cuenta que de su elección dependerá su futuro pensional; tal como se vio en el presente proceso, donde la demandante 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 15 de febrero de 1999, el mismo tuvo que ser advertido en esa oportunidad, ante la información brindada, por lo que, indefectiblemente, partir de esa fecha, debía contarse el plazo de 4 años con el que contaba el afiliado para pedir la rescisión del acto jurídico de traslado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, y como no lo hizo, ese hecho debe tenerse como una ratificación tácita del acto, con lo que se sana cualquier nulidad que hubiese podido existir.

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

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

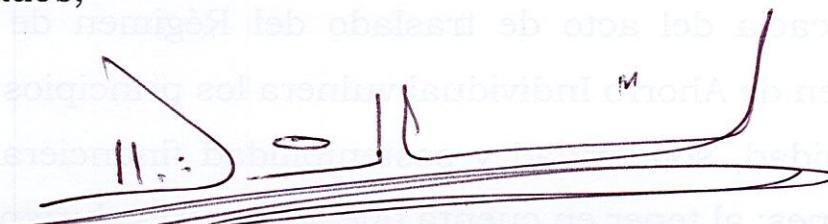
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 7 de noviembre de 2019, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, y en su lugar, se **ABSUELVE** a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

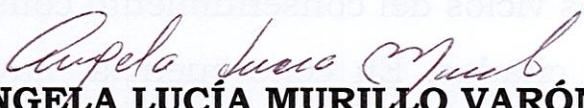
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

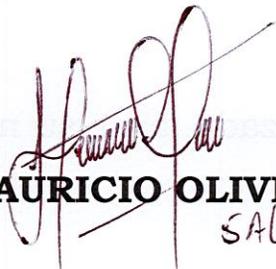
Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

SALVO VOTO

SALVAMENTO DE VOTO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



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 JEANNETH DÍAZ RINCÓN** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001-31-05-004-2018-00756-01.

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 23 de octubre de 2020, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante que se declarara nulo y/o ineficaz el traslado que hizo el 1.º de septiembre de 1995, del I.S.S., a COLFONDOS S.A., por la indebida y nula información que le suministró este fondo para convencerla de que se trasladara de régimen, y que la única afiliación válida es la que efectuó el 11 de noviembre de 1986 al I.S.S. Consecuencialmente, solicitó que se ordenara a las demandadas a realizar todas las gestiones administrativas pertinentes para anular el traslado de régimen; a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, a recibirla como afiliada sin solución de continuidad; a actualizar su historia laboral una vez PORVENIR S.A. la corrigiera y la actualizara.

Para el efecto, manifestó que nació el 17 de junio de 1966; que se afilió al I.S.S. el 11 de noviembre de 1986; que cotizó al R.P.M. un total de 439 semanas; que el día 1 de septiembre de 1995 se trasladó al R.A.I.S. en COLFONDOS S.A., pero que esa aparente decisión libre y voluntaria, no estuvo precedida de suficiente información por parte de este fondo; que hasta el 18 de septiembre de 2018 ha cotizado 1.610 semanas; que su actual administradora de pensiones, PORVENIR S.A., le informó que su pensión de vejez para el año 2023, sería de \$4.305.600, mientras que en COLPENSIONES sería de \$6.427.450; que PORVENIR S.A. no le informó sobre el año de gracia que concedió el artículo 2.º de la Ley 797 de 2003, para que los afiliados se trasladaran de régimen por una única vez antes del 28 de enero de 2004, ni sobre la imposibilidad de trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad mínima de pensión, y que el 17 de octubre de 2018, elevó derecho de petición a

las demandadas para solicitar la nulidad de traslado de régimen efectuado el 1.º de septiembre de 1995.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 23 de enero de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 215).

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, se opuso a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que a la actora le hacen falta menos de 10 años para adquirir su derecho pensional, por lo que no es posible efectuar el retorno al R.P.M. conforme a lo establecido en el artículo 2.º de la Ley 797 de 2003. Anudado a ello, indicó que la actora no acreditaba 35 años de edad, ni 15 años de servicio al 1.º de abril de 1994, por tanto, conforme a las sentencias de unificación emitidas por la Corte Constitucional, la actora no tenía una expectativa legítima sobre su derecho pensional (f.º 139 - 141).

Propuso como excepciones la de validez de afiliación al R.A.I.S., buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación y prescripción (f.º 145 - 146).

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., también se opuso a las pretensiones de la demanda, alegando en su favor que la información suministrada a la demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control de la Superintendencia Financiera, por lo tanto es claro que la actora tomó una decisión informada y consciente, y en señal de ello suscribió el formulario de vinculación o traslado al R.A.I.S., y con su firma dejó

constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones a este régimen (f.º 107 - 109).

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.º 113 - 114).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, se opuso a las pretensiones de la demanda. Expresó, que el contrato de afiliación celebrado con la actora, es plenamente válido, toda vez que confluieron todos los elementos jurídicos para su existencia y validez, es especial la manifestación de voluntad de la demandante, al tiempo que no existió un vicio del consentimiento, ni se le ocultó información al momento de afiliarse al fondo, dado que el asesor estaba debidamente capacitado para dar toda la información relevante y necesaria para orientar a las personas en sus posibles inquietudes respecto del R.A.I.S., y asegurarse de que tomaran una decisión libre e informada. (f.º 166 - 167).

Propuso como excepciones de fondo la de validez de la afiliación a COLFONDOS; buena fe; inexistencia de vicio de consentimiento por error de derecho, y prescripción (f.º 171).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 23 de octubre de 2019, declaró la nulidad de afiliación de la actora en COLFONDOS S.A., para tenerla como válidamente afiliada en COLPENSIONES; condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes bonos pensionales y gastos de

administración; ordenó a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la demandante al R.P.M., y condenó en costas a COLFONDOS S.A.

IV. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 17 de junio de 1966 (f.º 79); **ii)** que a 1.º de abril de 1994 tenía un total de 373,85 semanas cotizadas en el R.P.M. (f.º 148); **iii)** que el 1.º de septiembre de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 194), y posteriormente a PORVENIR S.A., el 1.º de julio de 2010. (f.º 115).

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

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

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

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

En el presente proceso, se tiene que la demandante firmó la solicitud de afiliación y traslado de régimen (f.º 173). En el recuadro denominado ‘voluntad de selección y afiliación’, se encuentra el siguiente texto ‘preimpreso’, encima de su firma como afiliada: *“Hago constar que la selección de 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 S.A. COLFONDOS para que administre mis aportes pensionales, y que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos”*. En términos similares aparece esa misma constancia de haber seleccionado el R.A.I.S. en forma libre, espontánea y sin presiones, en la afiliación con PORVENIR S.A. (f.º 116).

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

Y es que realmente surgen interrogantes como: ¿Qué tipo de efecto nocivo puede causarse a la accionante quien contaba con 27 años de edad para el 1.º de abril de 1994, que para esa data tenía un total de 373,85 semanas cotizadas, y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?

