



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **RUBEN DARÍO SOLER LINARES** contra **SOCIEDAD SIMAP LIMITADA** y **MAURICIO ACOSTA GALVIS**

EXP. 11001-31-05-034-2018-00442-01.

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 26 de septiembre de 2019, por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declarara que entre él y los demandados, la empresa SIMAP LIMITADA y el señor MAURICIO ACOSTA GALVIS, existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 8 de diciembre de 2013 y el 16 de febrero de 2017, y que como consecuencia, se les condenara en forma mancomunada y solidaria, al pago del auxilio de cesantía y los intereses por el tiempo corrido entre el 1.º de enero de 2016 al 16 de febrero de 2017; la indemnización por mora en el pago del reajuste a las prestaciones sociales desde el 17 de febrero de 2017, hasta cuando se cancele el reajuste; las vacaciones del 8 de diciembre de 2015 al 16 de febrero de 2017; reajuste primas de servicio del 8 de diciembre de 2013 al 31 de diciembre de 2016; la prima de servicio del 1.º de enero de 2017 al 16 de febrero de 2017; la sanción por la no consignación de las cesantías de los años 2013 a 2015, de conformidad con la suma de dinero que realmente ganaba cada año y las costas.

Soportó sus pretensiones, en que laboró para los demandados mediante contrato de trabajo verbal entre el 8 de diciembre de 2013 y el 16 de febrero de 2017; que el salario mensual que devengó durante 2017, fue de \$1.850.000 básicos, más promedio de horas extras para un total de \$1.927.700; que fue despedido sin justa causa; que el cargo desempeñado fue el de técnico electromecánico, con horario de 8 a. m. a 5 y 30 p.m. de lunes a viernes, y que le deben la liquidación de prestaciones sociales del tiempo laborado entre el 1.º de enero de 2016 y el 16 de febrero de 2017 (f.º 27-29).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 26 de octubre de 2018, ordenándose su notificación y traslado a los demandados (f.º 32).

Los demandados, **RUBEN DARÍO SOLER LINARES** y **SIMAP LTDA**, se allanaron a la pretensión declarativa, esto es, que entre la empresa demandada y el demandado, y el actor, existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 8 de diciembre de 2013 hasta el 16 de febrero de 2017. De otro lado, se opusieron a las pretensiones de condena, debido a que las prestaciones solicitadas por el actor, fueron oportunamente consignadas mediante título de depósito judicial A 6537719 del Banco Agrario de Colombia, de fecha de 8 de junio de 2017, pero que el demandante se negó a recibirlas.

Formularon las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe de los demandados, pago, cobro de lo no debido y prescripción (f.º 42 - 43).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 26 de septiembre de 2019, el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., absolvió a los demandados de todas y cada una de las pretensiones de la demanda propuestas en su contra por **RUBÉN DARÍO SOLER LINARES**, sin imponer condena en costas procesales.

El Juzgado encontró que no había controversia sobre los extremos del contrato de trabajo y el salario devengado por el demandante, y por tanto, dio por demostrado la existencia del contrato de trabajo entre el 8 de diciembre de 2013 y el 16 de febrero de 2017, devengando el actor la suma mensual de \$1.850.000 como último salario.

Sobre las horas extras, el juzgado anotó que quien afirma debe probar, y en ese orden, no estaban acreditadas su número y que la ley le prohibía hacer cálculos o suposiciones sobre su cantidad, lo que también ha dicho la Corte Suprema de Justicia en varias sentencias, pues las planillas de pago de folios 6 a 18 no arrojan

elementos certeros para imponer una condena.

Respecto a la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., manifestó que como igualmente lo ha dicho la Corte, su imposición no es automática, ya que debe examinarse si el empleador actuó de buena fe. Que en este caso, si bien hubo una mora de cuatro meses, la empresa actuó de buena fe, ya que el representante legal de la demandada, cuando absolvió el interrogatorio; expresó, que la empresa había hecho esfuerzos grandes para pagar los salarios a sus trabajadores desde agosto hasta febrero, ya que los contratos que tenía le fueron terminados por la impuntualidad del demandante, y además, tuvo hacer un préstamo personal para pagarle al demandante su liquidación, por lo que fue la difícil situación económica de la empresa la que le impidió cumplir puntualmente con sus obligaciones laborales, pero que pagó finalmente.

En relación con la indemnización por despido, no se pronunció expresamente sobre esta pretensión en la parte motiva.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante, alegó que si bien el juzgado argumentó que existía buena fe de los demandados, por encontrarse en una situación económica precaria, y dijo antes que quien afirma debe probar, no existió soporte bancario en donde se demostrara que la parte pasiva se encontraba con algún problema, alguna crisis económica, como tampoco ninguna prueba de que le cancelaran los contratos, sino que simplemente bastó con la afirmación del empleador, pues no existió ninguna liquidación de la empresa o algún soporte de que la empresa se encontrara en una crisis precaria, y que el actor varias veces requirió al empleador, tuvo que interponer acción de tutela, derecho de petición, citarlo ante el Ministerio der Trabajo para solicitar el pago de su liquidación, por lo que no se puede afirmar que los demandados estaban revestidos de buena fe.

Respecto a la indemnización por despido, en ninguna parte de la liquidación está la totalidad del pago de la indemnización, sino que tan solo reza de un pago por valor de un millón y algo más, y si dentro de la contestación de la demanda se está afirmando que el vínculo empezó en el año 2013 hasta el año 2017 o 2018, dicho valor no correspondería al valor del pago de la indemnización.

En cuanto a las horas extras, en efecto se aportaron pero no se detalló efectivamente, pero están allí y el salario ellos los demandados lo confesaron de todos modos, dentro de la liquidación que aportaron.

V. CONSIDERACIONES

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

Por haber sido admitida desde la contestación a la demanda por los demandados la pretensión declarativa (f.º 38), no hay duda de que las partes estuvieron vinculadas mediante un contrato de trabajo entre el 8 de diciembre de 2013 y el 16 de febrero de 2017, y que el último salario mensual del demandante fue de \$1.850.000.

Sobre las horas extras, con la demanda se acompañaron unas planillas de pago (f.º 6 a 18), que demuestran que el demandante laboró algunas horas extras, pero no se puede deducir de allí cuántas fueron diurnas y cuántas nocturnas, por lo que no puede cuantificarse su monto. Como lo dijo la Corte Suprema en las sentencias citadas por el juzgado, la prueba por este concepto debe

ser de una definitiva claridad y precisión, ya que al juzgador no le es posible hacer cálculos o suposiciones sobre ellas. En consecuencia, se confirmará lo decidido por el juzgado.

Frente a la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., el contrato de trabajo terminó el 16 de febrero de 2017, y la sociedad demandada consignó el 8 de junio de 2017, en el Banco Agrario la liquidación final del demandante, es decir, que tardó 113 días en cancelarla. El artículo 65, dice que si a la terminación del contrato de trabajo, el empleador no paga los salarios y prestaciones debidos, debe pagar al trabajador que devengue más del salario mínimo legal mensual vigente, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro meses (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor, y después de ese tiempo, es decir, a partir del mes veinticinco (25) pagará intereses moratorios a la tasa máxima de crédito de libre asignación certificada por la Superintendencia Bancaria hasta cuando el pago se verifique.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido reiteradamente que antes de su imposición, el juez debe verificar si el empleador moroso actuó de buena fe.

En este asunto, no encuentra la Sala elementos de buena fe en la empleadora para el pago tardío de la liquidación final del demandante mediante el pago por consignación, ya que las dificultades económicas aludidas en el interrogatorio de parte por el representante legal de la demandada, y el demandado, como persona natural, no aparecen acreditadas ni corroboradas en el proceso, tanto así, que en el certificado de existencia y representación de la sociedad demandada aportada por el demandante, y expedido el 14 de julio de 2017, por la Cámara de Comercio de Bogotá, no aparece que estuviera en estado de liquidación (f.º 2 a 3). Y en el que se aportó con la contestación de la demanda, expedido el 20 de febrero de 2019, aparece que la sociedad se halla disuelta por vencimiento del término

de duración; y en consecuencia, se encuentra en estado de liquidación a partir del 25 de julio de 2018 (f.º 69 a 70), lo que indica que la sociedad se disolvió por una situación normal como es el vencimiento de su término de duración. Así como tampoco, la sociedad demandada hizo manifestación alguna en tal sentido, en lo referente al pago por consignación.

Por lo tanto, la Sala revocará lo que decidió el juez, y en su lugar, condenará a los demandados al pago de la suma de seis millones novecientos sesenta y ocho mil doscientos cincuenta y ocho pesos (\$6.968.258), por la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., por el tiempo comprendido entre el 16 de febrero de 2016 y el 8 de junio de 2017.

En cuanto a la indemnización por despido, si bien el juzgado nada dijo sobre ella en la parte motiva, pero absolvió a los demandados de todas las pretensiones de la demanda, la Sala se pronunciará sobre la misma.

Desde la contestación a la demanda se admitió que el actor había sido despedido, y que el monto de la indemnización había sido consignado judicialmente, lo que efectivamente se demuestra con las diligencias de pago por consignación (f.º 45 a 48).

Sin embargo, observa la Sala que el valor consignado por este concepto fue la suma de \$1.850.000, que equivalen a 30 días de salario. El artículo 64 del CST establece que cuando el trabajador que devengue un salario inferior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales tuviere más de un año de servicio continuo, se le pagarán 30 días de salario por el primer año y 20 días de salario por cada uno de los años de servicios subsiguientes al primero, y proporcionalmente por fracción.

En ese orden, por indemnización por despido al actor le corresponden 73 días de salario por indemnización por despido, por lo que el monto que debió recibir el demandante fue la suma de cuatro millones quinientos unos mil seiscientos dieciocho pesos (\$4.501.618). Y como le consignaron un millón ochocientos cincuenta mil pesos (\$1.850.000) por este concepto, la diferencia a su favor es de dos millones seiscientos cincuenta y un mil seiscientos dieciocho pesos (\$2.651.618), cantidad por la que se condenará a los demandados, revocándose así la absolución que dispuso el juzgado.

No hay lugar a condena en costas en ninguna de las instancias, por cuanto no aparecen comprobadas su 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 PARCIALMENTE la sentencia proferida el 26 de septiembre de 2019, por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en cuanto absolvió a la sociedad **SIMAP LTDA** y a **MAURICIO ACOSTA GALVIS** de las pretensiones relativas a la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. e indemnización por despido injusto, para en su lugar **CONDENAR A LOS DEMANDADOS** a pagar al demandante **RUBÉN DARÍO SOLER LINARES** las siguientes sumas y conceptos:

a.- **SEIS MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS (\$6.968.258)**, por indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., por el tiempo comprendido entre el 16 de febrero de 2017 y el 8 de junio de 2017.

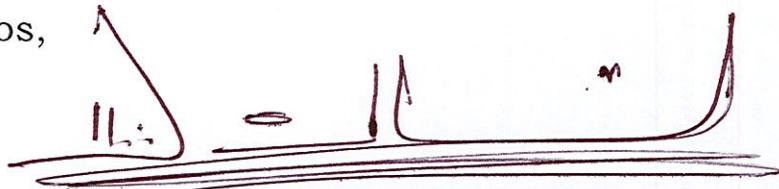
b.- DOS MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL SEISCIENTOS DIECIOCHO PESOS (\$2.651.618), por concepto de diferencia de la indemnización por despido injusto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

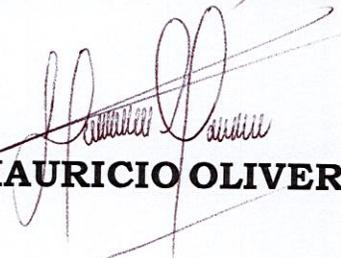
Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

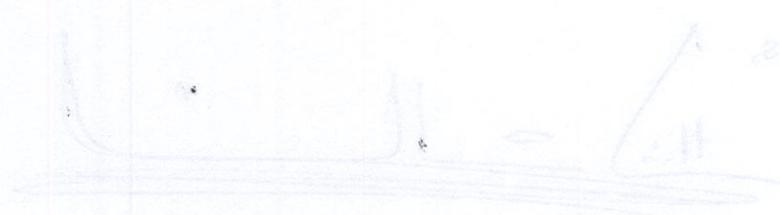
ORD. 1.020.201.00.001.1

LA PRESENTE RESOLUCION SE EMITE EN VIRTUD DE LAS FACULTADES CONFERIDAS EN LA LEY 17.334 DEL 19 DE ABRIL DE 1968, EN SU ARTICULO 10, Y EN VIRTUD DE LAS FACULTADES CONFERIDAS EN LA LEY 17.334 DEL 19 DE ABRIL DE 1968, EN SU ARTICULO 10, Y EN VIRTUD DE LAS FACULTADES CONFERIDAS EN LA LEY 17.334 DEL 19 DE ABRIL DE 1968, EN SU ARTICULO 10.