Así las cosas, para el año de 1994, la demandante contaba con 27 años, es decir, según la norma que se encuentra vigente -Ley 797 de 2003- le faltaban aproximadamente 30 años para cumplir la edad de 57 años, lo cual se traduce en que no contaba con esa expectativa legítima de adquirir el derecho para que pudiera predicarse válidamente que su afiliación inicial a COLFONDOS S.A. le cercenó ese derecho.

Por lo que se infiere, que con este acto se produjeron los efectos de traslado válido al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a COLFONDOS S.A. y a PORVENIR S.A., fuera ineficaz o estuviera viciado de nulidad, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando posteriormente realizó otra afiliación al mismo régimen, en el fondo PORVENIR S.A., lo que es indicativo de que conocía dicho régimen. Igualmente, en el interrogatorio de parte admitió que de forma voluntaria firmó el formulario de vinculación a COLFONDOS S.A., y que no le realizó preguntas al asesor comercial respecto del R.A.I.S. Ahora bien, pese a que la actora afirmó que se trasladó de COLFONDOS S.A. a PORVENIR S.A., debido a que la empresa en que trabajaba promovió dicha afiliación dentro de una política de desalarización, dentro del plenario no obra prueba alguna que constate que la actora haya efectuado el traslado de A.F.P. por instrucción de su empleador para ese entonces.

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. y PORVENIR S.A. incumplieron el deber de información, solo hasta el momento en que le indicaron el monto de su pensión, si que hubiese manifestado inconformidad alguna durante el tiempo en que estuvo afiliada. Así las cosas, se tiene que hubo una ratificación tácita del acto jurídico de traslado, con el pleno cumplimiento de las solemnidades legales.

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

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

Tampoco se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en la demandante para su afiliación, por parte de COLFONDOS S.A.

y 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 COLFONDOS S.A. y a PORVENIR S.A., ni la ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se acreditó que persona alguna hubiese atentado contra el derecho 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.º de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993, indicando que ese traslado sin respetar los términos señalados en las normas vulnera los principios de equidad y sostenibilidad financiera.

En dicha sentencia, expuso la Corte lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

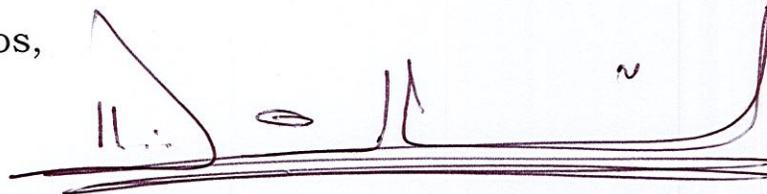
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 23 de octubre de 2019, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión, y en su lugar, **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.,** de todas las pretensiones incoadas por **MARTHA JEANNETH DÍAZ RINCÓN,** de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

**DAVID A. J. CORREA STEER**
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

SALVO VOTO

RESOLUTIVO

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 23 de octubre de 2018 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión, y en su lugar, ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESSANTIAS PORVIEVE S.A., y COLPONDOS S.A. PENSIONES Y CESSANTIAS, de todas las prestaciones invocadas por MARTHA JEANNE DÍAZ RINCÓN, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DAVID A. J. CORREA STEER

SECRETARÍA GENERAL DE LA JEFATURA DE LA FISCALÍA

SECRETARÍA GENERAL DE LA JEFATURA DE LA FISCALÍA

SECRETARÍA GENERAL DE LA JEFATURA DE LA FISCALÍA

SALVAMENTO DE VOTO

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

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

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

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

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

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

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

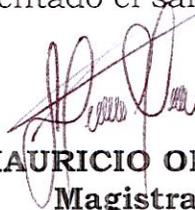
asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

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

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

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

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

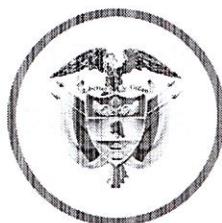
El presente escrito, en virtud de lo dispuesto en el artículo 101 del Código General del Proceso, dado que no se agotan los recursos que le permiten recurrir al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, se interpuso la presente demanda de nulidad y restablecimiento del estado para la nulidad de la resolución de la entidad demandada.

En el presente escrito, ninguna contestación se hizo del demandado por el demandante de conformidad con el artículo 101 del Código General del Proceso, dado que no se agotan los recursos que le permiten recurrir al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, antes del vencimiento de los 15 días que por ley tiene para presentar recursos de las características condicionales, sucesivas, alternas y resacas de los recursos de los regímenes procesales, en un lenguaje claro, simple y comprensible. Se reitera que no existe libertad informada cuando la persona desconoce totalmente de los efectos que puede acarrear el cambio de régimen de a. l. la gran importancia de la parte de la parte en cabeza de la demandada de nulidad, en consecuencia, el cambio de régimen fue lo solicitado y no el contrario.

En consecuencia, se solicita al Tribunal de lo Contencioso Administrativo que declare la nulidad de la resolución de la entidad demandada, restablezca el estado anterior a la misma y condene a la entidad demandada a pagar los costos procesales y costas de traslado, en el caso de que no se agoten los recursos que le permiten recurrir al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, antes del vencimiento de los 15 días que por ley tiene para presentar recursos de las características condicionales, sucesivas, alternas y resacas de los recursos de los regímenes procesales, en un lenguaje claro, simple y comprensible.

En consecuencia, se solicita al Tribunal de lo Contencioso Administrativo que declare la nulidad de la resolución de la entidad demandada, restablezca el estado anterior a la misma y condene a la entidad demandada a pagar los costos procesales y costas de traslado, en el caso de que no se agoten los recursos que le permiten recurrir al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, antes del vencimiento de los 15 días que por ley tiene para presentar recursos de las características condicionales, sucesivas, alternas y resacas de los recursos de los regímenes procesales, en un lenguaje claro, simple y comprensible.

En consecuencia, se solicita al Tribunal de lo Contencioso Administrativo que declare la nulidad de la resolución de la entidad demandada, restablezca el estado anterior a la misma y condene a la entidad demandada a pagar los costos procesales y costas de traslado, en el caso de que no se agoten los recursos que le permiten recurrir al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, antes del vencimiento de los 15 días que por ley tiene para presentar recursos de las características condicionales, sucesivas, alternas y resacas de los recursos de los regímenes procesales, en un lenguaje claro, simple y comprensible.



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

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **SADID JOSÉ ACOSTA TREJOS** en contra de **COLPENSIONES, y PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 021 2018 00604 01.

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 16 de diciembre de 2019, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se declare la nulidad o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que la afiliación a Protección S.A., es nula al no haberse realizado en forma libre y espontánea, así que, para todos los efectos jurídicos, siempre ha pertenecido al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad; en consecuencia, ordenar a Protección S.A. devuelva a Colpensiones todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios, y rendimientos, de igual forma, ordenar a esta última entidad, reactivar la afiliación, recibir todos los dineros devueltos por Protección, actualizar y corregir la historia laboral y ponerla a su disposición; por último, condenar a Protección S.A. a reconocer y pagar los perjuicios materiales morales causados, estimados en 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes (f.º 3).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 5 de marzo de 1959; cotizó en el extinto I.S.S. desde el febrero de 1985 hasta el año 1996; en junio de 1996 por no recibir información técnica adecuada, completa, veraz y suficiente, suscribió la afiliación a Protección S.A., en donde en la actualidad se encuentra afiliado y tiene 1407.14 semanas de cotización, pensando que le era mucho más beneficioso estar allí que en Colpensiones; en aquella oportunidad no le indicaron los riesgos de trasladarse de régimen, ni que su pensión sería inferior a la del R.P.M.D., no le advirtieron que la pensión depende de la modalidad que escoja, ni le explicaron las modalidades; no le informaron qué era un bono pensional ni que su negociación implica un importante sacrificio, tampoco le advirtieron que si no tenía suficiente dinero, no podría pensionarse o que podría retractarse con base en el Decreto 1161 de 1994.

Sostuvo, que se le informó que la condición pensional que tendría en el R.A.I.S., sería mucho más ventajosa y con un monto mejor, ya que este último régimen desaparecería y que podría pensionarse en forma anticipada; Protección, le realizó una proyección pensional en la que se observa un monto muy inferior a la que recibiría en Colpensiones, motivo por el que el 6 de agosto de 2018, solicitó la nulidad de la afiliación ante Protección S.A., y el día 9 de los mismos mes y año, solicitó ante Colpensiones que lo tuviera como vinculado jurídicamente al régimen que administra, no obstante el 10 y el 30 de agosto siguientes, recibió respuestas negativas por parte de las entidades (f.º 3-5).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 18 de diciembre de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 41).

PROTECCIÓN S.A., se opuso parcialmente a las pretensiones, y propuso como excepciones de fondo o de mérito las denominadas: inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe (f.º 56-67, 125-137).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, y en su defensa propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, e imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas (f.º 92-104).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 90).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 16 de diciembre de 2019, declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado el 1.º de abril de 1996, por ende, se tiene como válida la afiliación al régimen de prima media con prestación definida; en consecuencia, condenó a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes pensionales, cotizaciones, frutos e intereses contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante, sin deducción alguna por gastos de administración, a su vez condenó a esta última entidad a activar la afiliación del demandante y a actualizado su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a Protección S.A. (f.º 181-183).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES, apeló con el argumento de que se acreditó que el traslado realizado por el demandante se hizo en forma libre y voluntaria, sin constreñimientos ni presiones, y que además Protección S.A. le brindó información acerca de las características propias del régimen, tal y como el demandante lo indicó en el interrogatorio de parte; el precedente del Órgano de Cierre no se debe aplicar en forma objetiva, sino que se deben analizar las circunstancias propias de cada caso en concreto, en especial, lo atinente a los derechos adquiridos y las expectativas legítimas reales sobre el derecho a la pensión, y aquí no se vulneró ninguno de ellos con el traslado al R.A.I.S..

Agregó, que si atiende como válido el traslado del demandante al régimen de prima media con prestación definida, se afecta ostensiblemente el principio de sostenibilidad financiera del sistema y la financiación de las prestaciones para otros potenciales pensionados, dado que no estaría en igualdad de condiciones frente a las personas que realmente aportaron a la entidad, además se encontraría en la prohibición legal de trasladarse, además, se debe tener en cuenta que el único descontento del demandante es en el monto final de la mesada pensional que recibiría en el R.A.I.S., lo que no resulta ninguna omisión en la información.

PROTECCIÓN S.A., sostuvo que no es viable ordenar la devolución de los gastos de administración, por cuanto tales descuentos están permitidos legalmente, además se trata de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante; tampoco procede la devolución de los rendimientos generados, pues precisamente los mismos fueron ocasionados por la gestión y buena administración que ejerció el fondo, y en caso de que se confirmara la nulidad declarada respecto del traslado de la demandante al R.A.I.S., las cosas vuelven al estado anterior, por lo que el fondo solo debería trasladar los aportes que se encuentren acreditados en la mencionada cuenta.

V. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 5 de marzo de 1959 (f.º 105, CD f.º 111); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 16 de septiembre de 1985 hasta el 31 de mayo de 1996, 440.86 semanas (f.º 105-107, CD f.º 111); **iii)** que el 1.º de abril de 1996, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Protección S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de junio de 1996 (f.º 34, 68, 138, 141), donde actualmente se encuentra vinculado, con un total de 1458.86 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º 70 a 75, 143 a 147.

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

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

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

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por

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

En el presente proceso, ello ocurre precisamente si se observa que en el recuadro denominado ‘voluntad de selección y afiliación’ de la solicitud de vinculación n.º 0858259 diligenciada el 1.º de abril de 1996, se encuentra el siguiente texto ‘preimpreso’, encima de su firma como afiliado: *«Hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la **he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones.** Manifiesto que he elegido a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección SA, para que administre mis aportes pensionales y que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos»* (f.º 34, 68, 138).

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

que le genere una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión bajo las previsiones del sistema de prima media con prestación definida.

Y es que realmente surgen interrogantes como: ¿Qué tipo de efecto nocivo puede causarse al accionante quien contaba con 35 años de edad para el 1.º de abril de 1994, que para esa data tenía un total de 372.01 semanas cotizadas (f.º 105-107, 139, CD f.º 111), y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?

Así las cosas, para el año de 1994, el demandante contaba con 35 años, es decir, según la norma que se encuentra vigente -Ley 797 de 2003- le faltaban aproximadamente 27 años para cumplir la edad de 62 años, lo cual se traduce en que no contaba con esa expectativa legítima de adquirir el derecho para que pudiera predicarse válidamente que su afiliación inicial a Protección S.A. le cercenó ese derecho.

Por lo que se infiere, que con este acto se produjeron los efectos de traslado válido al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a Protección S.A., fuera ineficaz o estuviera viciado de nulidad como lo afirmó la parte demandante, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando la suscripción del mencionado formulario no fue objeto de reproche de su parte; por el contrario, en su interrogatorio de parte, admitió que impuso su firma de manera libre y voluntaria, sin presiones, después de haber leído el formulario radicado ante Protección S.A., pues nadie lo obligó a hacerlo, y aunque dijo que el motivo por el cual presentó esta demanda es haberle escuchado en el año 2018, al Ingeniero Químico Policarpa, su amigo y jefe en el trabajo en calidad de Superintendente de Operaciones, que ya se

había jubilado pero con solo \$3.400.000, pese a que gana un 40% o 50% más que él, por lo que se puso a pensar con cuánto se iría a jubilar, admitió que no se ha acercado a Protección S.A. a verificar si esa situación es correcta, y aceptó que estuvo de acuerdo con la información suministrada por dicha entidad de seguridad social, mediante una reunión grupal en la empresa Proeléctrica en la que en ese entonces laboraba, realizada por unas 4 asesoras que les explicaron las bondades del fondo, solo que no le pareció suficiente; sin embargo, él junto con el testigo Rojas Patiño, que más adelante se reseñará y otras personas, firmaron el formulario de afiliación.