DEBERA ENTREGARSE EN LOS TERMINOS DE LA LEY 17.334 DEL 19 DE ABRIL DE 1968, EN SU ARTICULO 10.

FECHADO: Sin costas en esta instancia ante su no oposición.

NOTIFICARSE Y CUMPLIRSE.

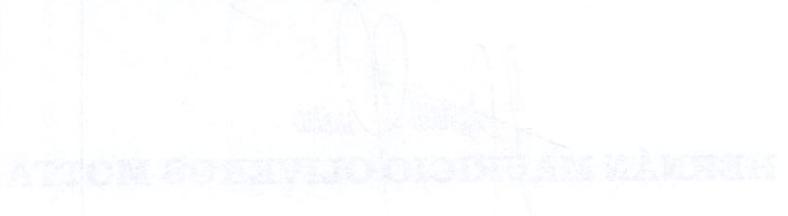


Los Magistrados

DAVID A. J. CORREAS TORRES



ARCELIA LUCIA MORALES VAZQUEZ



HERNÁN MUÑOZ OLIVEROS MOTTA



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

DR. DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **LILIANA JIMENA RIVEROS TÉLLEZ** en contra de **COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 035 2018 00495 01.

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

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados **ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**, **HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA** y **DAVID A. J. CORREA STEER**, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver 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 6 de febrero de 2020, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declarara la nulidad del traslado efectuado el 9 de marzo de 1999 al fondo Porvenir S.A., porque en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como desventajas de uno y otro sistema de pensiones, y en especial, de su situación concreta; como consecuencia, que por los mismos motivos se declarara la nulidad del traslado que hizo el 29 de mayo de 2003 al Fondo Privado de Pensiones Santander S.A.; y como consecuencia de dichas nulidades, que se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a COLPENSIONES tenerla en el R.P.M. como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático, y se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 15 de diciembre de 1960, y cumplió los 57 años de edad el 15 de diciembre de 2017; que el 9 de marzo de 1999, se trasladó del I.S.S. a PORVENIR S.A. sin que el asesor comercial le brindara información completa y oportuna sobre las consecuencias de su traslado, sino que únicamente se le ilustró sobre las ventajas que obtendría al cambiarse de régimen pensional, tal como se verifica en la declaración extra juicio que rindió el 31 de julio de 2018; que las señoras Yaneth Alicia Urrea Uyaban, Luisa Rocío Reyes Pacheco y Susana Hernández Cortés, señalaron que los asesores de Porvenir le prometieron condiciones y beneficios superiores en el RAIS que en el RPM, según las declaraciones extra juicio rendidas el 31 de julio de 2018, y 1.º de agosto de 2018; que se trasladó de Porvenir al Fondo Santander el 29 de mayo de 2003; que la A.F.P. Protección le hizo una proyección de su mesada pensional al cumplimiento de los 57 años, arrojando una mesada de \$1.025.667, y que le hizo otra sin volver a cotizar en la misma fecha, arrojando una mesada de \$1.011.498; que al realizar una simulación pensional en el R.P.M., su mesada sería de \$4.400.739, que es muy superior a las anteriores; que el día 2 de marzo de 2015, radicó ante

Colpensiones formulario de afiliación, que le fue negada, y que reclamó administrativamente el 11 de mayo de 2018.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 1.° de octubre de 2018, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (f.° 70)

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. En su defensa, propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, saneamiento de la nulidad alegada, no configuración del pago de intereses moratorios, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, y no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni de indemnización moratoria (f.° 80-90).

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., también se opuso a las pretensiones de la actora. Manifestó, que el contrato de afiliación celebrado con la demandante es plenamente válido y produjo efectos jurídicos, puesto que en el mismo confluyeron todos los elementos para su existencia y validez, en especial la manifestación de su voluntad, al tiempo que no existió un vicio del consentimiento de la demandante ni se le ocultó información antes del momento de la firma, ni al momento de afiliarse al fondo, ya que no hubo engaño por parte de los asesores en el momento de suscripción del formulario de afiliación (f.° 100 - 101).

Formulo las excepciones de mérito de validez de la afiliación a Protección, buena fe, inexistencia del vicio del consentimiento por error de derecho, y prescripción (f.° 103 - 104).

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., igualmente se opuso a lo pretendido por la demandante. Alegó en su favor, que la afiliación de la demandante tiene plena validez, toda vez que no se configuró vicio de consentimiento alguno, por cuanto la actora de forma autónoma y mediando un consentimiento exento de vicios (error, fuerza o dolo) suscribió el formulario en el cual se hace expresa mención sobre las circunstancias de haber firmado este documento de forma libre y voluntaria, con conocimiento real acerca del acto jurídico que realizaba, y sin presión por parte de ningún asesor (f.º140).

Formuló las excepciones de mérito de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (f.º 144).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 6 de febrero de 2020, DECLARÓ nulo el traslado efectuado por la demandante al R.A.I.S con PORVENIR S.A., y como consecuencia de ello, ORDENÓ a A.F.P. PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes efectuados por la demandante, junto con sus rendimientos, debiendo en todo caso asumir con su propio patrimonio, la disminución en el capital de la financiación de la pensión o por los gastos de administración; CONDENÓ a COLPENSIONES a volver a afiliarse a la demandante al R.P.M., y recibir todos los aportes que esta hubiese efectuado a PROTECCIÓN S.A., y CONDENÓ en costas a la demandada PORVENIR S.A., y señaló como agencias en derecho a su cargo la suma de \$1.000.000.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES solicitó que se revocara la totalidad de la sentencia, debido a que la demandante es una persona profesional que conoce el camino de la tributación, sabe como funciona el sistema financiero, y hace auditorías a personas naturales y jurídicas; además de que no ha sido solidaria con el sistema pensional y ahora pretende la descapitalización del régimen de prima media, cuando tuvo más de 20 años de satisfacción en el R.A.I.S.

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., también apeló contra la orden de trasladar los aportes sin el descuento de los gastos de administración, y de seguro, asumiéndose un detrimento que debe ser sufragado contra su patrimonio, porque esos gastos están contemplados como descuentos obligatorios en uno y otro régimen, y tienen como destinación la conservación y gestión del monto ahorrado por el trabajador, resultando claro que los rendimientos de los ahorros individuales en las cuentas de los fondos pensionales son superiores a la reserva de capitalización para las pensiones de vejez, invalidez y muerte del I.S.S. Adicionalmente, dice que de no accederse a esa revocatoria, se modifique la sentencia para que se ordene a PORVENIR S.A. que asuma los costos de administración que le corresponden porque esos gastos no los recibió Protección, sino que fueron gastos de administración y de aseguramiento que apropió PORVENIR S.A., para la gestión de dichos recursos y esos descuentos fueron girados a aseguradoras del sistema general de pensiones, de suerte que no fueron recibidos por un tercero y Protección no los ha recibido ni lucrado de ellos, ni los ha retenido.

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., apeló para que se revoque la condena en costas, toda vez que no se logró demostrar

dentro del proceso la falta de diligencia del fondo en la suministración de información, además, de que en la parte motiva no se explica exactamente a que se debe el valor condenado en las agencias en derecho por \$1.000.000.

V. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 15 de diciembre de 1960, según lo afirmó en la demanda y aparece en la historia laboral de cotizaciones (f.º 3 y 43); **ii)** cotizó al extinto I.S.S. 27,57 semanas desde el 5 de septiembre de 1983 hasta el 15 de marzo de 1984, y 32 semanas entre el 11 de abril de 1989 y el 20 de noviembre de 1989, volviendo a cotizar nuevamente desde el 24 de noviembre de 1994 (f.º 43 a 44); **iii)** el 9 de marzo de 1999, se trasladó al R.A.I.S. administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A. (f.º 195), a la que ha cotizado desde el 26 de diciembre de 2000 (f.º 13) y el 29 de mayo de 2003 se trasladó al Fondo de Pensiones y Cesantía Santander (f.º 14), cotizando al R.A.I.S. un total de 942,86 semanas hasta el 23 de agosto de 2017, cuando se expidió la información de su historia laboral por Protección, teniendo hasta esa fecha un total de semanas cotizadas de 1163,15 (f.º 45 a 51).

El traslado de régimen por vinculación a una A.F.P., es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento

exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

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

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

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

En el presente proceso, se tiene que el demandante firmó inicialmente la solicitud de afiliación y traslado de régimen a Porvenir (f.° 13). En el recuadro denominado ‘voluntad 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 S.A., para que sea la única que administre mis aportes pensionales. También declaro que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos”. En términos similares aparece la manifestación de voluntad libre y espontánea de selección en el recuadro ‘voluntad de la afiliación’ del formulario del Fondo de Pensiones y Cesantías Santander (f.º 14).

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

Y es que realmente surgen interrogantes como: ¿Qué tipo de efecto nocivo puede causarse a la accionante quien contaba con 33 años de edad para el 1.º de abril de 1994, que para esa data tenía un total de 59,57 semanas cotizadas, y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?

Así las cosas, para el año de 1994, como ya se dijo, la demandante contaba con 33 años, es decir, según la norma que se encuentra vigente -Ley 797 de 2003- le faltaban aproximadamente 24

años para cumplir la edad de 57 años, lo cual se traduce en que no contaba con esa expectativa legítima de adquirir el derecho para que pudiera predicarse válidamente que su afiliación inicial a 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 posteriormente cambió de administradora de pensiones en el mismo RAIS, sistema en el que ha pernoctado por más de 20 años.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

También, en el análisis del presente caso, es relevante tener en cuenta que 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 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; aquí, como se ha dicho, 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 9 de marzo de 1999, el mismo tuvo que ser advertido en esa oportunidad, ante la información brindada, por lo que, indefectiblemente, partir de esa fecha, debía contarse el plazo de 4 años con el que contaba 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. y después a PROTECCIÓN S.A.

En conclusión, se tiene el pleno convencimiento para la mayoría de esta Sala de decisión, que al no aplicar la jurisprudencia constitucional al presente caso, se encuentra que declarar la nulidad o ineficacia del acto de traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual vulnera los principios constitucionales de equidad, solidaridad y sostenibilidad financiera del Régimen de pensiones, al tener en cuenta que los criterios jurisprudenciales para declarar la ineficacia del traslado señalados por la Corte Suprema de

Justicia Sala de Casación Laboral no se acreditan, además de que no se prueban los vicios del consentimiento consagrados en las normas legales antes citadas.

En consecuencia, hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 6 de febrero de 2020 por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y en su lugar, **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, de las pretensiones formuladas en su contra por la señora **LILIANA JIMENA RIVEROS TELLEZ**, resultado que hace innecesario el estudio de las excepciones propuestas por las demandadas.

SEGUNDO: Costas de la primera instancia a cargo de la demandante y como agencias en derecho a su cargo se impone la suma de \$350.000. No hay lugar a 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 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada y, permite realizar una nueva en forma libre y espontánea.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

En el presente asunto, ninguna contestación se cargo del investigador de parte recibida por el demandante de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, dado que no se advierte del mismo que se hubieran fijado el momento del traslado o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 días por los cuales para trasladarse, según de las características contempladas, como, sumas, costas y gastos de cada uno de los regimenes penales, en un lenguaje claro, simple y comprensible. Se reitera que no existe el estado intermedio cuando la persona desconoce realmente de los efectos que pueda ocasionar el cambio de regimen de allí la gran importancia de la carga de la prueba en cabeza de la administración de prisiones, en demostrar el cumplimiento de regimen que le subsecuentemente le otorga.

En consecuencia, se declara que la demanda es improcedente y se declara la inexistencia de la obligación de la administración de prisiones de otorgar el cumplimiento de regimen de libertad condicional a favor de la demandante. Se declara la inexistencia de la obligación de la administración de prisiones de otorgar el cumplimiento de regimen de libertad condicional a favor de la demandante. Se declara la inexistencia de la obligación de la administración de prisiones de otorgar el cumplimiento de regimen de libertad condicional a favor de la demandante.