Sostuvo el absolvente, que la información que esas asesoras les brindaron estuvo relacionada con que recibirían una mejor pensión y superior a la que podían obtener en el I.S.S., porque dicha entidad desaparecería; les hablaron de rendimientos sobre sus aportes dado que el fondo iba a invertir esos ahorros; que las semanas que tenían en el I.S.S. serían trasladadas totalmente a través de un bono pensional, y que iban a tener un rendimiento del I.P.C. más 4 puntos; les indicaron que en caso de que fallecieran, los aportes que hacían en Protección S.A. podían ser heredados a su esposas e hijos; les dijeron que tenían un portafolio amplio de inversión; explicó, que entre los años 1996 y 2012 nunca se acercó a las oficinas de Protección para averiguar sobre su futuro pensional; que personalmente, tiene ahorros voluntarios con dicho fondo desde el 2012, respecto de los cuales exigió hacerlos a término fijo para no tener riesgos en sus ahorros, porque en las inversiones que hacía el fondo siempre tenía pérdidas, así que comenzó a ahorrar voluntariamente pensando en su futuro. 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.

Por otra parte, se tiene que inicialmente no aceptó que en el año 2011, antes de cumplir sus 52 años de edad recibió una reasesoría por parte de Protección, y posteriormente, en el mismo interrogatorio se retractó diciendo que entre las 3:20 p. m. y 3:55 p. m. del 4 de marzo de dicho año, fue visitado por dos señoritas de Protección S.A. a la empresa donde trabajaba, a quienes según su dicho, no pudo atender porque estaba en horario pico y placa en sus servicios de operación, tenía que trabajar muy concentrado sin distracciones en sus labores, y ellas no le habían fijado una cita previa, pero que no firmó ningún documento en esa ocasión, ni ningún día anterior; no obstante, tales afirmaciones se desvirtúan con el formulario visible a f.º 33, 75 y 148 que el mismo demandante aportó con el libelo inicial, en el que consta que el 3 de marzo de 2011, dos días antes de cumplir 52 años de edad, recibió una reasesoría en la que se dejó constancia de que la misma fue realizada por invitación de una ejecutiva del fondo quien le indicó que no tiene un bono pensional emitido para esa data, que para el 30 de junio de 1992, tenía un salario inferior a \$685.000 y que luego de haberse realizado el cálculo respectivo en el simulador pensional ASPEN, el 24 de febrero de 2011 (f.º 76, 149), el fondo concluyó que **no** le convenía económicamente quedarse en Protección S.A., sin embargo, la decisión del afiliado fue quedarse en esa A.F.P..

Este documento fue firmado por el demandante con su número de identificación, no fue tachado de falso al tenor de lo dispuesto en los artículos 269 y siguientes del Código General del Proceso, ni se opuso a su incorporación como prueba en la audiencia del artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y mucho menos, se redactó hecho alguno de la demanda relacionado con el presunto desconocimiento de dicho escrito, que alegó en su interrogatorio de parte, sin tener ningún otro medio probatorio que

respalde su dicho; de manera que la Sala le otorga plena credibilidad probatoria al tenor de lo dispuesto en el artículo 246 del C.G.P..

Ahora, el testigo Arnulfo Rojas Patiño, compañero de trabajo del demandante desde el año 1994, cuando ingresó a trabajar en la empresa en donde prestaba servicios, Proeléctrica, confirmó que en el año 1996 llegaron a dicha planta, unas funcionarias de Protección ofreciendo afiliarlos a ese fondo, y que hablaron en una reunión grupal entre 15 o 20 personas, de los temas indicados por el demandante en su interrogatorio de parte, y que además, lo recalcan las asesoras en forma individual al momento de la firma, aunque aclaró que no estuvo presente cuando el demandante firmó el formulario respectivo; agregó, que ellas les indicaron que con Protección iban a tener una mejor rentabilidad, que como era un fondo individual, el dinero podría ser heredable, mientras que en el I.S.S. era un fondo colectivo.

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

Ahora bien, sobre las consideraciones expuestas en la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia,

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

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

Lo anterior por cuanto dichas obligaciones generales y especiales que establecen los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, a cargo de los fondos de pensiones, relativas al deber de información para con los afiliados, se suple con aquellas previsiones que se reitera, fueron aceptadas por el demandante, al momento de suscribir los formularios reseñados, donde se expresa que con su

suscripción se deja constancia de su voluntad libre, espontánea y sin presiones.

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

Tampoco se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en el demandante para su afiliación, por parte de la AFP 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 reasesorado, y estuvo de acuerdo con la información suministrada, por lo tanto, no había lugar a declarar ni la nulidad de la afiliación a la AFP Protección, ni la ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se acreditó que persona alguna hubiese atentado contra el derecho del trabajador a seleccionar el régimen pensional.

Por lo anterior, respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe señalar que no se encuentra consignada en una norma legal, porque se reitera las conductas referidas en el

artículo 271 de la Ley 100 de 1993 no se alegan en el presente caso, y en gracia de discusión, no le compete a la jurisdicción definir sobre su ocurrencia o no.

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

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada, esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como, por ejemplo, cuando falta la voluntad no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. 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 1996, en la medida en que las partes realizaron las actuaciones (sucesivamente) correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora Protección en los periodos en que el demandante se vinculó a ella.

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

Ahora, si en gracia de discusión, se analizara la causal de ineficacia del acto de traslado por incumplimiento al deber de información asignado a las administradoras de pensiones, que se reitera deviene de la jurisprudencia, se encuentra en el presente caso, que la carga de la prueba bajo la responsabilidad de los fondos fue cumplida en la medida en que es el mismo demandante quien en el interrogatorio de parte aceptó que se le entregó asesoría, y conforme se vio, pese a que se le informó en tiempo, que no le convenía continuar en el régimen de ahorro individual, optó por continuar el mismo.

Aunado a ello, la jurisprudencia de la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL19447-2017, SL1452, SL1688 y SL1689 últimas de 2019, entre otras), reitera que la suscripción del formulario a lo sumo acredita el consentimiento, y en este caso, se encuentra que el documento suscrito además de acreditar el consentimiento prueba la información entregada al demandante, lo cual se corrobora con la exposición realizada en el interrogatorio de parte que absolvió, con el que corrobora primero que se le informó las características del régimen de ahorro individual, las cuales era conocedor y que no le convenía continuar en el R.A.I.S., sin embargo el actor le restó importancia a ello, lo que a la postre lo llevó a continuar afiliado al régimen de ahorro individual.

En este punto, bueno es recordar que las reglas de la experiencia y la sana crítica indican que cuando se suscriben diferentes negocios

jurídicos, en virtud de la autonomía de la voluntad, no resulta razonable que alguno de los contratantes presten su consentimiento a compromisos y obligaciones que le ocasionen alguna clase de perjuicios, lo que de contera descarta, como ya se vio, que el demandante no hubiera recibido información sobre el régimen de ahorro individual, pues como es bien sabido, es deber de quien decide efectuar esta clase de actuaciones definir las condiciones y términos de los mismos, las ventajas y desventajas que traerán sus determinaciones, dado que el acto de la afiliación o no, depende de la persona natural y no del fondo.

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

En dicha sentencia, expuso la Corte lo siguiente:

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

a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, como el demandante se encuentra válidamente afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad,

se **REVOCARÁ** la sentencia impugnada y consultada, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra.

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

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

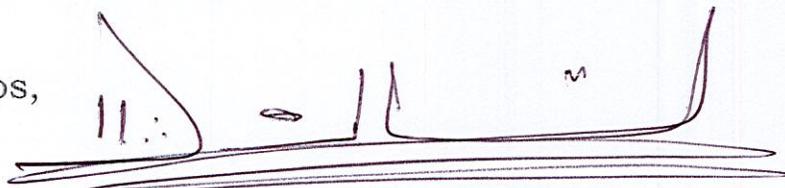
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y consultada, para en su lugar **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, y a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA**, de todas las pretensiones incoadas por **SADID JOSÉ ACOSTA TREJOS**, 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

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Plena del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y conmutada, por en su lugar ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, y a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECTOR SA, de todas las prestaciones indicadas por SAHID JOSÉ ALEJANDRO TELLO S.

SEGUNDO: En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Plena del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y conmutada, por en su lugar ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, y a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECTOR SA, de todas las prestaciones indicadas por SAHID JOSÉ ALEJANDRO TELLO S.

SEGUNDO: En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Plena del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y conmutada, por en su lugar ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, y a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECTOR SA, de todas las prestaciones indicadas por SAHID JOSÉ ALEJANDRO TELLO S.

SALVAMENTO DE VOTO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

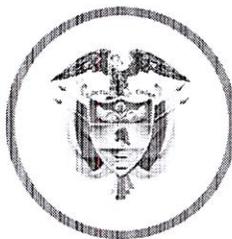
En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

En el presente asunto, ninguna evidencia se otorga al investigador de parte alguna por el demandante de conformidad con el artículo 194 del Código General del Proceso, dado que no se advierte del mismo que le hubiera mostrado el momento del estudio o con posterioridad, antes del vencimiento de los 30 días que por ley están permitidos para presentar escritos de las excepciones, condiciones, excepciones, errores y negativas de cada uno de los registros pensionales, en un lenguaje claro, simple y conciso. Se reitera que no existe libertad informada cuando se permite desconocer términos de los actos que puede sustraerse el cambio de régimen de allí, la gran importancia de la carga de la prueba en cabeza de la administración de pensiones, en demostrar que el cambio de régimen fue lo suficientemente informado.

Finalmente, manifestamos que la error señalado del sistema no se cometió, dado que el sistema electrónico de pago de pensiones opera de manera automática y no requiere de intervención humana para la generación de los pagos. Por lo tanto, el error no puede atribuirse a la administración de pensiones, sino a un error del sistema electrónico de pago de pensiones, el cual no puede ser imputado a la administración de pensiones, dado que el sistema opera de manera automática y no requiere de intervención humana para la generación de los pagos.

En consecuencia, se concluye que el error señalado del sistema no se cometió, dado que el sistema electrónico de pago de pensiones opera de manera automática y no requiere de intervención humana para la generación de los pagos. Por lo tanto, el error no puede atribuirse a la administración de pensiones, sino a un error del sistema electrónico de pago de pensiones, el cual no puede ser imputado a la administración de pensiones, dado que el sistema opera de manera automática y no requiere de intervención humana para la generación de los pagos.



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

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JORGE HUMBERTO LÓPEZ RIVERA** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y **PORVENIR S.A.**

EXP. 11001-31-05-005-2018-00523-01

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

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



Consejo Nacional de la Magistratura
Carrera 130 No. 100-100
Bogotá, D.C.

DAVID A. J. CORREA STEIN
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por JORGE
HUMBERTO LÓPEZ RIVERA en contra de ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y NORVIEH
S.A.

EXP. 11001-31-02-002-2018-00323-01

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

En el día de la fecha, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 239 del Código de Procedimiento Laboral, se ha celebrado una audiencia pública en el despacho de la Sala IV del Consejo Nacional de la Magistratura, a las 10:00 horas, para el señalamiento de la fecha de la audiencia de conciliación y de la audiencia de sentencia. En consecuencia, se ha acordado que la audiencia de conciliación se celebre el día 05 de octubre de 2020, a las 10:00 horas, en el despacho de la Sala IV del Consejo Nacional de la Magistratura, y que la audiencia de sentencia se celebre el día 12 de octubre de 2020, a las 10:00 horas, en el despacho de la Sala IV del Consejo Nacional de la Magistratura. En consecuencia, se ha acordado que la audiencia de conciliación se celebre el día 05 de octubre de 2020, a las 10:00 horas, en el despacho de la Sala IV del Consejo Nacional de la Magistratura, y que la audiencia de sentencia se celebre el día 12 de octubre de 2020, a las 10:00 horas, en el despacho de la Sala IV del Consejo Nacional de la Magistratura.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante que se declarara la nulidad y/o ineficacia del traslado del R.P.M. al R.A.I.S, y que para todos los efectos legales siempre ha permanecido afiliado al R.P.M. en cabeza de COLPENSIONES. Consecuencialmente, que se ordenara el traslado de sus aportes realizados en el R.A.I.S. al R.P.M.; que se condenara a COLPENSIONES a las demandadas a cancelar las costas procesales y agencias en derecho, y que se le reconociera los pagos distintos a los solicitados bajo el principio de ultra y extra petita.

Para el efecto, manifestó que nació el día 20 de diciembre de 1960; que estuvo afiliado al R.P.M desde el 1º de mayo de 1980 hasta el 28 de febrero de 1983, y del 11 de mayo de 1988 al 31 de mayo de 1999; que el día 1.º de junio de 1999 se trasladó al R.A.I.S.; que sumados los tiempos de cotización en ambos regímenes acredita un total de 1.648 semanas cotizadas; que la decisión de trasladarse al R.A.I.S. no fue informada, autónoma y consiente, debido a que PORVENIR S.A. no le brindó una información completa, integral y veraz sobre las consecuencias del traslado de régimen, y la forma como el mismo impactaría su mesada pensional, pese a que le correspondía documentar en forma clara y suficiente los efectos que acarrea el cambio de régimen so pena de nulidad; que el día 18 de julio de 2017, radicó derecho de petición ante PORVENIR S.A. mediante el cual solicitó una proyección del valor de la mesada pensional que le correspondería en el R.P.M. y en el R.A.I.S y copia del formulario de afiliación; que en la misma fecha radicó un derecho de petición para solicitar la nulidad o ineficacia del traslado del R.P.M. al R.A.I.S; que el 10 de agosto de 2017 PORVENIR S.A. realizó la proyección de su mesada pensional en el R.A.I.S. por \$1.183.000;

que el día 19 de julio de 2017, radicó derecho de petición en COLPENSIONES para solicitar la declaratoria de nulidad de traslado de régimen, y que el 17 de agosto de 2017 dicha administradora le informó que no era procedente anular su afiliación.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 1.º de febrero de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 44).