En consecuencia, se declara que la demanda es improcedente y se declara la inexistencia de la obligación de la administración de prisiones de otorgar el cumplimiento de regimen de libertad condicional a favor de la demandante. Se declara la inexistencia de la obligación de la administración de prisiones de otorgar el cumplimiento de regimen de libertad condicional a favor de la demandante.



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

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **BLANCA ISABEL MIRA RIVAS** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A.**, y **PORVENIR S.A.**

EXP. 11001-31-05-035-2018-00506-01

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 5 de junio de 2020, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante que se declarara la nulidad del traslado de régimen al R.A.I.S, efectuado en PROTECCIÓN S.A., y en PORVENIR S.A., por el incumplimiento de los deberes legales de información y deber de asesoría de las A.F.P, y que se encuentra válidamente afiliada al R.P.M. administrado por COLPENSIONES. Consecuencialmente, que se condenara a PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A. a registrar en el sistema de información que la afiliación al R.A.I.S. estuvo viciada de nulidad por error de hecho, por incumplimiento de los deberes legales de información; a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos e intereses a que haya lugar; a COLPENSIONES a activar su afiliación en pensión, y a actualizar en su historia laboral las cotizaciones efectuadas en el R.A.I.S., y a las demandadas sobre los demás derechos que resulten probados conforme a las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas y agencias en derecho que se causaran con ocasión de este proceso.

Para el efecto, manifestó que nació el 18 de septiembre de 1960; que empezó a cotizar para su pensión como funcionaria pública a través del Instituto Nacional de Transporte y Transito INTRA al I.S.S., desde el 8 de septiembre de 1980 hasta el 13 de enero de 1988; que cotizó al I.S.S. a través de la Sociedad de Cobertura LTDA, desde el 28 de diciembre de 1987 hasta el 9 de agosto de 1991; que cotizó a la Caja de Previsión Social Distrital como funcionaria pública a través de la Secretaría de Salud de Bogotá, desde el 13 de enero de 1992 hasta el 31 de agosto de 1995, y que para esa fecha había cotizado 748 semanas al R.P.M.; que en septiembre de 1995, se afilió a PROTECCIÓN S.A., y que dicha A.F.P. no le informó sobre las

implicaciones, ventajas y desventajas de trasladarse de régimen pensional, ni sobre el capital que debía acumular para lograr una pensión de vejez en el R.A.I.S., y que el 1.º de abril de 1999, se trasladó a PORVENIR S.A., pero que dicha A.F.P. no le brindó asesoría profesional, completa y comprensible sobre las diferentes alternativas para la elección de su régimen pensional.

Señaló, que el 9 de junio de 2017, solicitó ante PORVENIR S.A. que anulara su afiliación; que el 15 de noviembre de 2017, radicó en PORVENIR S.A. la misma petición, y que el 12 de junio de 2017, agotó la reclamación administrativa en COLPENSIONES, con el fin de que la entidad activara su afiliación en el R.P.M. No obstante, PORVENIR S.A. rechazó la solicitud y COLPENSIONES no la ha contestado aún.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 5 de octubre de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 93).

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Manifestó, que la actora no cumple con los requisitos de tener régimen de transición y derechos adquiridos, estar a punto de pensionarse, y de que el traslado de régimen le resulte gravosamente perjudicial; que no hay prueba que demuestre de que efectivamente se le hubiese hecho incurrir en error por parte de las A.F.P., y que el traslado efectuado por la actora se realizó con su consentimiento libre y espontáneo, por lo que no se evidencia nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte suya (f.º 106).

Propuso como excepciones la de inexistencia del derecho para regresar al R.P.M., prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, y no procedencia al pago en costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público (f.º 109 - 111).

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PROTECCIÓN S.A. también se opuso a las pretensiones de la demanda, alegando en su favor que no existe prueba de carácter objetivo que demuestre que la A.F.P. omitió brindar información relevante a la actora, o que la indujo a error, ni mucho menos que vició su consentimiento, y que la petición de la demandante se basa en manifestaciones infundadas encaminadas a procurarle un medio para devolverse a COLPENSIONES, ante la imposibilidad legal de hacerlo en estos momentos (f.º 130 - 132).

Invocó las excepciones de fondo de inexistencia de la nulidad alegada por no haber un vicio en el consentimiento, saneamiento por ratificación de la nulidad alegada y prescripción (f.º 134 - 136).

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., se opuso a las pretensiones de la demandante. Expresó, que no existe una prueba de carácter objetivo que se demuestre que se omitió brindar información relevante a la actora, o que la indujo en error, ni mucho menos que vició su consentimiento; que el traslado de régimen tiene plena validez, en tanto el mismo contó con su aprobación libre y voluntaria, y que la Corte Constitucional ha ratificado que los únicos afiliados que pueden devolverse al R.P.M., sin perder régimen de transición, son aquellos que a 1.º de abril de 1994, tuvieran 15 años o más cotizados al sistema, pero que la señora Mira Rivas no cumple con dicho requisito (f.º 167 - 168).

Propuso como excepciones la de inexistencia de la causal de nulidad por no haber vicio en el consentimiento al momento de afiliarse a PORVENIR S.A., prescripción, inexistencia de la obligación, buena fe, e imposibilidad de condena en costas (f.º 172 - 174).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 5 de junio de 2020, declaró la nulidad de traslado efectuado por la demandante al R.A.I.S.; ordenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los traslados efectuados junto con sus rendimientos; condenó a COLPENSIONES a volver a afiliarse a la actora al R.P.M., y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a PORVENIR S.A., y condenó en costas a PROTECCIÓN S.A.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES solicitó que se revocara la sentencia en su totalidad. Expresó que el juez hizo una interpretación errónea, e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, toda vez que no exigió al demandante aportar soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio en su consentimiento en error, fuerza o dolo al momento de afiliarse al R.A.I.S. Asimismo, dejó de lado el deber del afiliado teniendo en cuenta que la demandante no cumplió con lo establecido en el artículo 4.º del Decreto 2241 de 2010, en donde se establecen los deberes de los afiliados que pertenecen al Sistema General de Pensiones.

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PROTECCIÓN S.A., interpuso recurso de apelación sobre la condena de gastos de administración. Alegó,

que la administradora se encargó de producir un incremento en los rendimientos del capital de la afiliada que no hubiese obtenido en el R.P.M.; soportó su inconformidad, en que lo que hubo fue un desconocimiento de la ley en atención a que la administradora actuó con acatamiento de la ley que estaba vigente en el momento de la afiliación de la actora, y que la actora actuó con negligencia puesto que no puso la atención y el cuidado que medianamente se deben poner en cualquier tipo de negocio.

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., manifestó, que la voluntad de la actora de pertenecer al R.A.I.S se materializa en los actos de razonamiento que tuvo con la administradora y con el régimen, como lo son la suscripción del formulario de afiliación, realizar cotizaciones, y trasladarse de régimen. Adicionalmente, señaló que en virtud del principio de igualdad, los afiliados también tienen la obligación de informarse, por lo que como todo consumidor financiero, la actora debió actuar con mayor diligencia. Sobre los gastos de administración; expresó, que los mismos tienen por mandato legal una destinación específica, que en este caso, cumplió su cometido en el periodo en el cual la demandante ha mantenido su vinculación al R.A.I.S., de tal forma que dichas sumas ya fueron invertidas en las formas exigidas por la ley.

V. CONSIDERACIONES

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

reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 18 de septiembre de 1960, hecho pacíficamente aceptado por las partes procesales (f.º 22); **ii)** que como el 13 de enero de 1992 ingresó a prestar servicios en el Distrito Capital de Bogotá, laborando hasta el 31 de agosto de 1995, el nuevo sistema pensional de la Ley 100 de 1993, entró a regir para estos servidores a más tardar el 30 de junio de 1995, de conformidad con el artículo 151 de la Ley 100 de 1993, por lo que el tiempo de servicios hasta esta fecha es de 1237 días, equivalentes a 176,71 semanas; **iii)** que estuvo afiliada al I.S.S. entre el 28 de diciembre de 1987 y el 9 de agosto de 1991, para un total de 188.71 semanas cotizadas (f.º 23); **iv)** que prestó servicios al Ministerio de Transporte entre el 1.º de septiembre de 1980 y el 13 de enero de 1988 (f.º 24), para un total de 2652 días, equivalentes a 378,85 semanas; **v)** que hasta el 30 de junio de 1995, entre tiempos públicos y privados, cotizó un total de 744,28 semanas; **vi)** que a 30 de junio de 1995, contaba con 34 años cumplidos de edad, y **vii)** que en septiembre de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A., y posteriormente a PORVENIR S.A. el 26 de febrero de 1999, conforme al formulario de afiliación y traslado a esta última, allegado al proceso (f.º 49).

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, aún cuando el formulario de traslado diligenciado en septiembre de 1995 ante PROTECCIÓN S.A., no fue anexado por ninguna de las partes, no se puede pasar por alto que la demandante se cambió a PORVENIR S.A., y aquí se da cuenta de esa primera afiliación, lo que igualmente se admite en la demanda. Ahora, en la afiliación a PORVENIR, en el recuadro denominado ‘voluntad afiliado’, de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de cesantías y/o pensiones obligatorias n.º 01147682, 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 elección 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 49).

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

Y es que realmente surgen interrogantes como: ¿Qué tipo de efecto nocivo puede causarse a la accionante quien contaba con 34 años de edad para el 1º de abril de 1994, que para esa data tenía un total de 744,28 semanas cotizadas, y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión? Inclusive, si como se observa en la historia laboral reseñada, la demandante comenzó a cotizar el 1.º de septiembre de 1980, es fácil colegir que a 30 de junio de 1995, no tenía 15 años de servicios o de cotización.

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

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

las reglas de la sana crítica (artículos 51, 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social); sin embargo, con base en ello, en este caso en específico, se reitera, no se acreditó.

De manera que, no es de recibo para la Sala mayoritaria, el hecho de que la actora consideró que PROTECCIÓN S.A 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 PROTECCIÓN 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 a PROTECCIÓN S.A. y 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.

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.

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

Así las cosas, si en gracia de discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido el 1 de septiembre de 1995, el mismo tuvo que ser advertido en esa oportunidad, por lo que, indefectiblemente, partir de esa fecha, debía contarse el plazo de 4 años con el que contaba la afiliada para pedir la rescisión del acto jurídico de traslado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, y como no lo hizo, ese hecho debe tenerse como una ratificación tácita del acto, con lo que se 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 PROTECCIÓN 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:

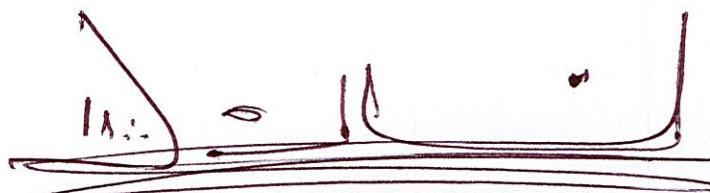
PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 5 de junio de 2020, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión, y en su lugar, **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE**

PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PROTECCIÓN S.A., Y a LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. de todas las pretensiones incoadas por **BLANCA ISABEL MIRA RIVAS**, 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

Rad. 110013105 035 2018 00506 01

SALVAMENTO DE VOTO

Demandante: Blanca Isabel Mira

Demandado: Colpensiones y otros

Radicado: 110013105 035 2018 00506 01

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 **a la 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 el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Igualmente, no se cumplió con uno de los requisitos esenciales previsto en nuestro ordenamiento jurídico para la validez del acto de traslado, como lo es la firma del formulario de afiliación al régimen de ahorro individual. En efecto, la falta de acreditación del formulario impide verificar si el mismo fue suscrito, por lo que se incumple el deber legal dispuesto en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que dispone que la selección de régimen pensional es libre y voluntaria por parte del afiliado, *“quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.”*. Paralelamente, el artículo 14 del Decreto 692 de 1994, modificado por el artículo 1° del Decreto 1161 de 1994; y luego el artículo 46 del Decreto 326 de 1996 que derogó el anterior, vigente para la época en que el demandante se trasladó de régimen, señala que *“El ingreso de un afiliado cotizante tendrá efectos para la entidad administradora, desde el día en el cual ésta reciba el correspondiente formulario...”*. Posteriormente, el artículo 41 del Decreto 1406 de 1999 que derogó el Decreto 326 de 1996, dispuso frente a la efectividad de afiliación que: *“Efectividad de la afiliación. El ingreso de un aportante o de un afiliado, tendrá efectos para la entidad administradora que haga parte del Sistema desde el día siguiente a aquél en el cual se inicie la relación laboral, siempre que se entregue a esta, debidamente diligenciado, el formulario de afiliación. Mientras no se entregue el formulario a la administradora, el empleador asumirá los riesgos correspondientes”*.