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 afecta los intereses de COLPENSIONES y la descapitalización del fondo, poniendo en riesgo las pensiones de aquellas personas que han cotizado al R.P.M. durante toda su vida laboral (f.º 49).

Propuso como excepciones la de inexistencia del derecho para regresar al R.P.M., prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, saneamiento de la nulidad alegada, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, y no configuración al derecho a la pensión de vejez. (f.º 54 - 57).

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., también se opuso a las pretensiones del actor, alegando en su favor que la información que se le suministró se encuentra acorde con las disposiciones legales. Manifestó que es claro que el demandante tomó una decisión informada y consciente respecto del traslado de régimen, señal de ello, es que suscribió el formulario de afiliación, y con su firma dejó

constancia expresa de su escogencia libre, espontánea, y sin presiones de trasladarse al R.A.I.S. (f.º 76 - 77).

Propuso las excepciones de mérito de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, y enriquecimiento sin causa (f.º 81 - 82).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia del 28 de enero de 2020, declaró la nulidad del traslado del R.P.M. al R.A.I.S.; ordenó a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos, intereses, bono pensional; a COLPENSIONES a recibir los aportes del demandante, procediendo a actualizar la historia laboral del actor, y condenó en costas a PORVENIR S.A.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES solicitó que se revocara la sentencia. Indicó, que el demandante no se encontraba afiliado a COLPENSIONES, sino a CAJANAL, por lo que la afiliación debe asumirla la U.G.P.P., teniendo en cuenta que lo que busca la nulidad es retrotraer las cosas a su estado inicial.

Señaló, que hubo negligencia por parte del demandante, teniendo en cuenta que le preocupó su futuro pensional solamente cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir con la edad de

pensión, por lo que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal del artículo 2.º de la Ley 797 de 2003.

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la decisión proferida, toda vez que consideró que no se logró probar la existencia de algún vicio del consentimiento, y no se aclaró si se trataba de una nulidad relativa o absoluta. Manifestó que no existen elementos para que exista una nulidad absoluta, teniendo en cuenta lo consagrado en el artículo 267 del Código General del Proceso.

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 20 de diciembre de 1960 (f.º 3); **ii)** que antes del 1.º de abril de 1994, ni después de esta fecha fue afiliado a COLPENSIONES (f.º 9); **iii)** que desde el 1.º de mayo de 1980 hasta el 28 de febrero de 1983, prestó servicios al Departamento del Huila en la Secretaría de Salud (f.º 4), y desde el 11 de mayo de 1988 prestó servicios a la DIAN, siendo afiliado de Cajanal (f.º 6 - 8); **iv)** que se afilió al Fondo Porvenir el 20 de abril de 1994 (f.º 85), y **v)** que antes del 1.º de abril de 1994 tenía 414.28 semanas de cotización al sector público, como se deduce del f.º 9.

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

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

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

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

En el presente proceso, se tiene que el demandante firmó inicialmente la solicitud de afiliación y traslado de régimen a PORVENIR S.A. (f.º 85). En el recuadro denominado ‘voluntad afiliado’ se encuentra el siguiente texto ‘preimpreso’, encima de su

firma como afiliado: «Hago constar que realizo de forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, así como la selección de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. para que sea la única que administre mis aportes pensionales. También declaro que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos.» (f.º 85).

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 legítima de adquirir el derecho a la pensión bajo las previsiones del sistema de prima media con prestación definida.

Y es que realmente surgen interrogantes como: ¿Qué tipo de efecto nocivo puede causarse al accionante, quien contaba con 33 años de edad para el 1.º de abril de 1994, data para la cual ni siquiera estaba afiliado a COLPENSIONES, a la que igualmente nunca se afilió, y tenía un total de 414.28 semanas en el sector público, en el que apenas se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?

Así las cosas, para el año de 1994, el demandante contaba con 33 años, es decir, según la norma que se encuentra vigente -Ley 797

de 2003- le faltaban aproximadamente 29 años para cumplir la edad de 62 años, lo cual se traduce en que no contaba con esa expectativa legítima de adquirir el derecho para que pudiera predicarse válidamente que su afiliación inicial a PORVENIR S.A. le cercenó ese derecho.

Por lo que se infiere, que con este acto se produjeron los efectos de traslado válido al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a PORVENIR S.A., fuera ineficaz o estuviera viciado de nulidad, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando en el interrogatorio de parte admitió que voluntariamente firmó el formulario de afiliación debido a que le convencieron los argumentos del asesor de PORVENIR S.A. Igualmente, debe tenerse en cuenta que el actor admitió no haberse preocupado jamás por su futuro pensional, y que solo hasta el momento en que se percató de que su mesada pensional sería inferior en el R.A.I.S acudió a PORVENIR S.A.; también, indicó el actor que por falta de tiempo no se acercó a COLPENSIONES para averiguar sobre su pensión, ni se preguntó que iba a suceder con CAJANAL, por ser la entidad a la que el cotizaba, y no al I.S.S.

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.

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 PORVENIR 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 el formulario, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad libre, espontánea y sin presiones.

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

vinculación al régimen de ahorro individual hubiese podido incurrir en error de hecho, al considerar que se encontraba celebrando un acto jurídico distinto, según lo previsto en el artículo 1510 *idem*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora, bueno es recordar que las reglas de la experiencia y la sana crítica indican que cuando se suscriben diferentes negocios

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

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

En dicha sentencia, expuso la Corte lo siguiente:

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

a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.

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

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

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

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

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

permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

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

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

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

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

Lo anterior, sin pasar por alto que en la actualidad existe un criterio jurisprudencial mayoritario no unificado en nuestro Órgano de Cierre en relación con la temática que hoy absorbe el conocimiento de esta Sala, por lo que se considera que 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 1º 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 sana cualquier nulidad que hubiese podido existir.

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

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

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

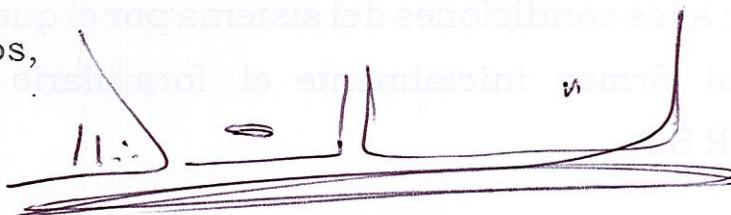
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 28 de enero de 2020, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

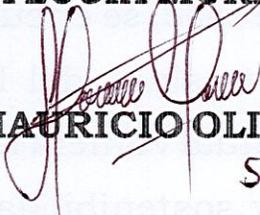


DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

J. 2018.00523-01



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

SALVO VOTO

SALVAMENTO DE VOTO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.

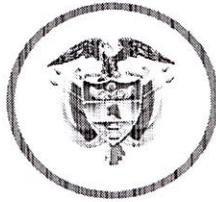

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

En el presente estudio, ninguna condición se cogió del interrogatorio de (para sueldo por el) demandante de conformidad con el artículo 197 del Código General del Proceso, dado que no se exhibió del mismo que lo hubiera durante el momento del traslado a una habitación, estas del momento de las 10 años que por los tests para trasladarse, según de las características, condiciones, acceso, servicios, electricos y otros de cada uno de los regimenes presentados, en un lenguaje claro, sencillo y comprensible. Se reitera que no existió libertad alguna cuando la persona demandada recibiera de los datos que puede ser el cambio de regimen de vida, la gran importancia de la vida de la persona en cada de la vida, después de haberse en demostrar que el cambio de regimen fue lo solicitado en el traslado.

En el presente estudio, ninguna condición se cogió del interrogatorio de (para sueldo por el) demandante de conformidad con el artículo 197 del Código General del Proceso, dado que no se exhibió del mismo que lo hubiera durante el momento del traslado a una habitación, estas del momento de las 10 años que por los tests para trasladarse, según de las características, condiciones, acceso, servicios, electricos y otros de cada uno de los regimenes presentados, en un lenguaje claro, sencillo y comprensible. Se reitera que no existió libertad alguna cuando la persona demandada recibiera de los datos que puede ser el cambio de regimen de vida, la gran importancia de la vida de la persona en cada de la vida, después de haberse en demostrar que el cambio de regimen fue lo solicitado en el traslado.

En el presente estudio, ninguna condición se cogió del interrogatorio de (para sueldo por el) demandante de conformidad con el artículo 197 del Código General del Proceso, dado que no se exhibió del mismo que lo hubiera durante el momento del traslado a una habitación, estas del momento de las 10 años que por los tests para trasladarse, según de las características, condiciones, acceso, servicios, electricos y otros de cada uno de los regimenes presentados, en un lenguaje claro, sencillo y comprensible. Se reitera que no existió libertad alguna cuando la persona demandada recibiera de los datos que puede ser el cambio de regimen de vida, la gran importancia de la vida de la persona en cada de la vida, después de haberse en demostrar que el cambio de regimen fue lo solicitado en el traslado.

En el presente estudio, ninguna condición se cogió del interrogatorio de (para sueldo por el) demandante de conformidad con el artículo 197 del Código General del Proceso, dado que no se exhibió del mismo que lo hubiera durante el momento del traslado a una habitación, estas del momento de las 10 años que por los tests para trasladarse, según de las características, condiciones, acceso, servicios, electricos y otros de cada uno de los regimenes presentados, en un lenguaje claro, sencillo y comprensible. Se reitera que no existió libertad alguna cuando la persona demandada recibiera de los datos que puede ser el cambio de regimen de vida, la gran importancia de la vida de la persona en cada de la vida, después de haberse en demostrar que el cambio de regimen fue lo solicitado en el traslado.



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

REFERENCIA: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 11001 31 05 **022 2018 00276 01**
DEMANDANTE: SOFIA MARGARITA MARTÍNEZ PIZARRO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES - COLPENSIONES Y OTROS

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

AUTO

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

CÚMPLASE

HERNAN 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 **SOFÍA MARGARITA MARTÍNEZ PIZARRO** en contra de **COLPENSIONES, y PORVENIR S.A.**

EXPEDIENTE n.º 11001 31 05 022 2018 00276 01

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

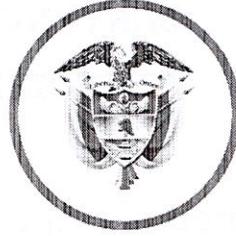
AUTO

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

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

CÚMPLASE

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado



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

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **SOFIA MARGARITA MARTÍNEZ PIZARRO** en contra de **COLPENSIONES, y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 022 2018 00276 01.

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 12 de febrero de 2020, por el Juzgado 22 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 efectuado a Porvenir S.A., por el incumplimiento a los deberes legales de información, por ende, se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida, en consecuencia, condenar a Porvenir S.A. para que traslade a Colpensiones, la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos, gastos de administración, y a esta última para que la afilie en pensiones (f.º 46).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 30 de julio de 1961; realizó aportes en el extinto I.S.S. desde el 1.º de marzo de 1982 hasta el 30 de septiembre de 1994, cuando completó 535 semanas de cotización; diligenció formulario de afiliación ante Porvenir S.A. en junio de dicho año, entidad que la persuadió para tal efecto, al indicarle que el sistema pensional estaba colapsado, que se podía pensionar en cualquier momento, sin importar la edad, y que su pensión podía ser heredada, pero sin indicarle la naturaleza y características del régimen de ahorro individual con solidaridad, ni que su pensión se financiaba con lo ahorrado en su cuenta individual.

Señaló, que tampoco se le explicó cuáles eran los requisitos para pensionarse en ese nuevo régimen, riesgos, consecuencias, ventajas, desventajas y mucho menos, que tal afiliación implicaba una disminución de más del 41% en su mesada pensional en comparación con la que otorgaría Colpensiones, ya que no le hizo comparativos pensionales, ni le informó la posibilidad de devolverse a Colpensiones o que la redención de su bono pensional sería a los 60 años de edad. En la actualidad, cuenta con más de 1300 semanas cotizadas; solicitó

la nulidad de la afiliación el 27 de diciembre de 2017 ante las demandadas, pero solo recibió una respuesta negativa por parte de Porvenir S.A., el 3 de enero de 2018 (f.º 46-48).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 20 de junio de 2018, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (f.º 64-66).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de 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, y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (f.º 69-90).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (f.º 118-127).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 67, vto).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 12 de febrero de 2020, declaró la nulidad del traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, el 14 de junio de 1994; en consecuencia, ordenó que Porvenir S.A.,

traslade a Colpensiones, los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, quien a su vez está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes respectivos en la historia pensional de la demandante; condenó en costas a Porvenir S.A. y declaró no probadas las excepciones propuestas (f.º 164-166).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., sostuvo que si le brindó una información a la demandante como a todos los afiliados al R.A.I.S., la cual se encuentra acorde con las disposiciones legales, y con la vigilancia y control que ejerce la Superintendencia Financiera; se debe tener en cuenta que el R.A.I.S., pone en manos del afiliado la decisión respecto de su futuro a través de la planeación y el ahorro, lo que implica mantener un nivel de cotizaciones constante, no solo en tiempo, sino en valor, así como el hecho de efectuar cotizaciones voluntarias al fondo, distinto a lo que ocurre en Colpensiones, lo cual resulta ser una de las grandes ventajas del R.A.I.S., dado que ello permite pensionarse de manera anticipada y un monto pensional previamente calculado.

Por razón sostuvo que, la demandante no le puede endilgar esa responsabilidad a Porvenir S.A., más cuando tomó la decisión en forma libre, espontánea y consciente, como lo admitió en el interrogatorio de parte, al indicar que tales aspectos los encontró convenientes para su futuro pensional acorde con sus necesidades; que fue publicado un aviso de prensa en el que se informó a los afiliados que podían trasladarse de fondo pensiona antes de que les faltaran 10 años para pensionarse; se debe tener en cuenta que el deber legal de información solo apareció con la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, por lo que la afiliada también tenía el deber

de mantenerse informada, y en caso de no haber estado conforme con la primera asesoría, debió solicitar una asesoría adicional a Porvenir SA.