Asimismo, y de manera más clara el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, al regular la obligatoriedad del “*DILIGENCIAMIENTO DE LA SELECCION Y VINCULACION*” señala que la ausencia de tal condición, conlleva a no considerar “*válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.*” Por tal motivo, al amparo de lo anteriores preceptos legales no es posible tener como válido y eficaz el formulario, pues, se insiste carece de la rúbrica de la persona y por ende de la prueba de la intención de traslado.

En otro giro, conviene recordar 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

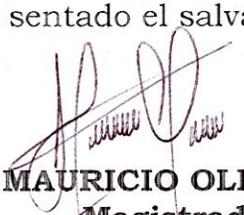
deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

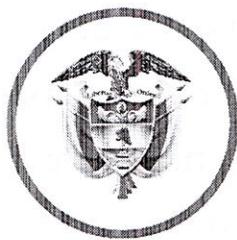
En el presente asunto, ninguna confesión se colige del interrogatorio de parte surtido por la demandante de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, dado que no se advierte del mismo que le hubieren ilustrado al momento del traslado o con posterioridad, antes del vencimiento de 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, pues la demandada ni si quiera probó la suscripción del formulario de afiliación, y lo dicho en el interrogatorio de parte no resulta suficiente, como las proyecciones que alude se efectuaron, dado que ni siquiera señalan cuál sería el monto pensional 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

150

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **LUZ MARINA RIVERO ROJAS** en contra de **COLPENSIONES**, y **PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 035 2018 00613 01.

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida el 20 de noviembre de 2019, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad del traslado efectuado a Porvenir S.A. el 18 de mayo de 2000, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de uno y otro sistema

de pensiones, y en especial, de su situación personal y concreta; en consecuencia se deben retrotraer las cosas a su estado anterior, por ende, Colpensiones debe tenerla como afiliada en el régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiera trasladado, en virtud del regreso automático (f.º 3).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 4 de octubre de 1961; realizó aportes en Cajanal, y luego se trasladó a Porvenir S.A., el 18 de mayo de 2000, sin que se le hubiera brindado información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas otorgadas en ambos regímenes, solo se le ilustró sobre las ventajas de cambiarse de régimen; el 24 de noviembre de 2017 Porvenir S.A., le efectuó una simulación pensional dentro de su plan de vida sin volver a cotizar, lo que le arrojó como mesada pensional la suma de \$2.307.700 para el año 2018, y cotizando siempre, la mesada sería de \$2.360.600, mientras que en el Colpensiones, recibiría \$9.422.733, liquidándola con Ley 797 de 2003; sostiene que en la actualidad cuenta con 1585 semanas cotizadas entre el 9 de febrero de 1984 y el 30 de octubre de 2017; solicitó la nulidad del traslado el 20 de junio de 2018 ante Colpensiones, sin que hubiera respondido (f.º 3, 4).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 2 de noviembre de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 39).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de inexistencia del derecho reclamado, buena fe y prescripción (f.º 42-44).

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 71-78).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 40, vto).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 20 de noviembre de 2019, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra, e impuso costas a la demandante (f.º 112, 122, 123).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandante, apeló con el argumento de que si bien trabaja en el Ministerio de Relaciones Exteriores, y representa a Colombia en el exterior, ello ocurre desde el año 2012, y no desde el 2002, cuando ocurrió su afiliación a Porvenir S.A., cuando tenía el cargo de secretaria en la cancillería, con funciones específicas que nada tienen que ver con pensiones, por ende no tiene conocimiento alguno en esa área como para definir cuál de los dos regímenes pensionales era el que más le convenía para dicha época; de manera que, era el asesor correspondiente, quien debía explicarle sin importar su formación profesional, los pormenores de cada régimen, aunado a que nunca se le realizó una proyección de su mesada pensional en uno y otro sistema. Agregó, que en la actualidad se le está ofreciendo una pensión casi 5 veces menor a la que pudo haber obtenido en Colpensiones, sin que sea acorde con el reflejo de toda su vida laboral,

por lo que aquí no se acreditó cuál fue la información que recibió en su momento por parte del asesor, conforme el desarrollo jurisprudencial actual efectuado por la Corte Suprema de Justicia.

V. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 4 de octubre de 1961 (f.º 10); **ii)** prestó servicios en el sector público desde el 9 de febrero de 1984 hasta el 7 de febrero de 1988, y del 30 de enero de 1991 al 30 de mayo de 2000, tiempos todos estos cotizados ante CAJANAL E.I.C.E. (f.º 27, 28); **iii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 20 de febrero de 1991 y el 14 de diciembre de 1992, 74.29 semanas (f.º 22); **iv)** el 18 de mayo de 2000, 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 2000 (f.º 12, 81, 85), donde actualmente se encuentra vinculada con un total de 1670 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º 23 a 26, 85 a 94, 98 a 101 y la certificación de f.º 80.

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

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

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

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

En el presente proceso, ello ocurre precisamente si se observa que en el recuadro denominado 'voluntad de afiliación' de la solicitud de vinculación n.º 1373684 diligenciado el 18 de mayo de 2000, se encuentra el siguiente texto 'preimpreso', encima de su firma como trabajadora: «Hago constar que **realizo en forma libre, espontánea y sin presiones** la escogencia del régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de mi decisión. Así mismo he

seleccionado a Porvenir S.A., para que sea la única que administre mis aportes pensionales. También declaro que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos. Igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud» (f.º 12, 81).

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 377.71 semanas cotizadas entre el I.S.S. y Cajanal (f.º 10, 28, 97 vto), 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

53

de 57 años, lo cual se traduce en que no contaba con esa expectativa legítima de adquirir el derecho para que pudiera predicarse válidamente que su afiliación inicial a Porvenir S.A. le cercenó ese derecho.

Por lo que se infiere, que con este acto se produjeron los efectos de traslado válido al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a Porvenir S.A., fuera ineficaz o estuviera viciado de nulidad como lo afirmó la parte demandante, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando la suscripción del mencionado formulario no fue objeto de reproche de su parte; por el contrario, en su interrogatorio de parte, admitió que impuso su firma de manera libre y voluntaria, sin presiones, después de haber leído parcialmente el formulario radicado ante Porvenir S.A., pues nadie la obligó a hacerlo; también admitió tanto en la declaración extra juicio de f.º 35 como en su interrogatorio de parte, que en la actualidad tiene la calidad de diplomática, lo que se constata con la hoja de vida publicada en la página web oficial de la Función Pública¹, donde consta que cuenta con una Maestría en Análisis de Problemas Políticos, Económicos e Internacionales, y que desde junio de 2019 funge como Embajadora Extraordinaria y Plenipotenciaria de Colombia en Honduras², y con el certificado de información laboral visible a f.º 28, se verifica que ingresó a la carrera diplomática el 30 de enero de 1991 y que para el 12 de diciembre de 2017 era Ministra Plenipotenciaria.

Adujo la absolvente, que en el año 2000 mientras laboraba en el Ministerio de Relaciones Exteriores, había mucho movimiento y comentarios acerca de que habían personas de la entidad que se cambiaban de régimen pensional, debido a que iban muchos asesores

¹ <https://www.funcionpublica.gov.co/web/sigep/hdv/-/directorio/M75694-0002-4/view>

² <https://honduras.embajada.gov.co/acerca/embajador>

de Porvenir S.A., a las instalaciones del Ministerio, entonces Isaac Caldas, asesor de Porvenir, les brindó dos charlas informales a un grupo de personas en la cafetería de la Asociación Diplomática de la cual ella era parte, para informar los beneficios del fondo privado, así que ella decidió acercarse para participar de esas reuniones para escuchar lo que el asesor decía, es decir, que CAJANAL se iba a acabar, que se podían pensionar más jóvenes sin necesidad de esperar hasta la edad exigida legalmente, que si necesitaba ese dinero que cotizaba podía acceder a él en cualquier momento, lo que le pareció interesante y posteriormente luego de estar revisando las noticias por varios días, decidió firmar el formulario de afiliación en las instalaciones de la cancillería en la Dirección y Coordinación de América Latina, cuando se lo llevó el asesor a su oficina, dado que le preocupaba el hecho de que CAJANAL se iba a acabar, así que le pareció una incertidumbre ese aspecto, mientras que los beneficios que le ofrecieron de Porvenir, le parecieron muy buenos, así que pensó que dicha Administradora de Pensiones era muy confiable para asegurar su dinero para su vejez, y poder contar con los recursos para que le devolvieran en un momento lo que iba aportando en toda su vida laboral, factor principal por el cual decidió trasladarse de régimen.

Señaló la demandante, que para el año 2000 conocía de la existencia del I.S.S., pero para salud y no tenía vínculo alguno ni le movía algún interés de pertenecer a esa entidad, ya que solo sabía que el único fondo de pensiones que existía para esa época era CAJANAL, al ser la entidad para la cual le hacían los descuentos en nómina, último aspecto que dicho sea de paso, se desvirtúa con la relación de semanas cotizadas en Colpensiones que obra a f.º 22; continuó la absolvente diciendo que tuvo la oportunidad de hacerle preguntas al asesor, pero no las hizo porque confió en lo que él le informó; que nunca se acercó a Porvenir pedir información acerca de

154

su futuro pensional, sino hasta el año 2014, cuando se enteró del monto que iría a recibir como mesada pensional, a pesar de tener \$310.000.000 en su cuenta, por eso tomó la decisión de trasladarse a Colpensiones, porque los \$2.000.000 que le indicaron que recibiría como mesada, no se compadecía con lo que venía devengando como funcionaria del Estado.

Admitió además, que siempre le llegaron los extractos por parte de Porvenir, y entendía parcialmente la información allí plasmada en la que alguna vez observó movimientos de rendimientos negativos sobre sus aportes; sin embargo, a pesar de que vio una especie de alarma para pensar que no iban bien las cosas, no lo consideró importante; señaló, que tuvo conocimiento de todo lo que decían en las noticias televisivas y radiales acerca de los fondos, y que no quiso regresarse al régimen de prima media con prestación definida antes de cumplir los 47 años de edad, porque aún tenía esperanza en Porvenir, frente a los beneficios que le dijeron y que además salían en muchos medios de comunicación; adujo, que le indicaron además que en el régimen de prima media son todos los que aportan en un fondo. 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, que por demás desvirtúan lo indicado por Leopoldo Alfredo Charry Solano en la declaración extra juicio visible a f.º 36, en relación con el presunto acoso sistemático del que supuestamente fue objeto la demandante, por parte de José Isaac Caldas como funcionario asesor de Porvenir S.A., dado que ella misma admitió que se acercó voluntariamente a escuchar las charlas que él estaba dando a otro grupo de personas, de ahí que se descarta la declaración de Charry, como medio probatorio dentro del presente proceso.

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.

(58)

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 A.F.P. 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.

156

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 2000, 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, si en gracia de discusión, se analizara la causal de ineficacia del acto de traslado por incumplimiento al deber de información asignado a las administradoras de pensiones, que se reitera deviene de la jurisprudencia, se encuentra en el presente caso, que la carga de la prueba bajo la responsabilidad de los fondos fue cumplida en la medida en que es la misma demandante quien en el interrogatorio de parte aceptó que se le entregó asesoría.

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

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

Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, que impone la carga de la prueba sobre la información otorgada a la vinculada al fondo de pensiones, ya que es el propio dicho de la demandante el que corrobora que se le informó de las características del régimen de ahorro individual y del régimen de prima media, máxime cuando de f.º 82 a 84 obran los formularios que suscribió para efectos de vincularse en el fondo de pensiones voluntarias el 2 de abril de 2008, cuando ya fungía como Ministra Plenipotenciaria, para hacer aportes mensuales de \$1.200.000 para ser distribuidos como inversión de alta liquidez en un 100%.

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

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

También, en el análisis del presente caso, es relevante tener en cuenta que la demandante es una persona que se encuentra ad portas de exigir el derecho a la pensión, y respecto a esta situación, la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C-1024-2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2.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 18 de mayo de 2000, el mismo tuvo que ser advertido en esa oportunidad, ante la información brindada, por lo que, indefectiblemente, partir de esa fecha, debía contarse el plazo de 4 años con el que contaba 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, hay lugar a **confirmar** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

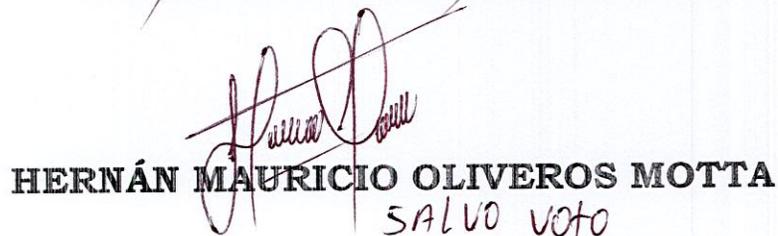
Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
SALVO VOTO

del Superior Tribunal de Justicia en nombre de la República de Colombia.

RESUMEN:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

NOTIFICACIONES Y CUMPLAS



DAVID A. J. CORREA STEINER

SALVAMENTO DE VOTO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

En el presente asunto, ninguna contestación solicitó el demandante por el demandado de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, dado que no se presentó el mismo que lo hubiera afectado al momento del traslado o con posterioridad, antes de vencimiento de los 10 días que por ley toca para trasladar, contestar o las contestaciones y réplicas sucesivas, según se menciona en cada uno de los registros y diligencias en un lenguaje claro, simple y comprensible, de manera que no exista ninguna duda cuando la persona responsable del traslado de los autos que se produce el cambio de registro, de allí, la gran importancia de la carga de la prueba en estos de la administración de registros, en demérito de lo que se alega en el presente por el demandante.

En consecuencia, se declara que la demanda es improcedente por no haberse cumplido con los requisitos de la ley, por lo que se declara su inadmisión. En consecuencia, se declara que la demanda es improcedente por no haberse cumplido con los requisitos de la ley, por lo que se declara su inadmisión. En consecuencia, se declara que la demanda es improcedente por no haberse cumplido con los requisitos de la ley, por lo que se declara su inadmisión.



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **GABRIEL ANTONIO TORRES VÁSQUEZ** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.**

EXP. 11001 – 31- 05 – 035 - 2019 00175 - 01

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

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 19 de mayo de 2020, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se ordenara a la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES**, antiguo I.S.S., a pagar el incremento pensional del 14% de que trata el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, a favor de su esposa la señora **MARÍA TERESA ROMERO CAICEDO**, desde el momento en que se pensionó. Consecuencialmente, que se condenara a **COLPENSIONES** al pago de la indexación que se genere por el incremento pensional hasta la fecha en que se haga efectivo el pago, y al pago de las costas y expensas que se generen en el proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que el extinto I.S.S., le reconoció la pensión de vejez mediante la Resolución n.º 046502 de fecha de 28 de septiembre de 2009; que se pensionó bajo el régimen de transición conforme al artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990; que actualmente vive con su esposa la señora María Teresa Romero Caicedo, quien no labora y depende económicamente de él; que el día 6 de febrero de 2019 radicó derecho de petición ante COLPENSIONES para solicitar el reconocimiento de incremento pensional a favor de su esposa, de acuerdo a lo establecido en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990; que el día 8 de febrero de 2019 la entidad le negó el derecho, y que para el 1 de abril de 1994 se encontraba vinculado al extinto I.S.S. y tenía más de 45 años.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 5 de abril de 2019, ordenándose su notificación y traslado a la demandada, y a la Agencia Nacional de

Defensa Jurídica del Estado conforme al artículo 612 del Código General del Proceso (Archivo n.º 123).

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. En su defensa, alegó que el demandante no acredita la totalidad de los requisitos exigidos en la ley, en especial demostrar la dependencia económica de su compañera permanente. También, señaló que el demandante elevó reclamación administrativa el 8 de febrero de 2019 por lo que aplica la excepción de prescripción total teniendo en cuenta que superó el trienio previsto en la norma para realizar la reclamación, y que mediante Auto 320 de 23 de mayo de 2018, la Corte Constitucional declaró la nulidad de la sentencia SU 310 de 2017, la cual era el fundamento para señalar que los incrementos no prescribían, razón por la cual lo que se encuentra vigente es la posición de la Corte Suprema de Justicia, que ha señalado que los incrementos están sujetos a prescripción por no ser parte integral de la pensión (Archivo n.º 43 - 44).

Propuso como excepciones la de carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de intereses moratorios e indexación, y compensación (Archivo n.º 55 - 59).

inexistencia del derecho y de la obligación, prescripción, caducidad, no configuración del derecho al pago de indexación, cobro de lo no debido, buena fe, e inexistencia del derecho y de la obligación. (f.º 55 - 56).

LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, fue notificada, pero guardó silencio.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia proferida el 19 de mayo de 2020, absolvió a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra por el actor; declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, y no condenó en costas.

Sobre la vigencia de los incrementos pensionales indicó que en sentencia SU – 140 de 2019 la Corte Constitucional, concluyó que los incrementos previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fueron orgánicamente derogados a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, y que dicha derogatoria se confirmó con la consagración de un régimen de transición diseñado para proteger las expectativas legítimas respecto del derecho a la pensión, pero que no se extendió a los derechos extra pensionales de dicha pensión, como lo son estos incrementos, en aras de garantizar el principio de sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia. Manifestó que el actor si cumplía los requisitos para el incremento pensional, más aún cuando obtuvo su pensión bajo el régimen de transición; que si bien la sentencia SU – 140 de 2019 corta el derecho de su mandante, lo cierto es que hay un salvamento de voto que indica que dicha situación es injusta, y que en el proceso se logró demostrar que su cónyuge no es pensionada, y depende económica de el.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará si los incrementos pensionales previstos en el artículo 21 del Acuerdo n.º 049 de 1990, conservan su vigencia en el nuevo sistema pensional; en tal caso, si el actor reúne los presupuestos de la norma para disponer su pago y si operó o no el fenómeno jurídico de la prescripción.

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

Revisados los requisitos para el reconocimiento y pago del incremento pensional por cónyuge a cargo, si bien habría lugar al reconocimiento de los incrementos pensionales regulados por el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, porque se encuentran vigentes para quienes como el demandante, son pensionados por vejez en virtud del régimen de transición que remite al citado acuerdo, como consta en la Resolución n.º 046502 de 2009 (f.º 9), aunado a que se acreditó la calidad de cónyuge del demandante, la señora María Teresa Romero Caicedo, con quien contrajo matrimonio el 8 de octubre de 1984 (f.º 14), y la dependencia económica total de esta, respecto del señor Gabriel Antonio Torres Vásquez, con la declaración del testigo María Freiller Monsalve Fandiño, material probatorio con el que al tenor de lo dispuesto en el artículo 61 del Código Procesal

del Trabajo y de la Seguridad Social, se concluye que se encuentran reunidos los requisitos legales para el reconocimiento de tales incrementos, máxime cuando la demandada no acreditó que la cónyuge del demandante reciba pensión alguna.

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

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

Así las cosas, ante tal escenario, la Sala mayoritaria acude en su integridad a la postura de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que contrario a lo argumentado por la Corte Constitucional, ha sostenido de manera pacífica e inveterada que los citados incrementos pensionales conservan su vigencia aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, pero además, que están sujetos al fenómeno de la prescripción, puesto que no hacen parte del

derecho a la pensión, en tanto constituyen un aspecto económico que sirve para aumentar el monto de la misma y que tal incremento debe entenderse exigible desde el momento en que se produjo el reconocimiento pensional, (artículos 22 del Acuerdo 049 de 1990, 31 Ley 100 de 1993, CSJ SL1975 y SL1749 ambas de 2018, SL13007-2017, SL, 10 ago. 2010 rad. 36345, SL, 27 jun. 2005 rad. 21517).

De manera que, al haber transcurrido más de 3 años desde la exigibilidad del derecho a incrementar la pensión, con la notificación de la resolución n.º 046502 de 2009, que reconoció la pensión de vejez al demandante (f.º 9), sin que se hubiese interrumpido el término prescriptivo dentro de los 3 años siguientes, pues los reclamó el 6 de febrero de 2019 (f.º 12), es claro que los incrementos por cónyuge a cargo aquí reclamados, se encuentran afectados por el fenómeno prescriptivo.

En consecuencia, se **confirmará** la sentencia apelada.

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,

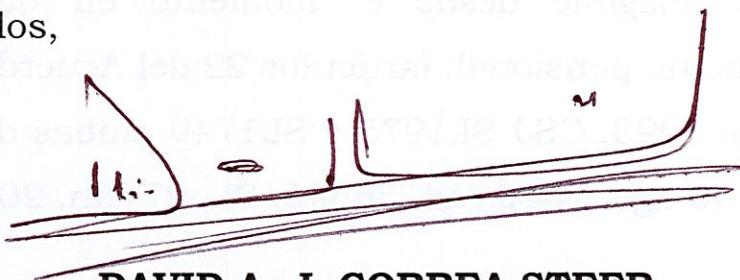
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de mayo de 2020, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado.

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

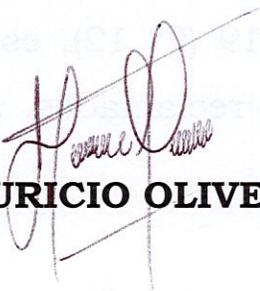
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER

Sup. So. Surco apuella
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
abstención de voto.



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

20

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: GABRIEL ANTONIO TORRES VASQUEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES

RADICACIÓN: 11001 31 05 035 2019 00175 01

MAGISTRADO PONENTE: DAVID A. J. CORREA STEER.

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

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

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

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

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


ANGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **CARLOS EDUARDO TIBAVISCO DELGADO** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES S.A. y PORVENIR S.A.**

EXP. 110013105-037-2018-00621-01.

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 37 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

Pretendió el demandante, que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir S.A., y que actualmente se encuentra efectivamente afiliado a Colpensiones S.A.; que se ordenara a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones los aportes, rendimientos y semanas cotizadas, como si nunca se hubiese surtido el traslado al R.A.I.S., y que se ordenara a Colpensiones S.A. aceptar el traslado.

Para el efecto, manifestó que nació el 14 de octubre de 1958; que cotizó en el extinto I.S.S., hoy Colpensiones S.A. desde el 23 de agosto de 1979 hasta el 31 de mayo de 2005; que en el mes de junio de 2005, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, Fondo Porvenir S.A., sin haber obtenido la información completa por parte del asesor en la reunión grupal que tuvo en su lugar de trabajo, ya que solo les indicaron que el I.S.S. se iba a acabar, que la pensión en dicho fondo iba a ser más favorable que en cualquier otra parte y que el fondo privado generaba mejores rendimientos para la pensión; aunado a ello, señala que ha seguido cotizando en Porvenir S.A. hasta el momento de la radicación de la presente demanda.

Señala que, el día 16 de agosto de 2018, reclamó administrativamente a Colpensiones y a Porvenir S.A., pero las peticiones fueron negadas (f.º 4-5).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 9 de noviembre de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.º 61).

COLPENSIONES S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentó que la demandante se encuentra válidamente afiliada a la A.F.P. Porvenir S.A., y no se probó error, fuerza o dolo en la afiliación a la administradora privada, razón por la cual no procede la declaratoria de nulidad, puesto que al ser taxativas las causales de nulidad, es necesario probarlas en el proceso.

En su defensa, propuso como excepciones la de prescripción, error sobre un punto de derecho, no vicia el consentimiento, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, la innominada o genérica y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (f.º 67 - 77).

PORVENIR S.A., también se opuso a las pretensiones de la actora, alegando en su favor que la información suministrada a la demandante fue acorde con las disposiciones legales, y que su decisión de trasladarse de régimen pensional fue libre, espontánea y sin presiones, teniendo en cuenta que en el formulario de afiliación que suscribió, manifestó tener pleno conocimiento del proceso de vinculación.

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 y la innominada o genérica. (f.º 96 - 102).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 18 de noviembre de 2019, declaró la ineficacia del traslado del demandante al R.A.I.S., que en su caso administra Porvenir S.A.,

para tenerlo como válidamente afiliado a Colpensiones; condenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor con sus correspondientes bonos pensionales y rendimientos financieros; ordenó a Colpensiones 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.

Para fundamentar su decisión, se refirió a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 1452 y SL 1688, ambas de 2019, donde se ha hecho especial énfasis en la obligación que tienen las A.F.P. respecto del deber de información al afiliado, para que con esto, pueda tomar una decisión de afiliación libre y voluntaria, para la cual se requiere un conocimiento pleno de las consecuencias que conlleva la toma de esta decisión; sumado a ello, y de conformidad con el Código Civil, son las A.F.P. quienes tienen la carga de demostrar que actuaron con la debida diligencia, es decir, en este caso, que se cumplió con el deber de información, el cual debe ser brindado a todos y cada uno de los afiliados sin exclusión y respecto de sus circunstancias particulares.

Señaló, que de acuerdo con las pruebas documentales allegadas al proceso, tales como la cédula del demandante, éste al 1.º de abril de 1994, no contaba con la edad exigida para ser beneficiario del régimen de transición, pues sólo tenía 39 años para la fecha y contaba con un total de 429 semanas.

Respecto del análisis del formulario de afiliación del demandante, manifestó que no resulta claro a la luz de las pruebas documentales, en qué momento se materializó, pues el demandante en su interrogatorio de parte adujo que el acto se materializó en el año 1994, lo que efectivamente se puede corroborar en el formulario

de afiliación que data del día 7 de junio de 1994 (f.º104), de donde inicialmente se puede comprobar el cumplimiento de los requisitos del artículo 11 del decreto 692 de 1994, en especial, reportarse la información suministrada que se exige en dicho postulado normativo.

Sin embargo, en la historia de vinculaciones expedida por ASOFONDOS, visible a folio 105 del plenario, advirtió el Juzgado que la solicitud en la fecha anteriormente indicada está reportada como una fecha de novedad, y por el contrario, en el documento aparece como fecha de solicitud de traslado de régimen, el 16 de febrero de 2005, y se le asigna plena efectividad al acto jurídico del traslado el día 1.º de abril de 2005, lo cual, se suma a lo manifestado por la apoderada de Porvenir S.A. en sus alegatos de conclusión, esto es, que se realizó un nuevo llamado al demandante a efectos de convalidar el acto jurídico de traslado, es decir, se admitió la omisión de la suscripción del acto jurídico inicial; razón por la cual se consideró que no produjo efectos el acto jurídico celebrado en el año 1994, y así mismo, señaló que adicionalmente, no existe ningún medio probatorio dentro del plenario que demuestre que la omisión del deber de información en el año 2005 hubiese sido superado.

Sumado a lo anterior, resaltó que del reporte de semanas visible a folio 120, se advierte que al analizar el detalle de pagos efectuado a partir del año 1995 de las cotizaciones realizadas por el demandante de 1995 hasta el año 2005, se aprecian con la observación “valor devuelto de régimen de ahorro individual por pago al fondo”; por lo que consideró que en el caso del demandante y por la indebida suscripción del formulario de afiliación en el año de 1994, se presentó un caso de multifiliación, el cual al parecer fue solucionado en el año 2005, pese a que no se acreditan los documentos con los que se solucionó, ni que el demandante hubiese manifestado su voluntad para efectos de cumplir con los requisitos de la obligación legal, razón

por la cual esgrime que no se produjo en su momento un cumplimiento del deber de información por parte de Porvenir S.A., y por ello, se presenta una ineficacia del acto jurídico del traslado del demandante.

Frente a la excepción de prescripción, se acogió al criterio de la Corte Suprema de justicia, en sentencia SL-361 de 2019, donde se manifiesta que, en estos asuntos, sin duda alguna están ligados a la construcción del derecho pensional, detentan la naturaleza de ser imprescriptibles, razón por la cual no se accede a la misma.

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 en el presente proceso el demandante pretende desconocer la prohibición de traslado contenida en el artículo 2.º de la Ley 797 de 2003; que le asiste el deber de auto información, por ser profesional; que, además, no logró evidenciar error o circunstancias que viciaran su consentimiento al suscribir el formulario de afiliación, el cual cuenta con plena validez, y que así como el Juez lo menciona, pese a que no reposa dentro del plenario el formulario firmado por el demandante en el 2005, Porvenir S.A. si le indicó al demandante lo sucedido y él mismo ratificó la voluntad de permanecer en el régimen de ahorro individual, y prueba de ello es la efectividad del traslado para esa fecha.

Por su parte, Colpensiones S.A., solicitó que se revoquen las condenas impuestas, en tanto la decisión adoptada en esta instancia amenaza el principio de sostenibilidad financiera del sistema, el cual se funda en la equidad e igualdad de quienes realizaron aportes al mismo, el cual se materializa en la prohibición legal de traslado en

que se encuentra el demandante, que busca proteger dichos principios y sobrepone los intereses generales sobre los particulares.

Sumado a lo anterior, manifiesta que no se probó ningún vicio del consentimiento que invalide el traslado y rogó se analicen las circunstancias particulares de este caso, como lo son el control de legalidad de la multifiliación del demandante, el cual se encuentra documentado por Colpensiones en la certificación n.º 02893 de 2019, que da cuenta del traslado de régimen suscrito el 1.º de abril de 2005, por el demandante y la A.F.P. Porvenir 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 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 14 de octubre 1958 (f.º 12) hecho además, que es pacíficamente aceptado por las partes en conflicto; **ii)** que a 1.º de abril de 1994 tenía un total de 449,59 semanas cotizadas en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (f.º 13-14, 81 expediente administrativo); **iii)** y que el 7 de junio de 2004, se trasladó fondo de pensiones administrado por PORVENIR S.A., haciéndose efectiva a partir del mes de abril de 2005, conforme al formulario de afiliación y traslado, así como la certificación de dicha entidad allegada al proceso (f.º 103 y 104).

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 (f.º104). 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 al accionante quien contaba con 36 años de edad para el 1° de abril de 1994, que para esa data tenía un total de 449,59 semanas cotizadas, y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?

Así las cosas, para el año de 1994, el demandante contaba con 36 años, es decir, según la norma que se encuentra vigente -Ley 797 de 2003- le faltaban aproximadamente 26 años para cumplir la edad de 62 años, lo cual se traduce en que no contaba con esa expectativa legítima de adquirir el derecho para que pudiera predicarse válidamente que su afiliación 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 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 solo hasta el momento en que le indicaron el monto de su pensión, sin que hubiese manifestado inconformidad alguna durante el tiempo en que estuvo afiliado. Así las cosas, se tiene que hubo una ratificación tácita del acto jurídico de traslado, con el pleno cumplimiento de las solemnidades legales.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En este punto, bueno es recordar que las reglas de la experiencia y la sana crítica indican que cuando se suscriben diferentes negocios jurídicos, en virtud de la autonomía de la voluntad, no resulta

razonable que alguno de los contratantes presten su consentimiento a compromisos y obligaciones que le ocasionen alguna clase de perjuicios, lo que de contera descarta, como ya se vio, que el demandante no hubiera recibido información sobre el régimen de ahorro individual, pues como es bien sabido, es deber de quien decide efectuar esta clase de actuaciones definir las condiciones y términos de los mismos, las ventajas y desventajas que traerán sus determinaciones, 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.

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

Así las cosas, si en gracia de discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido el 1.º de abril de 2005, 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,

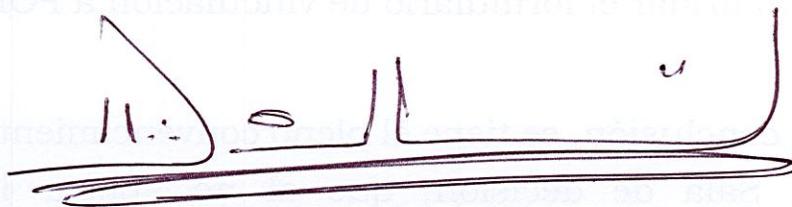
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2019, por el Juzgado Treinta y Siete 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

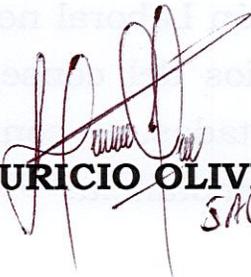
Los Magistrados,



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 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada y, permite realizar una nueva en forma libre y espontánea.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

En el presente asunto, ninguna contestación se cobija del interrogatorio de parte surtida por el demandante de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, dado que no se advierte del mismo que se hubieran puesto de manifiesto los hechos o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 días que por ley tenía para trasladar, según el procedimiento de condiciones, sucesos, servicios, efectos y riesgos de cada uno de los registros pertenecientes, en un lenguaje claro, simple y comprensible de manera que no exista libertad intencional cuando se pretenda desconocer el contenido de los datos que pueden encontrarse en el expediente de registro de ella, la gran importancia de la información que se le brinda en el expediente de la administración de los registros, en donde se puede encontrar la información de sus antecedentes.

En consecuencia, se declara la nulidad de la resolución impugnada, en virtud de lo expuesto, y se ordena a la administración de los registros de la ciudad de Bogotá, a que presente un nuevo expediente de registro de la información que se le brinda en el expediente de la administración de los registros, en donde se pueda encontrar la información de sus antecedentes, de manera que no exista libertad intencional cuando se pretenda desconocer el contenido de los datos que pueden encontrarse en el expediente de registro de ella, la gran importancia de la información que se le brinda en el expediente de la administración de los registros, en donde se puede encontrar la información de sus antecedentes.



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **YANETH OFELIA GONZÁLEZ TRASLAVIÑA** en contra de **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 038 2018 00089-01.

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 Protección y Colpensiones, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la sentencia proferida el 15 de noviembre de 2019, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad de afiliación a Colfondos S.A. y Porvenir S.A., al no ser informada en forma suficiente, veraz e idónea acerca de los regímenes pensionales y las eventuales condiciones pensionales; en consecuencia, se condene a las demandadas a trasladar los aportes obligatorios y rendimientos que posee en su cuenta de ahorro individual, y aceptar a satisfacción y sin deducciones los mismos por parte de Colpensiones.

Como fundamento fáctico relevante, sustentó sus pretensiones en que nació el 30 de septiembre de 1961; se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 22 de agosto de 1994; se trasladó el 1.º de julio de 1999 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y que dicho traslado no estuvo precedido de una suficiente ilustración por parte de la A.F.P. que la recibió, por lo que no existe consentimiento de libertad y voluntariedad.

Aseveró, que tanto Colfondos S.A., como Porvenir S.A., debieron informarle la imposibilidad de trasladarse cuando le faltare 10 años o menos para adquirir la pensión; indicó que el 4 de diciembre de 2017, solicitó el traslado de régimen pensional ante Colfondos y Porvenir, y posteriormente, el 14 de diciembre de 2017, ante Colpensiones.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 8 de marzo de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 52).

COLPENSIONES S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones; afirmó, que la demandante se encuentra inmersa

en la prohibición legal del artículo 2.º de la Ley 797 de 2003, debido a que cuando solicita el traslado entre regímenes pensionales contaba con la edad de 56 años.

Señaló, que de conformidad con la norma arriba mencionada 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.

De otra parte, dijo que no puede hablarse de la existencia de un error de hecho en el consentimiento, porque se le brindó una asesoría completa y comprensible a la demandante, al momento de realizar su afiliación, conforme a la normatividad y a las exigencias de la época, e indicó que el desconocimiento que tuvo en su momento la parte actora sobre los aspectos legales de R.A.I.S. no vicia el consentimiento.

En su defensa, propuso como excepciones las de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, e imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones (f.º 77 a 86).

COLFONDOS S.A., igualmente se opuso a todas y cada una de las pretensiones; adujo, que no existe razón para declarar nulo o ineficaz el acto de traslado de la demandante porque en ningún momento se está vulnerando su derecho pensional, ya que la actora puede obtener una pensión de vejez en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, con el fondo Porvenir S.A., siempre y cuando cumplan con los requisitos de ley.

Sumado a esto, manifestó que la suscripción del formulario de afiliación de la demandante al fondo privado se realizó de manera libre, informada, espontánea y sin coacción alguna, de manera que, allí quedó plasmado su consentimiento en señal de aceptación de dicho traslado.

En su defensa, propuso como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios en el consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad, y buena fe (f.º 118 a 142).

PORVENIR S.A., al oponerse a las pretensiones de la demanda, indicó que la información suministrada a la demandante fue acorde con las disposiciones legales, y que su decisión de trasladarse y permanecer en el régimen pensional fue libre, espontánea y consciente, que la actora no ejerció su derecho a efectuar un nuevo traslado cuando se encontraba en posibilidad de hacerlo, y esto se entiende como una ratificación de permanencia en el R.A.I.S.

Arguyó, que la demandante no puede alegar el desconocimiento de la ley en materia pensional, pues la ignorancia de ella no sirve de excusa; señaló, que la demandante no ejerció en su oportunidad el derecho de retracto establecido en el artículo 3.º del Decreto 1161 de 1994, a pesar de haber sido informada del mismo. Finalmente, dijo que no se acredita dentro del plenario prueba sumaria de que la A.F.P. omitió su deber de información para conseguir la vinculación de la actora, toda vez que la afiliación estuvo precedida de la suficiente ilustración del R.A.I.S.

Propuso como excepciones de fondo o de mérito las denominadas: prescripción, Falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las

obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (f.º 160 a 167).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 15 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, CONDENÓ en costas a la actora, y le concedió recurso de apelación.

En lo que interesa a la alzada, indicó que el artículo 112 de La Ley 100 de 1993, estableció la obligación de aceptar a todos los afiliados que lo soliciten, las personas que cumplan los requisitos para ser afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad no podrán ser rechazados por las entidades administradoras del mismo, en este escenario, cuando una persona asiste a un fondo privado para efectos de afiliación no le es dable a la administradora de fondos de pensiones rechazarlo o desincentivar el proceso de afiliación, la única posibilidad de que se rechazara una afiliación, sería que el afiliado se encontrara dentro de las personas excluidas del régimen de ahorro individual con solidaridad, que son aquellas relacionadas en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993, que son los pensionados por invalidez por el instituto de seguros sociales o por cualquier fondo caja o entidad del sector público, y las personas que al entrar en vigencia el sistema tuvieran 50 años o más de edad si son mujeres, salvo que decidan cotizar por lo menos 500 semanas en el nuevo régimen, caso en el cual será obligatorio para el empleador efectuar los aportes correspondientes, en este contexto, la demandante para el 10 de mayo de 1999, fecha en la cual se afilió a Porvenir, no se encontraba dentro de estos presupuestos, y no le era dable al fondo rechazarla o desincentivar su afiliación.

Señaló que, para que proceda una declaratoria de nulidad del traslado se requiere que se acredite en el informativo la presencia de un vicio del consentimiento que haya afectado a la demandante en la toma de la decisión de afiliarse al régimen de ahorro individual con solidaridad en 1999, y acreditado ese presupuesto, debería proceder la ineficacia de la afiliación dándosele la posibilidad de que escogiera el libre y voluntariamente el sistema o el régimen que considerará pertinente.

Frente a la fuerza, advirtió que no se aduce en el informativo que respecto de la demandante al momento de su afiliación, haya mediado esta (la fuerza) por parte del empleador, o por quien la acompañó en el proceso de vinculación, por lo que no se aduce que en la entidad en la que ella laboraba hubiera una política por virtud de la cual, si no se afiliaba a uno de los fondos privados estuviera de por medio su estabilidad laboral, o que se hubieran desplegado algún tipo de conducta tendiente a forzar ese proceso de afiliación.

En relación con el dolo, aseveró que debe acreditarse al igual que en el mundo del derecho penal, donde efectivamente el agente generador del eventual daño tenía la intención de causar un perjuicio a la víctima, y dentro de este contexto, tiene la carga de demostrar esa intención dañina o ese ánimo de perjudicar a la otra persona, lo que le corresponde a la parte actor; por lo que revisadas las pruebas que militan en la informativo, no obra en él, prueba alguna con base en la cual se pueda deducir que en el proceso de afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad el 10 de mayo de 1999, quién la acompañó o asistió en el diligenciamiento, se desplegó alguna conducta con el ánimo de causarle un perjuicio en ese momento a la demandante, como para deducir la presencia de un vicio de consentimiento que invalidará esa determinación de afiliación.

En cuanto al error, consideró el juez primigenio que la determinación tomada por la demandante en su momento en el año 1999, se ajusta a una decisión coherente con el momento histórico, pues estaba salvaguardando el tiempo que tenía cotizado; además, no puede predicarse la existencia de un error motivado o derivado de la falta de información porque la demandante advirtió que conocía en términos generales los requisitos para pensionarse, sumado a esto, la eventual falta de información al momento de la afiliación de la demandante no configura un error en la toma de la decisión porque dicha decisión fue acertada; señaló además, que si hubiere un error, sería que la demandante dejó su situación pensional a la deriva hasta que se encuentra ad portas de cumplir los requisitos para acceder a la misma, y que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa, y menos aún, tratándose de una abogada como en el caso de la demandante.

Finalmente, consideró el despacho que la Corte Constitucional y el legislador entendieron que debía haber una inamovilidad en el régimen pensional del afiliado durante los últimos 10 años, porque por esa vía se garantiza la estabilidad y sostenibilidad de ambos regímenes, que a pesar de que al momento de realizar su retorno al R.P.M. los afiliados pasen sus ahorros junto con los rendimientos y demás sumas, esos valores lo único que van a hacer es financiar cuantiosas pensiones durante los primeros años, y los subsiguientes van a quedar a cargo de los restantes afiliados que se encuentran cotizando en el régimen de prima media con prestación definida, y probablemente con cargo al erario Nacional, lo que implicaría evidentemente un atentado contra la estabilidad y sostenibilidad sistema pensional.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante, al sustentar su recurso, sostuvo que, para el momento del traslado, la A.F.P. Porvenir S.A. tenía la obligación de brindar buen consejo, de informar de una manera clara y precisa, para que conllevara el traslado de régimen pensional sin inconvenientes.

De otra parte, se evidencia que, en el interrogatorio de parte, la demandante manifestó que siempre confió en que Porvenir le decía la verdad, que había cumplido con el deber de información, lo cual no fue así, añadió que, si bien es cierto que ostenta la calidad de abogada, ello no implica que conozca la legislación laboral.

Señaló, que el error no solo se produce, sino que se afirma en los silencios que guarda el profesional (Asesor), que ha de proporcionar todo aquello que le resulte benéfico para la toma de la decisión que se persigue, lo que se traduce en un traslado de la carga de la prueba a la entidad demandada, es decir, que los convocados a juicio tenían que demostrar que efectivamente se cumplió con el deber de información y buen consejo, lo cual no se hizo.

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 demandante, estuvo o no viciado de nulidad, por falta de información suficiente por parte de las aseguradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 30 de septiembre de 1961, hecho que es pacíficamente aceptado por las partes en conflicto (f.º 12); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 22 de agosto de 1995 hasta el 31 de agosto de 1999, 230,86 semanas (f.º 13 a 16, 92 a 95, expediente administrativo); **iii)** que el 10 de mayo de 1999, 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 1999 (f.º 169), y que luego de varias transferencias entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente se encuentra vinculada a Colfondos S.A., con un total de 1173,51 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral y la certificación que reposa de f.º 168 a 175.

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 observa que en el recuadro denominado ‘voluntad de afiliación’ de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias n.º 01180375 diligenciado el 10 de mayo de 1999 ante Porvenir S.A., se encuentra el siguiente texto ‘preimpreso’, encima de su firma como afiliada: *«He leído y entendido el contrato MIFT y como señal de aceptación firmo la presente afiliación a Pensiones Obligatorias y/o Cesantías. Hago constar bajo juramento que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en **forma libre, espontánea y sin presiones**. Manifiesto que he elegido a la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías SA, Colfondos, para que administre mis aportes pensionales y que los datos aquí reportados son verdaderos, autorizando la verificación de la información suministrada.»* (f.º 169).

Entonces, en principio, se tiene claramente que la línea jurisprudencial de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, (sentencias SL19447 y SL17595 de 2017, SL4964 y SL413 de 2018, SL1688, SL1451, SL1452 y STL1677 de 2019, entre otras) señala que la falta de información completa y comprensible por parte de la administradora de pensiones, puede configurar un engaño, que conlleve a la anulación del traslado, situación que no se

da en el presente caso; no obstante, el Tribunal de Cierre en dichas providencias resalta las condiciones o expectativas pensionales de los trabajadores demandantes al momento del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual, las que de resultar vulneradas con el traslado pueden conllevar a la ineficacia del mismo; lo cual se materializa en que el afiliado ya cuente con un derecho consolidado, que le genere una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión bajo las previsiones del sistema de prima media con prestación definida.

Y es que realmente surgen interrogantes como: ¿Qué tipo de efecto nocivo puede causarse a la accionante quien contaba con 33 años de edad para el 1.º de abril de 1994, que para esa data tenía un total de 230,86 semanas cotizadas (f.º 13 a 16, 92 a 95, expediente administrativo), y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?

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

Además, la aquí demandante nunca fue beneficiaria del régimen de transición, establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. a la entrada en vigencia de la misma, no se evidencia que con anterioridad a dicha data hubiere estado afiliado a algún régimen pensional (CSJ sentencia SL2195-2016); y su selección de régimen pensional, por tanto, se verificó en igualdad de condiciones frente a los demás usuarios del sistema que no lo son, y tuvo la posibilidad de trasladarse nuevamente en los términos dispuestos en la ley, con

las limitantes establecidas para todos los afiliados, hasta antes del 30 de septiembre de 2008, y no lo hizo.

Por lo que se infiere, que con este acto se produjeron los efectos de traslado válido al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a Colfondos S.A., fuera ineficaz o estuviera viciado de nulidad como lo afirmó la parte demandante, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando la suscripción del mencionado formulario no fue objeto de reproche de su parte; por el contrario, en su interrogatorio de parte, admitió que impuso su firma de manera libre y voluntaria, sin presiones, después de haber leído el formulario radicado ante Porvenir S.A. y Colfondos S.A., sin que nadie la obligara a hacerlo. También admitió, que estuvo de acuerdo con la información individual suministrada por el asesor de Colfondos S.A. en el año 2001, mediante la cual le indicaron que ese fondo es mejor que el I.S.S., así como también, señaló que tenía conocimiento de que podía reversarse faltándole 10 años para poder terminar con el I.S.S., y que el hecho de ser abogada, no le daba plena capacidad para saber todo lo relacionado en materia pensional y los fondos de pensiones. De igual forma, admitió siempre recibió los extractos por parte de Colfondos, y que cuando hizo averiguaciones respecto del estado de su pensión consideró que la información suministrada por Colfondos S.A. no fue suficiente.

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

estas que son excluyentes del régimen de prima media con prestación definida, que la actora manifestó conocer según su dicho, por lo que desvirtúa el deseo de permanecer en el régimen de prima media o de retornar a él, lo cual se concluye porque no demostró haber optado por tal situación, antes por el contrario, pernoctó en el R.A.I.S.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

determinaciones, tal como se concluye en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68838, dado que el acto de la afiliación o no, depende de la persona natural y no del fondo.

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

En dicha sentencia, expuso la Corte lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación^[31], de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

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

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

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

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

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

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

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

COSTAS. Costas en esta instancia, a cargo de la parte demandante en la suma de \$400.000, las de primera instancia, se confirman.

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

RESUELVE:

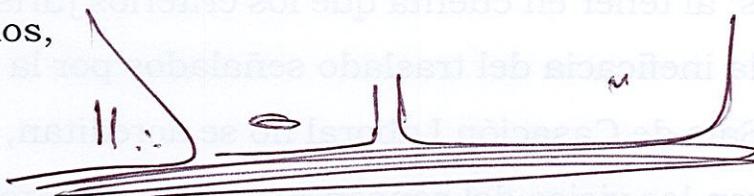
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada, proferida el 15 de noviembre de 2019, por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS. Costas en esta instancia, serán a cargo de la demandante. Inclúyanse en la liquidación de costas, como agencias

en derecho la suma de \$400.000, a cargo de la parte actora.
Liquídense de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del
C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

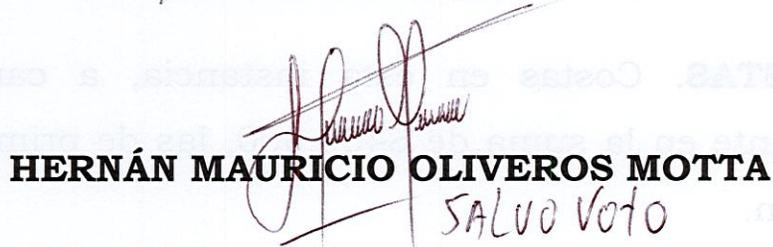
Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
SALVO VOTO

SALVAMENTO DE VOTO

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

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

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

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

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

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

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

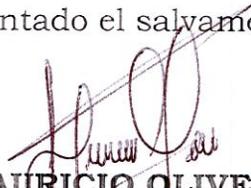
asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

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

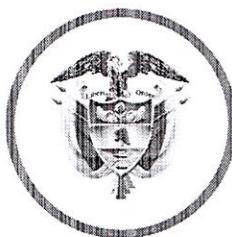
Finalmente, considero que la sostenibilidad del sistema no se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su **vida productiva**, en los cuales se **edifica el financiamiento de la pensión**, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social (Ley 100 de 1993),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

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

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

175



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **LOURDES ALEYDA GUZMÁN ESCANDÓN** en contra de **COLPENSIONES S.A.**, y **PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 038 2018 00404 01.

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida el 28 de enero de 2020, por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que para todos los efectos pensionales continúa afiliada al régimen de

197



República de Colombia
Tribunal Superior de Justicia
Sala de Casación Laboral

DAVID A. J. CORREA STEIN
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por LAURENTE
ALYDA GUZMÁN ESCOBAR en contra de COLLEMINOR S.A.
y PORVENIR S.A.

EXP. 11001 31 03 038 2018 00404 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 806 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de
Casación Laboral del Tribunal Superior de Justicia de Bogotá
integrada por los magistrados ANGELO LUCIA MUELLER VARGAS,
JULIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEIN, para
conocer y decidir sobre el recurso de casación interpuesto por
LAURENTE ALYDA GUZMÁN ESCOBAR en contra de COLLEMINOR S.A.
y PORVENIR S.A., en el expediente 11001 31 03 038 2018 00404 01.

Señala:

Que el recurso de casación es admisible.

En consecuencia, se declara que el recurso de casación es admisible y se procede a conocerlo y decidirlo.

prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; en consecuencia, se ordene a Porvenir S.A., libere los aportes recibidos y devuelva a Colpensiones todas las sumas a su favor, como los saldos, frutos, intereses, rendimientos y sumas adicionales, conforme el artículo 1746 del Código Civil, y así mismo que Colpensiones autorice el ingreso de los mismos en su integralidad (f.º 4).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 30 de junio de 1964; realizó aportes en el extinto I.S.S., entre el 18 de febrero de 1990 y el 30 de junio de 2006, cuando se afilió a Porvenir S.A., sin haber recibido información verídica acerca de las consecuencias de su traslado y las afectaciones que sufriría en la adquisición de su mesada pensional, ni los requisitos legales para alcanzar su derecho a la pensión de vejez.

Agregó, que posteriormente luego de obtener una proyección de su mesada pensional, se dio cuenta que en el régimen de prima media con prestación definida ascendería a \$3.300.000 aproximadamente a los 55 años de edad, mientras que en el régimen de ahorro individual, solo era el mínimo legal vigente con fecha de redención del bono en el año 2024 cuando cumpliría 60 años de edad, defraudando su confianza legítima depositada en ese régimen en el que tiene ahorrados \$176.657.065.

Añadió, que sin su consentimiento, Porvenir configuró un contrato de colocación de acciones en la bolsa con la macabra fórmula en la que si hay ganancia, gana el fondo, pero si la acción se desploma, pierde el trabajador, así que considera leonina su afiliación (f.º 1-4).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 15 de agosto de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 46).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, no procedencia de pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, costas a cargo de la demandante (f.º 51-73).

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 89-96).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 48, vto).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 28 de enero de 2020, absolvió a las demandadas de la totalidad de pretensiones incoadas en su contra, e impuso costas a cargo de la demandante (f.º 132, 158).

177

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandante, apeló con el argumento de que no se observó el precedente jurisprudencial vertido por la Corte de Cierre de la jurisdicción, en relación con la carga de la prueba impuesta a los fondos privados de pensiones, porque en el presente caso, la demandada no demostró con suficiente ilustración, cuál fue la asesoría individualizada y específica que recibió en su momento, máxime cuando en las charlas que recibió le indicaron que sus condiciones seguirían siendo las mismas tras cambiarse de régimen, por lo que considera que ello es una reiteración por parte del fondo de hacerla inducir en error, aunado a que nunca estuvo dentro de su proyecto de vida realizar aportes adicionales, debido a sus obligaciones económicas.

V. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 30 de junio de 1964 (f.º 23); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 18 de diciembre de 1990 hasta el 30 de junio de 2006, 58.57 semanas (f.º 34, 79, 80, 100); **iii)** que el 30 de mayo de 2006, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir SA, con fecha de efectividad desde 1.º de julio de 2006 (f.º 98, 99), donde actualmente se encuentra vinculada, con un total de 541 semanas cotizadas,

según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º 28 a 33, 102 a 112 y la certificación de f.º 97.

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 precisamente se observa que en el recuadro denominado 'voluntad de afiliación' de la solicitud de vinculación o traslado n.º 11612809 diligenciado el 30 de mayo de 2006, se encuentra el siguiente texto 'preimpreso', encima de su firma como trabajadora: «*Declaro que he sido asesorado suficientemente acerca del significado e implicaciones del régimen de transición (...) y que de permanecer en el régimen de prima media administrador por el ISS, podría acceder a la pensión de vejez en condiciones especiales. Siendo consciente de ello, hago constar que **realizo en forma libre, espontánea y sin presiones** la escogencia del régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado además, sobre todos los aspectos propios del mismo, particularmente sobre la pérdida del régimen de transición, sobre los bonos pensionales y la forma de financiación de las pensiones y sobre los requisitos vigentes para acceder a las pensiones en este régimen. Igualmente declaro que selecciono a Porvenir, para que sea la única que administre mis aportes pensionales, habiendo sido informado también, en forma previa, del derecho que me asiste de retractarme de mi decisión dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud. Declaro que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos y, en consecuencia, autorizo expresa e irrevocablemente a Porvenir para que verifique la exactitud y veracidad de la información.* » (f.º 98).

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 29 años de edad para el 1.º de abril de 1994, que para esa data tenía menos de 50 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 29 años, es decir, según la norma que se encuentra vigente -Ley 797 de 2003- le faltaban aproximadamente 28 años para cumplir la edad de 57 años, lo cual se traduce en que no contaba con esa expectativa legítima de adquirir el derecho para que pudiera predicarse válidamente que su afiliación inicial a Porvenir S.A. le cercenó ese derecho.

Por lo que se infiere, que con este acto se produjeron los efectos de traslado válido al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a Porvenir S.A., fuera ineficaz o estuviera viciado de nulidad como lo afirmó la parte demandante, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando la suscripción del mencionado formulario no fue objeto de reproche de su parte; por el contrario, en su interrogatorio de parte, admitió que impuso su firma de manera libre y voluntaria, sin presiones, después de haber leído el formulario radicado ante Porvenir S.A., sin que nadie la obligara a hacerlo, y también admitió que, siendo economista, estuvo de acuerdo con la información suministrada por Porvenir S.A., mediante la cual dicha entidad le indicó a través de una campaña promocional que hicieron en forma grupal los asesores de dicha entidad en la Corporación Universitaria

179

en la cual se encontraba vinculada para la época como docente en matemáticas por contrato de trabajo a 6 meses, que se podía pensionar en forma anticipada con un interés mucho más alto; que cuando se enteró que podía regresarse a Colpensiones, la petición le fue negada porque le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad de pensionarse, no obstante nunca solicitó asesorías acerca de su futuro pensional a Porvenir S.A. ni a Colpensiones, solo hasta cuando vio que sus compañeros de trabajo empezaron a pensionarse en el régimen de prima media con prestación definida con un buen monto y similar a lo que devengan.

Indicó la absolvente, que con posterioridad a la asesoría grupal recibida, llegaban asesores de Porvenir al mismo sitio de trabajo, para dar las charlas respectivas y que en dichas ocasiones, ella se acercaba a preguntar, y le decían que ese fondo era financieramente robusto y le hablaban de los rendimientos, por lo que entendió que iba a tener un plus adicional a la pensión; admitió, que Porvenir le envía correos electrónicos periódicamente con sus extractos, pero considera que la información suministrada allí era confiable, más no suficiente porque no le indican cómo interpretarlos, sin embargo, manifestó que de allí sí se enteró que tiene un bono pensional sin fecha de redención por un determinado valor; también señaló, que en las demás asesorías que recibió con posterioridad a la primera, le informaron en la universidad, acerca de la posibilidad de efectuar aportes voluntarios para incrementar su pensión o pensionarse antes, solo que decidió no hacerlos debido al monto bajo de su salario y las obligaciones que tenía para dicha época.

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..

Ello es así, porque a pesar de que en el interrogatorio de parte, sostuvo que su empleador en el año 2006, Fundación Universidad Manuela Beltrán, la obligó para mantenerse vinculada laboralmente cada 6 meses, a afiliarse a Porvenir S.A., porque era lo que se acostumbraba con los trabajadores de allí, al momento de ser interrogada por el *a quo* acerca de qué circunstancia la motivó a seguir vinculada a Porvenir, una vez se terminó su relación laboral con la mencionada institución universitaria, señaló que en ese momento, inició según su dicho, a laborar como empleada pública en carrera administrativa ante el Instituto Distrital para la Participación y Acción Comunal, lo que se corrobora con la documental que reposa de f.º 24 a 27, y fue cuando su salario mejoró en el año 2010, año en el que según su cédula de ciudadanía contaba con 45 años de edad (f.º 23), sin embargo, sostuvo que no le pidió a su nueva empleadora que cambiara su afiliación en pensiones para Colpensiones, dado que no tenía la claridad acerca de las deficiencias de estar afiliada en un fondo privado a pesar de estar vinculada laboralmente en el sector público, por lo que al posesionarse en la mencionada entidad, pidió en recursos humanos el formulario de Porvenir, porque era el fondo al que se encontraba afiliada y ya que para ella, era favorable en ese momento continuar en ese fondo de pensiones. De ahí que, también se desvirtúa la presunta fuerza que ejerció la Fundación Universitaria Manuela Beltrán, para afiliarse a Porvenir S.A., cuando ya llevaba 6

meses trabajando en la mencionada institución, pero afiliada a Colpensiones (f.º 34, 79, 80, 100).

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

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

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

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

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

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

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

18)

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 2006, en la medida en que las partes realizaron las actuaciones (sucesivamente) correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora Porvenir S.A. en los periodos en que la demandante se vinculó a ella.

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

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

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

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

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

102

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

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

En dicha sentencia, expuso la Corte lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

pensional, toda vez que no se encuentra disminuida en su capacidad para celebrar actos y contratos, y teniendo en cuenta que de su elección dependerá su futuro pensional; aquí como se vio con lo manifestado en el interrogatorio de parte, la demandante fue negligente frente a este aspecto, que decidió voluntariamente cambiarse de régimen, contando con la oportunidad de trasladarse nuevamente de régimen en los términos dispuestos en la Ley 797 de 2003, antes de que le faltaran 10 años o menos para arribar a la edad mínima pensional.

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

Así las cosas, si en gracia de discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido el 30 de mayo de 2006, 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

184

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, hay lugar a **confirmar** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

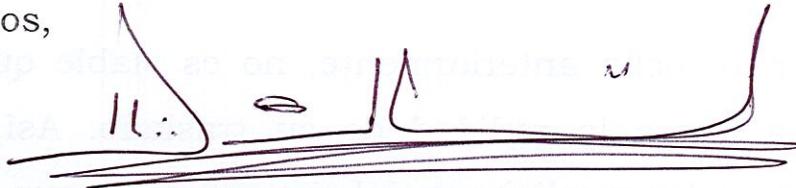
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

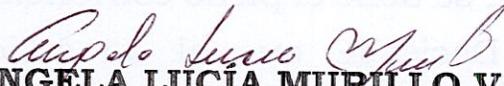
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

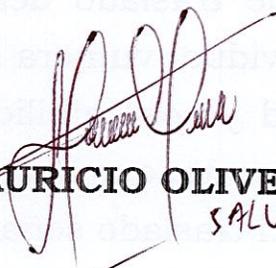
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

SALVO VOTO

SALVAMENTO DE VOTO

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

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

También, desde la expedición del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; el artículo 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 escrito, a través de un análisis de los datos obtenidos en el estudio de campo, se pretende demostrar que el uso de la metodología de investigación cualitativa es adecuada para el estudio de los fenómenos sociales y culturales, y que esta metodología puede ser utilizada en el estudio de los fenómenos sociales y culturales.

En el presente escrito, a través de un análisis de los datos obtenidos en el estudio de campo, se pretende demostrar que el uso de la metodología de investigación cualitativa es adecuada para el estudio de los fenómenos sociales y culturales, y que esta metodología puede ser utilizada en el estudio de los fenómenos sociales y culturales.

En el presente escrito, a través de un análisis de los datos obtenidos en el estudio de campo, se pretende demostrar que el uso de la metodología de investigación cualitativa es adecuada para el estudio de los fenómenos sociales y culturales, y que esta metodología puede ser utilizada en el estudio de los fenómenos sociales y culturales.