Por su parte, **COLPENSIONES**, apeló con el argumento de que no se valoró en forma correcta el interrogatorio de parte de la demandante, en donde dijo que lo que la motivó a demandar fue conocer que su mesada pensionales se vería afectada, sin que la demandante conozca si la mesada que iría a recibir en el régimen de ahorro individual con solidaridad sería más alta que la que otorga esa entidad, por lo que considera que se profirió el fallo bajo supuestos y no sobre situaciones fácticas reales, pues la demandante no acreditó ninguna de las afirmaciones realizadas en la demanda, y mucho menos, hizo uso de su derecho a reintegrarse al régimen de prima media con prestación definida con base en el artículo 2.º de la Ley 797 de 2003.

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 30 de julio de 1961 (f.º 2, 132); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 1.º de marzo de 1982 hasta el 17 de junio de 1994, 542.29 semanas (f.º 3 y CD f.º 96); **iii)** que el 14 de junio de 1994 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Porvenir S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de julio de 1994 (f.º 4, 129, 130), donde

actualmente se encuentra vinculada, con un total de 1356 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º 7 a 12, 135 a 140 y la certificación de f.º 128.

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

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

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

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y

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

En el presente proceso, ello ocurre precisamente si se observa que en el recuadro denominado 'voluntad de afiliación' de la solicitud de afiliación n.º 134845 diligenciado el 14 de junio 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 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.º 4, 129).

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

Y es que realmente surgen interrogantes como: ¿Qué tipo de efecto nocivo puede causarse a la accionante quien contaba con 32 años de edad para el 1.º de abril de 1994, que para esa data tenía un

total de 531.28 semanas cotizadas (f.º 3, 142), y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?

Así las cosas, para el año de 1994, la demandante contaba con 32 años, es decir, según la norma que se encuentra vigente -Ley 797 de 2003- le faltaban aproximadamente 25 años para cumplir la edad de 57 años, lo cual se traduce en que no contaba con esa expectativa legítima de adquirir el derecho para que pudiera predicarse válidamente que su afiliación inicial a Porvenir S.A. le cercenó ese derecho.

Por lo que se infiere, que con este acto se produjeron los efectos de traslado válido al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a Porvenir 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., incluso la letra preimpresa, pues nadie la obligó o amenazó para hacerlo; también admitió que estuvo de acuerdo con la información grupal suministrada por el asesor de Porvenir S.A., en las instalaciones del Colegio en donde daba clases para esa época en la ciudad de Cartagena, Bolívar, mediante la cual les hizo saber que el I.S.S. estaba colapsado y que por esa razón iba a desaparecer, por lo que todos los del Colegio tomaron la decisión de trasladarse a Porvenir, y personalmente ella lo hizo días después de haber recibido la asesoría, debido a tantas quejas y reclamos que escuchó en esa data respecto del I.S.S. y además porque sus compañeras de trabajo también lo hicieron, así que aprovechó que el asesor regresó para

tomar la decisión de trasladarse de régimen; señaló que le indicaron que se podía trasladar a otro fondo en cualquier momento, y en la demanda afirmó que Porvenir le informó que se podía pensionar sin importar la edad, y que su pensión podía ser heredada, no obstante, consideró que la información suministrada por Porvenir S.A. no fue suficiente.

Agregó la absolvente en la mencionada diligencia, que nunca solicitó una asesoría personalizada ante Porvenir S.A., acerca de su situación pensional, solo hasta hace 3 años, cuando supo el monto que le fue asignado como pensión a una compañera suya de trabajo, que fue del salario mínimo, así que la principal motivación para presentar la demanda, es el monto de la pensión; no obstante, al ser preguntada acerca de si sabe cuál va a ser la cuantía de su pensión, argumentó que esa información no la ha recibido por parte de las demandadas, solo que tomó el básico que devengaba su amiga que devenga lo mismo que ella y por esa razón concluyó que debía presentar la demanda, con base en un bosquejo que le hicieron sus abogados. 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 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 *idem*.

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

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

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

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

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

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

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes desde el año 1994, en la medida en que las partes realizaron

las actuaciones (sucesivamente) correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora en los periodos en que la demandante se vinculó a ella, con la advertencia que entre marzo de 2006 y mayo de 2008 la demandante cotizó como independiente ante Porvenir S.A., y sin que se puedan pasar por alto tres cosas:

i) En agosto de 2017 la demandante consignó aportes en forma retroactiva, para ser contabilizados en los periodos de junio de 2008 a abril de 2013 (f.º 137-139), *ii)* el 12 de julio de 2005 solicitó ante la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A., con el fin de ser afiliada en el fondo de pensiones voluntarias de dicha administradora, para hacer aportaciones ocasionales de \$2.500.000 a partir de agosto siguiente siendo distribuidos en un 50% para los portafolios 'Horizonte y Plus', y solicitando el traslado desde Protección, y *iii)* se dejó constancia de una entrevista que tuvo la demandante durante 2 horas con el asesor y el director de Horizonte, con el fin de determinar que su perfil de riesgo era 'cauteloso', para 'complementar la pensión mandatoria', esperando que su capacidad de ahorro aumente un poco, y aceptando la posibilidad de las variaciones negativas de sus inversiones, siempre que sea durante periodos cortos (f.º 131-134).

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.

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

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

traslado sin respetar los términos señalados en las normas vulnera los principios de equidad y sostenibilidad financiera.

En dicha sentencia, expuso la Corte lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional^[30], y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha

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

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

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

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

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

Así las cosas, si en gracia de discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido el 14 de junio de 1994, el mismo tuvo que ser advertido en esa oportunidad, ante la información brindada, por lo que, indefectiblemente, partir de esa fecha, debía contarse el plazo de 4 años con el que contaba la afiliada para pedir la rescisión del acto jurídico de traslado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, y como no lo hizo, ese hecho debe tenerse como una ratificación tácita del acto, con lo que se sana cualquier nulidad que hubiese podido existir.

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

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

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

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

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

RESUELVE:

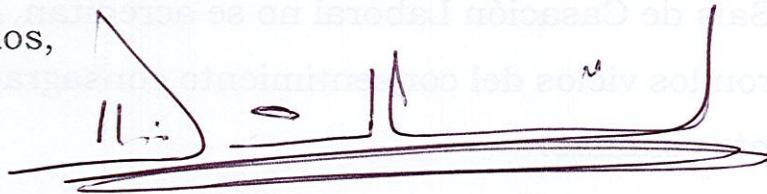
PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y consultada, para en su lugar **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, de todas las pretensiones incoadas por **SOFÍA**

MARGARITA MARTÍNEZ PIZARRO, 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

(Con impedimento aceptado)
HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA