



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

## **PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** MARIA ELENA DUARTE ACEVEDO

**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

**RADICADO:** 11001 31 05 018 2018 00179 01

**MAGISTRADA PONENTE:** ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veinte (2020).

### **SENTENCIA**

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 24 de junio de 2020 por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá.

### **ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende que se condene a Colpensiones a reconocer y pagar el valor del retroactivo de la pensión de vejez a partir del 30 de agosto de 2012; a reconocer y pagar los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; a la indexación de las sumas que sean reconocidas, a las costas y agencias en derecho y a lo ultra y extra petita.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: nació el 29 de agosto de 1957, siendo beneficiaria del Régimen de Transición por contar con más de 35 años al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993; el 30 de agosto de 2013, radicó solicitud de pensión de vejez ante

Colpensiones por haber cumplido 55 años el 29 de agosto de 2012 y haber completado las semanas requeridas para tener derecho a tal prestación; mediante Resolución No. GNR 099239 del 18 de mayo de 2013, Colpensiones reconoció pensión de vejez a partir del 1º de junio de 2013, en cuantía inicial de \$589.500 dando aplicación al Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, y para su liquidación se basó en 1.330 semanas, calculó el IBL en la suma de \$564.372 y le aplicó una tasa de remplazo del 90%; mediante Resolución No. GNR 308838 del 4 de septiembre de 2014, resolvió el recurso de reposición en contra de la Resolución que le reconoció la prestación económica, confirmándola en todas y cada una de sus partes; el 14 de diciembre de 2016, la demandante solicitó la revocatoria directa de la Resolución GNR 099239 del 18 de mayo de 2013 solicitando el reconocimiento y pago y del retroactivo pensional a partir del 30 de agosto de 2012, junto con el pago de los intereses moratorios; por lo cual se emitió la Resolución GNR 392077 del 28 de diciembre de 2016, negando el pago de retroactivo de la pensión. (fls. 3-9)

Frente a esas pretensiones, COLPENSIONES se opuso a todas y cada una argumentando que por remisión expresa del artículo 13 del Decreto 758 de 1990, para que exista retroactivo, es necesario el retiro con su último empleador, situación que para el caso en concreto no se presenta ya que no aparece reportado el retiro de su empleador para el ciclo de agosto de 2012, por lo cual, la entidad procedió a reconocer la pensión de vejez a fecha de inclusión en nómina esto es a junio de 2013. Presentó como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, innominada y buena fe. (Fls. 40-43)

#### DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 24 de junio de 2020, condenó a Colpensiones a pagar el retroactivo pensional de la demandante, a partir del 29 de agosto de 2012 y hasta el 31 de mayo de 2013, precisándose que la demandada deberá pagar las mesadas pensionales causadas y mesadas adicionales y dejadas de pagar desde dicha fecha; a reconocer y pagar los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre las mesadas causadas desde el 30 de diciembre de 2012 hasta el 31 de mayo de 2013; absolvió a la demandada de las demás pretensiones de la demanda; declaró no probada la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones relevándose del estudio de los demás medios exceptivos; condenó a la parte demandada al pago de los costos procesales, señalándose como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

## RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente solicitando la revocatoria del retroactivo pensional, intereses moratorios y la no imposición de costas, y solicitó declarar la prescripción.

## ALEGACIONES

Presentó alegaciones los apoderados de las partes.

La apoderada de COLPENSIONES presentó poder de sustitución, por tal razón, se le reconoce personería para actuar a la dra. LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ identificada con la C.C. 31.486.436 y T.P. 303924.

## CONSIDERACIONES

### PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si hay lugar al reconocimiento y pago del retroactivo pensional y si hay lugar a irrogar condena por concepto de costas y moratoria.

### Elementos de prueba relevantes:

- A folio 14, cédula de ciudadanía que da cuenta que la demandante nació el 29 de agosto de 1957.
- A folios 15-17, reporte de semanas cotizadas en pensiones.
- A folios 18-20, Resolución No. GNR 099239 de 18 de mayo de 2013.
- A folios 22-24, Resolución No. GNR 308838 de 4 de septiembre de 2014.
- A folios 25-30, Resolución No. GNR 392077 de 28 de diciembre de 2016.
- A folios 31-34, solicitud revocatoria directa acto administrativo.

### Caso Concreto

A fin de desatar el problema jurídico, para la Sala queda por fuera de debate que a la demandante le fue reconocida una pensión de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, según se registró en la Resolución GNR 099239 del 18 de mayo de 2013.

Frente al argumento de la parte recurrente sobre la ocurrencia del fenómeno de la prescripción, es de anotar que se debe tener en cuenta los artículos 488 y 489 del CST y 151 del CPTYSS que consagran la prescripción y la sentencia del 13 de noviembre de 2013, Rad. 41281, que enseña la forma de contabilizar la prescripción en relación con las prestaciones periódicas.

Para efectos de contabilizar el término trienal señalado en las normas antes mencionadas, se tiene en cuenta que la actora solicitó ante la entidad demandada por primera vez su derecho pensional el 30 de agosto de 2012 y como consecuencia de ello se ordenó el reconocimiento de la prestación mediante Resolución No. GNR 099239 del 18 de mayo de 2013.

Respecto de la anterior decisión la demandante interpuso recurso de reposición el 6 de agosto de 2013, pues así se concluye de lo registrado en los actos administrativos que corren a los folios 22 a 24 y del expediente administrativo, con el objeto de que se le reconociera el retroactivo causado entre el 30 de agosto de 2012 y el mes de abril de 2013.

El recurso fue resuelto por la entidad a través de la Resolución GNR 308838 del 4 de septiembre de 2014, notificada el 30 de septiembre de 2014, mediante la cual confirmó el acto administrativo de reconocimiento pensional sin lugar a retroactivo ni intereses moratorios, quedando así agotada la vía gubernativa, por lo que a partir de esta calenda, esto es, 4 de septiembre de 2014, empezó a contarse el término trienal de que tratan los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual venció el 30 de septiembre de 2017.

Como se observa que la demanda se presentó el 23 de marzo de 2018 (fl 35), sin que sea relevante la primera presentación realizada el 31 de julio de 2017, porque esa presentación no tuvo la virtud de interrumpir la prescripción, en la medida en que no fue notificada esa demanda dentro del año siguiente de su primera presentación como lo establece el artículo 94 del Código General del Proceso para efectos de la interrupción de la prescripción por presentación de la demanda, se colige que le asiste razón a la recurrente en el sentido de indicar que ocurrió el fenómeno de la prescripción y en consecuencia hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción presentada de manera oportuna por la parte demandada.

Por las anteriores razones hay lugar a revocar la decisión que ordenaba el pago del retroactivo y como los intereses son una pretensión accesoria al retroactivo también procede revocar dicha condena.

**COSTAS:** no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA 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** el numeral CUARTO de la sentencia proferida el 24 de junio de 2020 por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito, por las razones expuestas, para en su lugar **DECLARAR** probada la excepción de prescripción.

**SEGUNDO: REVOCAR** los numerales primero, segundo y quinto de la sentencia proferida el 24 de junio de 2020 por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, para en su lugar **ABSOLVER** a COLPENSIONES de las pretensiones incoadas por la señora **MARÍA ELENA DUARTE ACEVEDO** identificada con la cédula de ciudadanía 20.953.653.

**TERCERO:** Sin costas en la presente instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado  
(Con aclaración de voto)

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

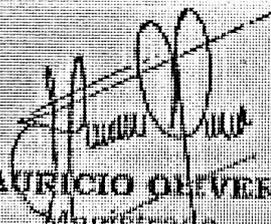
Rad. 11001 31 05 018 2018 00179 01

### ACLARACIÓN DE VOTO

**Demandante:** María Elena Duarte Acevedo  
**Demandado:** Colpensiones  
**Radicado:** 11001 31 05 018 2018 00179 01

Con el acostumbrado respeto, me permito aclarar mi voto en el sentido de indicar que aun cuando comparto la decisión de absolver a la demandada, no comparto el argumento según el cual la primera presentación de la demanda realizada el 31 de julio de 2017 no tiene la virtualidad de interrumpir la prescripción, en la medida en que no fue notificada esa demanda dentro del año siguiente de su primera presentación como lo establece el artículo 94 del Código General del Proceso, pues conforme al acta de reparto de folio 35 y efectuada la consulta dinámica de proceso en la página de web de la Rama Judicial, pude verificar que la primer demanda fue retirada por el demandante, luego la única que cuenta para efectos legales de constatar la prescripción es la presentada el 23 de marzo de 2018. Además, el extremo final para contabilizar dicho fenómeno es la data de notificación de la Resolución GNR 308838 del 4 de septiembre de 2014, que lo fue el 30 de septiembre de 2014.

Hasta acá el planteamiento de la aclaración de mi voto.

  
**HERNÁN MAURICIO QUEVEROS MOTTA**  
Magistrado



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

TSB-SALA LABORAL  
54793 30OCT\*20 PM 3:19

## **PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** LUIS EDGAR BECERRA MONGUI

**DEMANDADO:** COLPENSIONES Y PROTECCION S.A.

**RADICADO:** 11001 31 05 026 2019 00710 01

**MAGISTRADA PONENTE:** ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veinte (2020).

### **SENTENCIA**

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el recurso de apelación presentado por el apoderado de PROTECCION S.A. contra la sentencia proferida el 18 de junio de 2020 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES.

### **ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende se *declare* que el contrato de afiliación al RAIS se encuentra afectado por un vicio en el consentimiento, y por ello, está afectado por nulidad absoluta; debiendo su situación ser restituida al estado inicial en la que se encontraba; que la AFP debe realizar el traslado de todos los aportes realizados y rendimiento obtenidos a Colpensiones; y Colpensiones a su vez de aceptar su regreso en calidad de afiliado, así como la devolución de los saldos que realice Protección con ocasión de la nulidad, para que como consecuencia de ello, se *condene* a Protección a dejar si efectos la afiliación realizada al Régimen de Ahorro Individual; a trasladar

los saldos con los detalles y rendimientos respectivos al Régimen de Prima Media con Prestación definida; lo ultra y extra petita y las costas procesales. (f.º 4)

Frente a esas pretensiones, COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de ellas, por carecer de fundamentos de derecho, sustento fáctico y legal.

Presentó como excepciones de mérito las prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, y la genérica. (f.º 47-50).

Respecto de dichas pretensiones, la demandada PROTECCION S.A., se opuso bajo el argumento de que el demandante no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación. En ese orden de ideas, se debe señalar que la nulidad pretendida, no puede ser otra que una nulidad relativa, pues no se cumplen los supuestos de hecho necesarios para argüir una nulidad absoluta como lo sería el objeto o causa ilícita, la omisión de algún requisito o formalidad o la incapacidad absoluta.

El demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS conforme se demuestra con la documental que se aporta.

Presentó como excepciones de fondo las que denominó: prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y compensación (f.º 67-81)

#### **OTRAS ACTUACIONES**

El juez Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 11 de septiembre de 2019, se declaró impedido para conocer el presente asunto, argumentando que presentó demanda ordinaria laboral donde se debate la misma cuestión del presente proceso, la cual fue admitida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá. (f.º 132-134)

La juez Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá en providencia adiada el 24 de febrero aceptó el impedimento y avocó su conocimiento. (f.º 136)

#### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 18 de junio de 2020, declaró ineficaz el traslado efectuado por

1802

el demandante al régimen de ahorro individual a partir del mes de septiembre de 1994; condenó a Protección a remitir los aportes realizados por el actor a Colpensiones junto con los rendimientos financieros causados y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración; ordenó a Colpensiones a aceptar dicho traslado y a contabilizar para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el actor; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a Protección.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de Protección dentro de la oportunidad procesal correspondiente presentó recurso de apelación con miras a obtener la revocatoria de la sentencia de primera instancia, en punto de los gastos de administración y rendimientos.

### **ALEGACIONES**

Los apoderados de la parte demandante y demandada Protección presentaron alegaciones finales.

### **CONSIDERACIONES**

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, se debe ordenar el traslado al régimen de prima media.

Dilucidado lo anterior, se verificará si procede la condena por gastos de administración.

### **Elementos de prueba relevantes:**

- A folios 23, cédula de ciudadanía del demandante que da cuenta que nació el 25 de julio de 1958.
- A folios 24 y 56-58, historia laboral en Colpensiones.
- A folios 25-26, 119-120, 83, formularios de afiliación ante Colmena, Colpensiones y Protección.
- A folio 27-30 y 84-91, historia laboral consolidada en Protección.
- A folios 34-35, registro RUAF.

- A folios 92, registro SIAFP.
- A folio 121 a 122, cruce de comunicaciones entre el empleador del demandante y el fondo Colmena.
- A folio 94-95, comunicados de prensa.
- Interrogatorio al demandante.
- Testimonios Elías Villanueva Moreno y Luz Mary Beltrán

### **Caso Concreto**

El apoderado de Protección recurrió la sentencia con sustento en que no procede la devolución de los gastos de administración y los rendimientos, lo cual será objeto del estudio del recurso de apelación, adicionalmente, la sala procederá a surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que el actor a la edad de 36 años se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual cuando contaba con 146.71 semanas cotizadas al sistema (f.º24), no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 55 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez.

Conforme a lo anterior se puede concluir que el gestor al momento traslado al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió, artículo 11 del Decreto 692 de 1994, y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP Colfondos rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Adicionalmente, se corrobora con el interrogatorio de parte que el acto de traslado fue voluntario y libre de apremio por parte del demandante, lo que corrobora el contenido de los documentos aportados al proceso.

Se observa en el escrito introductorio que la nulidad del traslado se solicita con sustento en que el actor en el momento de afiliación no se le brindó información suficiente respecto del régimen, y aun cuando en el interrogatorio de parte, el promotor se limitó a negar tajantemente que recibió algún tipo de asesoría, al revisar el hecho 5 del libelo genitor se colige que se le informó sobre las características propias del régimen de Ahorro Individual que son exclusivas del mismo y que por ende excluyen una

193

escogencia al régimen de Prima Media con prestación definida, tales como rentabilidad del fondo y pensión anticipada.

En la demanda se alega vicios del consentimiento para lograr la nulidad del traslado de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, respecto de ello, se tiene que los vicios del consentimiento están contenidos en el artículo 1508 del C.C., que son el dolo, la fuerza, los cuales se descartan porque no se alegan en los hechos de la demanda y el error.

Respecto del error por la falta de información, se tendría que según la definición doctrinal esta clase de error sería de derecho porque se *refiere* "a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico" <sup>1</sup>, y respecto de dicha clase de error por expreso mandato del artículo 1509 del Código Civil, no se configura un vicio en el consentimiento de quien lo presta.

Y se señala que sería la existencia de un error de derecho porque el demandante indica que no se le entregó la información, que se encuentra en su totalidad consagrada en las normas legales.

Válido es recordar que al encontrarse todos los aspectos regulados por las normas legales y reglamentarias, se aplica el principio de que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa de conformidad con el artículo 9 del Código Civil, que fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 651 de 1997, y por ello, esa falta de conocimiento no se puede invocar como pretexto para afectar de vicios el consentimiento, como se señala en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68852.

Es de anotar, que artículo 9 del C.C., ha sido aplicada por la misma Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-401/16 por constituirse en un desarrollo del artículo 95 de la Constitución Política que consagra que todas las personas están obligadas a cumplir la constitución y las leyes.

En ese orden de ideas y sin desconocer la obligación legal de las entidades que administran los recursos pensionales de asesorar a los afiliados desde la vigencia de la Ley 100 de 1993, se descarta la existencia de un error de derecho, máxime cuando las consecuencias del traslado operan en virtud

---

<sup>1</sup> Cfr. FLOUR, Jacques et Jean-Luc AUBERT. *Les Obligations*. T. I. 6<sup>o</sup> Ed. Paris, Armand Colin Editeur, 1994, Ps. 142-143.

de la ley, al punto que así se señala en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68852.

Ahora si lo que se quiere es tipificar un vicio del consentimiento por error de hecho, respecto de este se debe señalar que se configura cuando recae sobre la especie de un acto o contrato que se ejecuta diferente al que se pretendió, el cual tampoco se demuestra en el presente caso porque es el demandante en los hechos de la demanda quien expone que una de las razones que sustentó su decisión, fue la de obtener su mesada pensional a cualquier edad junto con el tema de los rendimientos.

Esos motivos, que son los que dieron lugar al traslado, se consideran que no son contrarias a las normas que regulan el traslado y que excluyen el deseo de permanencia en el Régimen de Prima Media porque para obtener una pensión en este régimen se requería del cumplimiento de los requisitos de edad y tiempo de servicios, que no se obligan cumplir en el Régimen de Ahorro Individual.

En ese orden de ideas, lo pretendido por el demandante que fue el traslado de régimen de pensiones, y eso fue lo que acaeció, no se da el vicio del consentimiento por error de hecho y se corrobora que la solicitud que la actora fue de manera libre, espontánea y sin presiones para su vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con su exposición en el interrogatorio de parte.

Por último, no se puede pasar por inadvertido que la inconformidad del demandante que motivó la presentación de la demanda es el posible monto de la mesada pensional, lo cual no se constituye en una causal de nulidad o ineficacia del acto inicial de traslado o de su permanencia en el RAIS.

Cabe señalar que el monto de la posible mesada pensional, en cualquiera de los regímenes el monto de la pensión se define al momento de causar o exigir la pensión una vez cumplido los requisitos y no al momento de la vinculación, en la medida en que dicho monto depende de varios factores que se presentan durante la vida laboral de la persona; en el Régimen de Prima Media del cumplimiento de requisitos, tiempo de cotizaciones y salarios base de cotizaciones y en el Régimen de Ahorro Individual de los aportes a la cuenta individual, bonos pensionales, aportes voluntarios, rendimientos, edad que se escoja de retiro, etc.; de tal manera que cualquier proyección que se realice al momento de la afiliación como lo define la norma es solo un presupuesto basado en variables futuras inciertas y la falta de dicho presupuesto no tiene la virtualidad de afectar la voluntad del afiliado

199

ni la eficacia del acto jurídico del traslado que se presentó en el año 1994, porque no era un requisito exigido por la ley.

Ahora respecto de la causal de ineficacia consagrada expresamente en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, es de anotar que esta es una norma sancionatoria cuya aplicación no le compete a la jurisdicción ordinaria laboral en la medida en que en ella se establece el hecho generador, (actos que impidan o atenten en cualquier forma el derecho a la afiliación o selección), la sanción ( multa, la pérdida de efectos de la afiliación) y la autoridad competente para su imposición (Ministerio del Trabajo y Seguridad Social o Ministerio de Salud en cada caso).

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones, tal como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

Por lo anterior, se reitera la aplicación de esas normas por las conductas en ella descritas escapan a la órbita de competencia de la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Ahora respecto de la causal de ineficacia en sentido estricto que se ha construido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por la falta de información al momento del traslado, se encuentra que ese marco jurisprudencial asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado, (sentencia proferida en el radicado 68838), que en este caso en particular serían las que regían para el año 1994, máxime si se tiene en cuenta que en materia laboral de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo.

En relación con ese marco jurisprudencial, si se tiene en cuenta que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral – indica que esa omisión es una forma de atentar contra el derecho al trabajador a una afiliación libre, lo cual se consagra en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852), es de señalar que la decisión sobre esos casos no le compete a la jurisdicción por el mismo mandato legal.

Véase que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852, sustenta la ineficacia en sentido estricto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma especial sobre la materia del Sistema de Seguridad Social Integral.

En la anterior sentencia reitera lo expuesto en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 y en las que

“... precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la *ineficacia en sentido estricto* o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando *«el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente 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»*.

Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro”. (cursivas y negrillas propias del texto)

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que

105

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 aceptada y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

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

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

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

Si en gracia de discusión se analizara la causal de ineficacia en sentido estricto 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 gestor quien en el texto de la demanda confesó los términos en que le fue otorgada la asesoría.

Aunado que para la aplicación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se debe remitir a normas contenidas en

el Código de Comercio que son ajenas a la legislación laboral ya que esta última solo autorizan la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera completa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, cuya competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial.

Es de anotar que con esta decisión no se atenta contra el principio protector de las normas laborales porque como se expuso la inconformidad de la demandante respecto del régimen en el que se encuentra actualmente vinculada es el posible monto de la mesada pensional, y esta circunstancia no afecta el derecho a la pensión que es el que se garantiza y no el monto superior al salario mínimo legal mensual vigente de la prestación, ya que este dependerá en cada caso del Régimen al que se encuentre afiliado y de los diversos aspectos que se tienen en cuenta cada uno de los regímenes los cuales se encuentran regulados de manera legal para garantizar ese derecho, de allí que se encontraran pensiones, aun al interior de cada administradora, en cuantías superiores o inferiores dependiendo de los factores que se revisan de manera individual y no colectivamente porque cada caso es particular (tiempo de cotizaciones, edad, salarios, aportes voluntarios, beneficiarios, etc.).

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

Respecto a la vulneración del principio de sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media cuando a este se trasladan personas próximas a adquirir la pensión, se realizó un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional en sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993.

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*

186

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 representarían 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,..."

Frente a los principios de solidaridad propio del régimen de Prima Media y de equidad, consagrados no solo en el artículo 48 de la Constitución Política sino en las leyes que regulan el sistema pensional en el País, también se ha pronunciado la Corte Constitucional, lo cual se deduce del siguiente marco jurisprudencial.

En la Sentencia C-401/16 consideró: "... 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"

Y 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<sup>[30]</sup>, y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación<sup>[31]</sup>, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.*

De lo expuesto, se puede concluir 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 de ellos 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.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1 de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral, lo que no ocurre en el presente caso.

En ese orden de ideas, al valorarse los diferentes elementos que obran en el proceso desde el principio de comunidad de la prueba, el marco normativo aplicable al momento del traslado como lo señala la jurisprudencia, se colige

187

que en el presente caso no se dan los supuestos legales ni jurisprudenciales para declarar la ineficacia o la inexistencia o la nulidad del acto de traslado al régimen de ahorro individual.

Dadas las anteriores consideraciones, la Sala se releva de estudiar el recurso de apelación presentado por Protección.

**COSTAS:** no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA 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:

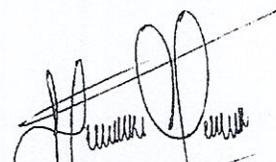
### RESUELVE

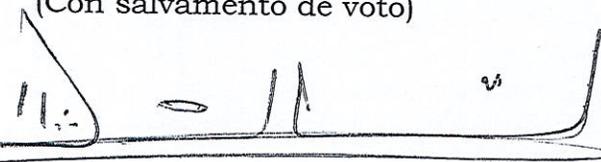
**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 18 de junio de 2020 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas por el señor **LUIS EDGAR BECERRA MONGUI**, identificado con la C.C. 13.445.482.

**SEGUNDO:** Sin costas en la presente instancia, las de primera a cargo de la parte demandante.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado  
(Con salvamento de voto)

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

181

Proceso ordinario 11001 31 05 026 2019 00710 01 de LUIS EDGAR BECERRA MONGUI  
contra COLPENSIONES  
Y OTRO.

El señor de la parte demandada...

En consecuencia...

En virtud de lo expuesto...

RESUMEN

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 18 de junio de 2020 por el  
Juzgado Veintiés (20) Laboral del Cuatro de Bogotá, por las razones  
expuestas, para en su lugar RESOLVER a las demandadas de las  
pretensiones incoadas por el señor LUIS EDGAR BECERRA MONGUI,  
identificado con la C.C. 13.442.482.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia, las de primera a cargo de la  
parte demandada.

EXHIBICIONES Y CUMPLAS

LA SEÑORA MARCELA VARGAS  
Identificada

[Firma]

LA SEÑORA MARCELA VARGAS  
Identificada

[Firma]

LA SEÑORA MARCELA VARGAS  
Identificada



## 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 **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.

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 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 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.

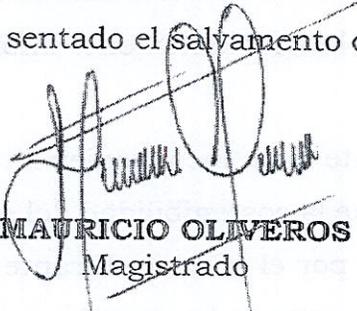
Finalmente, frente a la inconveniencia financiera del sistema pensional esbozada, considero que la sostenibilidad del sistema no se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión según los principios que 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.

De todas maneras, cualquier discusión frente al déficit o sostenimiento financiero que pudiera generarle la decisión de ineficacia del traslado al régimen de prima media con prestación definida, se encontraría superada con el resarcimiento de los perjuicios que puede obtener Colpensiones a través de la acción judicial correspondiente en contra de las administradoras de fondo de pensiones del sistema de ahorro individual que incurrieron en la falta al deber de información del afiliado, de conformidad con el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, el cual señala que: *“Cualquier infracción, error u omisión -en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados- en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelante de sus labores de promoción*

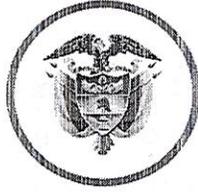
*o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones.”*

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 las respuestas que dio la demandante en el interrogatorio de parte, la suscripción del formulario de afiliación 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

TSB-SALA LABORAL  
54885 30OCT'20 PM 3:21

## PROCESO ORDINARIO LABORAL

**DEMANDANTE:** ISABEL CAMACHO QUIMBAYA

**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y OTRO

**RADICADO:** 11001 31 05 028 2018 00623 01

**MAGISTRADA PONENTE:** ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veinte (2020).

### SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a resolver los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES y PORVENIR contra la sentencia proferida el 25 de junio de 2020 por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá y surtir el grado jurisdiccional de consulta consagrado en el artículo 69 del CPTySS.

### ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare la nulidad de la afiliación realizada por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de vinculación efectuada a la AFP Porvenir S.A., en el mes de septiembre de 2001, por el incumplimiento de los deberes legales de información, los cuales generaron un error de hecho que vicio su consentimiento; que como consecuencia de lo anterior, se determine que todas las afiliaciones posteriores que hubiere efectuado la demandante en el RAIS carecen de validez jurídica; que la demandante se encuentra

válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones; condenar a la AFP Porvenir S.A. a registrar en el sistema de información que la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de la demandante estuvo viciada de nulidad por error de hecho que vició el consentimiento o ineficacia; a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante incluidos los rendimientos a que hubiere lugar; a Colpensiones a activar la afiliación en pensión de la demandante; actualizar las cotizaciones efectuadas en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; condenar a las demandadas a las facultades ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

Como pretensiones subsidiarias: se declare la ineficacia de la afiliación realizada por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la vinculación efectuada a la AFP Porvenir S.A., en el mes de septiembre de 2001; que como consecuencia de la declaratoria de ineficacia se determine que todas las afiliaciones posteriores que hubiere efectuado el demandante en el RAIS carecen de validez jurídica y que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: nació el 13 de septiembre de 1962; cotizó para su pensión a través de diferentes empresas privadas desde el 3 de noviembre de 1979; en el mes de septiembre de 2001 la demandante se afilió a la AFP Porvenir S.A., para la fecha del traslado de régimen había cotizado 857 semanas; la AFP Porvenir S.A., no le informó al momento de la afiliación las implicaciones de trasladarse de régimen pensional; no informó la naturaleza propia del régimen de capitalización; no brindó información sobre las desventajas de afiliarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; no le ilustró sobre los distintos escenarios comparativos de pensión en uno u otro régimen pensional; la AFP Porvenir S.A. conocía el número de semanas cotizadas por la demandante previo a la suscripción de la afiliación a dicha administradora; conocía el promedio salarial sobre el cual cotizaba previo a la suscripción de la afiliación; no le sugirió a la demandante que debía quedarse en el RPM; nunca recibió asesoría profesional completa y comprensible sobre las diferentes alternativas para la elección de su régimen pensional; la demandante decidió contratar por su propia cuenta una asesoría particular y se dio cuenta que había generado un conocimiento falso de la realidad. (fls. 3-32)

Frente a esas pretensiones, **COLPENSIONES** se opuso a todas y cada una argumentando que el origen de la presente acción no es el vicio del consentimiento sino la inconformidad respecto de la mesada pensional que recibiría por parte de cada régimen y su actuar además de afectar, vulnerar y sobrecargar el régimen de prima media con prestación definida es la de aprovecharse de los beneficios y dineros del fondo común de los afiliados de buena fe que hacen parte del régimen administrado por Colpensiones.

Presentó como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago oportuno de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe e innominada o genérica. (Fls. 96-105)

Por su parte, la **AFP PORVENIR** se opuso a todas y cada una de las pretensiones argumentado que la afiliación tiene plena validez toda vez que no se configuró vicio en el consentimiento, puesto que la demandante 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 signado el documento en forma libre y voluntaria, con conocimiento real acerca del acto jurídico que realizaba y sin presión por parte de ningún asesor, pues su firma es auténtica y no ha sido cuestionada, a pesar de que aduzca que suscribió el documento sin la información suficiente. Presentó como excepciones de mérito las 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 e innominada o genérica. (Fls. 119-125)

### DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 25 de junio de 2020, declaró la nulidad de traslado de régimen pensional efectuado por la demandante con fecha 31 de julio de 2001, por intermedio de la AFP PORVENIR S.A. y, en consecuencia, declaró como afiliación válida la del RPM administrado por COLPENSIONES; condenó a la AFP PORVENIR a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses sin deducción alguna por concepto de gastos de administración, seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta individual de la demandante; condenó a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante en el RPM y a actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas; costas

a cargo de las demandadas, fijando como agencias en derecho la suma de \$300.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la demandante.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Presentaron recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente y sobre los siguientes puntos:

#### **COLPENSIONES (MIN 51:40)**

Apeló la sentencia de primera instancia, por cuanto consideró que: i) no se presentaron vicios en el consentimiento en la decisión de la demandante, ii) la nulidad no fue alegada dentro del término previsto en el artículo 1750 del Código Civil.

#### **PORVENIR (MIN 55:28)**

Inconforme con la decisión de primer grado solicitó se revoque la misma, por cuanto consideró que i) la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad se realizó de manera libre y espontánea, aunado a que no se logró demostrar el vicio del consentimiento manifestado ii) no hay lugar a ordenar la devolución de los gastos de administración ya que los mismos están contemplados en la ley y iii) no hay lugar a la imposición de costas.

### **ALEGACIONES**

Presentaron escrito de alegaciones la apoderada de la parte demandada COLPENSIONES.

La apoderada de la demandada Colpensiones presentó poder de sustitución, en consecuencia, se le reconoce personería para actuar a la dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con la C.C. 37.627.008 y T.P. 221.228 del CSJ.

### **CONSIDERACIONES**

#### **PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si en el caso en concreto hay lugar a declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, se debe ordenar el traslado al régimen de prima media.

### **Elementos de prueba relevantes:**

- A folio 33, derecho de petición-solicitud copia de documentos.
- A folios 34-52, 126-129, 137-144, resumen cuenta, resumen semanas cotizadas, historia laboral.
- A folio 53-59, 61, reclamaciones administrativas y respuestas.
- A folios 60, 131, formulario de solicitud de vinculación de Porvenir, 31 de julio de 2001.
- A folios 62-80, proyección pensional.
- A folios 130, 132, certificado de afiliación a Porvenir.
- A folios 133-134, SIAFP.
- A folios 135-136, comunicado de prensa AFP.

### **Caso Concreto**

Los argumentos de los recursos de apelación se encuentran encaminados a demostrar que en el presente caso no existió vicio del consentimiento, que se entregó la asesoría a la demandante conforme a lo reglamentado por la ley para la fecha del traslado, no hay lugar a condena en costas, y subsidiariamente no hay lugar a la devolución de los gastos de administración.

Adicionalmente, respecto de la sentencia se debe surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES.

No es objeto de discusión que la demandante se afilió a la AFP PORVENIR a efectos de vincularse al Régimen de Ahorro Individual después de encontrarse vinculada al Régimen de Prima Media, ya que el traslado de régimen de pensiones se realizó en el año 2001, como se verifica del formulario que milita a folio 60, la actora contaba con la edad de 38 años, 841 semanas cotizadas al sistema (fol. 36), y no se encontraba incurso en alguna causal que impidiera su traslado al Régimen de Ahorro Individual contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993, esto es, no contaba con la edad de 50 años ni se demuestra gozara de una pensión de invalidez, que diera lugar a que la Administradora rechazara su vinculación, ya que esta conducta le esta proscrita a los Fondos de Pensiones de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Como se observa en la pretensión 5.1 de la demanda se peticiona la nulidad del acto de traslado al considerar que se incurrió en un error de hecho porque no se le informó al momento del traslado sobre las diferencias entre los regímenes, su naturaleza, desventajas, ventajas, etc., y los recurrentes

consideran que no existe vicio del consentimiento que invalide la afiliación de la demandante.

En los hechos de la demanda se señala que la falta de información sobre los aspectos que regulan cada régimen, constituyen un error de hecho, sin embargo de acuerdo con la definición doctrinal el error que se refiere “a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico” <sup>1</sup>, configura un error de derecho, porque recae sobre las definiciones legales de los derechos y obligaciones que le acarrean a los contratantes la suscripción de determinado acto jurídico, y este tipo de error por disposición legal no genera vicios del consentimiento, lo cual se constata en el artículo 1509 del C.C..

Respecto de dicha clase de error se debe señalar que todos los aspectos que regulan el tema pensional se encuentran regulados en la ley, cuyo desconocimiento no sirve de excusa de conformidad con el artículo 9 del Código Civil, el cual fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 651 de 1997, y dicha falta de conocimiento no se puede invocar como pretexto para afectar de vicios el consentimiento, máxime cuando las consecuencias del traslado operan en virtud de la ley, al punto que así se señala en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68852, lo cual descarta la existencia de un error de derecho que por su naturaleza no afecta de vicio el consentimiento.

Respecto de que la ignorancia de la ley no es excusa, es de anotar que la norma que la consagra, artículo 9 del C.C., ha sido aplicada por la misma Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-401/16 por constituirse en un desarrollo del artículo 95 de la Constitución Política que consagra que todas las personas están obligadas a cumplir la constitución y las leyes.

En ese orden de ideas, se descarta en el presente caso la existencia de un error de derecho.

Ahora si se señalara que la insuficiente información generó un engaño, para así tipificar como vicio del consentimiento el error de hecho, respecto de este se debe señalar que se configura cuando recae sobre la especie de un acto o contrato que se ejecuta diferente al que se pretendió, el cual tampoco se demuestra en el presente caso porque es la misma confesión de la demandante en los hechos de la demanda e interrogatorio de parte, de donde

---

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

se puede colegir que lo pretendido por la actora fue la vinculación al Régimen de Ahorro Individual y eso fue lo que acaeció.

En ese orden de ideas, se verifica que en el caso de autos no se encuentra probado el error de hecho enunciado en la demanda como causa de nulidad, asistiéndole la razón a los recurrentes.

No se alega la existencia de dolo o fuerza, ni el traslado de régimen se constituye en un objeto o causa ilícitos por lo que se colige que en el presente caso no se configuran vicios que den lugar a declarar la nulidad del acto de traslado de régimen pensional, y en ese orden de ideas, esa sería suficiente razón para revocar la sentencia de primera instancia.

Respecto de la pretensión subsidiaria referente a la ineficacia, se verifica en primer lugar, que la causal de ineficacia se consagra de manera expresa por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, por lo cual debe tenerse en cuenta que esta es una norma sancionatoria cuya aplicación no le compete a la jurisdicción ordinaria laboral en la medida en que en ella se establece el hecho generador, (actos que impidan o atenten en cualquier forma el derecho a la afiliación o selección), la sanción ( multa, la pérdida de efectos de la afiliación) y la autoridad competente para su imposición (Ministerio del Trabajo y Seguridad Social o Ministerio de Salud en cada caso).

En segundo lugar, la causal de ineficacia en sentido estricto que se ha construido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por la falta de información al momento del traslado, se encuentra que ese marco jurisprudencial asigna la carga de la prueba de la información otorgada al demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), esto es, las que se encontraba vigentes para el año 2001, fecha para la que no existía obligaciones que se generaron entre otras a partir de la expedición de la ley 1328 de 2009 y que son las que reclaman hoy en la demanda; lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo.

En relación con ese marco jurisprudencial, si se tiene en cuenta que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral – indica que esa omisión es una forma de atentar contra el derecho al trabajador a una afiliación libre, lo cual se consagra en el artículo 271 de la

Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852), es de señalar que la decisión sobre esos casos no le compete a la jurisdicción por el mismo mandato legal.

Véase que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852, sustenta la ineficacia en sentido estricto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma especial sobre la materia del Sistema de Seguridad Social Integral.

En la anterior sentencia reitera lo expuesto en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 y en las que

“... precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la *ineficacia en sentido estricto* o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando *«el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente 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»*.

Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro”. (cursivas y negrillas propias del texto)

El artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que consagra la causal de ineficacia de manera expresa, como ya se indicó es una norma sancionatoria cuya aplicación no le compete a la jurisdicción ordinaria laboral porque el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, y en consecuencia se debe tener en cuenta y cumplir los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados

en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo señala la Corte Constitucional por ejemplo en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

En ese orden de ideas, al aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga la reiteración la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión sobre la ineficacia en ese sentido no requiere de intervención judicial, no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, caso que no ocurre en la legislación de la Seguridad Social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en 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 reconoció en el interrogatorio y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se acreditan las causales de nulidad absoluta o relativa del consentimiento.

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 2001, en la medida en que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a las Administradoras en los periodos en que la demandante se vinculó a ellas.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, porque se reitera el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos y se deben respetar los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política.

Adicionalmente, como en virtud del artículo 69 del CPTySS hay lugar a surtir el grado jurisdiccional de consulta, no se puede desconocer que en el presente caso la razón genuina para promover la presente acción se contrae en la inconformidad sobre el monto de la posible mesada pensional, lo cual se deduce del sustento de la demanda y del interrogatorio de parte rendido por la actora.

Sobre este aspecto, es de anotar que en cualquiera de los regímenes el monto de la pensión se define al momento de causar o exigir la pensión una vez cumplido los requisitos y no al momento de la vinculación, en la medida en que dicho monto depende de varios factores que se presentan durante la vida laboral de la persona; en el Régimen de Prima Media del cumplimiento de requisitos, tiempo de cotizaciones y salarios base de cotizaciones y en el Régimen de Ahorro Individual de los aportes a la cuenta individual, bonos pensionales, aportes voluntarios, rendimientos, edad que se escoja de retiro, etc.

Ahora, como la demandante es una persona que se encuentra ad portas de causar el derecho a la pensión, se debe tener en cuenta lo expuesto por la Corte Constitucional sobre este tema en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993, indicando que un traslado entre regímenes en esas condiciones de tiempo 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...”.

Lo anterior se corrobora con la diferencia entre las mesadas que se proyecta en los dos regímenes en los documentos aportados con la demanda de \$2.292.965 mensuales, sin contar con los aumentos anuales y legales que tienen las mesadas pensionales, y que se pretende obtener del fondo común que administra el Régimen de Prima Media al lograr el traslado y la liquidación de la pensión con los parámetros que rigen este sistema.

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”.*

*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 cual lleva a colegir que las diferencias entre los regímenes dan lugar a la exigencia de unos plazos predeterminados para garantizar la sostenibilidad 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 que se pueda señalar que se atenta contra el principio protector de las normas laborales porque como se expuso la inconformidad de la demandante respecto del régimen en el que se encuentra actualmente vinculada es el posible monto de la mesada pensional, y esta circunstancia no afecta el derecho a la pensión que es el que se garantiza por la norma aplicable que si es de carácter general y lleva a la protección de la contingencia de la vejez y no el monto superior al salario mínimo legal mensual vigente de la prestación, ya que esa suma superior dependerá en cada caso del Régimen al que se encuentre afiliado y de los diversos aspectos regulados de manera general por la ley y que se tienen en cuenta cada uno de los regímenes, de allí que se encontraran pensiones, aun al interior de cada administradora, en cuantías superiores o inferiores dependiendo de los factores que se revisan de manera individual y no colectivamente cada caso en particular (tiempo de cotizaciones, edad, salarios, aportes voluntarios, beneficiarios, etc.).

En conclusión, al aplicar la jurisprudencia constitucional al presente caso se encuentra que efectivamente 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; que no se dan los presupuestos legales ni jurisprudenciales para declarar la ineficacia del traslado señalados por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral y no se prueban vicios del consentimiento consagrados en las normas legales antes citadas, y en consecuencia, hay lugar a **revocar** la sentencia de primera instancia.

**COSTAS:** no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

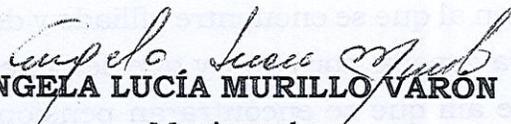
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

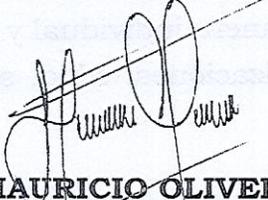
**RESUELVE**

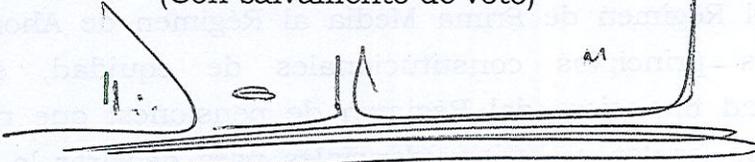
**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 25 de junio de 2020 por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas por la señora ISABEL CAMACHO QUIMBAYA, identificada con la C.C. 51.691.603.

**SEGUNDO:** Sin costas en la presente instancia, las de primera a cargo de la parte demandante.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado  
(Con salvamento de voto)

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

## SALVAMENTO DE VOTO

**Demandante:** Isabel Camacho Quimbaya

**Demandado:** Colpensiones y otros

**Radicado:** 11001 31 05 028 2018 00623 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.

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 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 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.

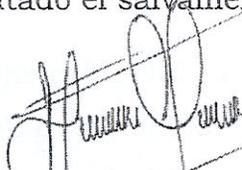
Finalmente, frente a la inconveniencia financiera del sistema pensional esbozada, considero que la sostenibilidad del sistema no se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión según los principios que 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.

De todas maneras, cualquier discusión frente al déficit o sostenimiento financiero que pudiera generarle la decisión de ineficacia del traslado al régimen de prima media con prestación definida, se encontraría superada con el resarcimiento de los perjuicios que puede obtener Colpensiones a través de la

acción judicial correspondiente en contra de las administradoras de fondo de pensiones del sistema de ahorro individual que incurrieron en la falta al deber de información del afiliado, de conformidad con el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, el cual señala que: *“Cualquier infracción, error u omisión -en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados- en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelante de sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones.”*

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 las respuestas que dio la demandante en el interrogatorio de parte, la suscripción del formulario de afiliación 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

TSB-SALA LABORAL

54798 30OCT'20 PM 3:28

PROCESO ORDINARIO LABORAL

**DEMANDANTE:** MARTHA PATRICIA RAMOS ACERO

**DEMANDADO:** COLPENSIONES - PORVENIR S.A. Y PROTECCION

**RADICACIÓN:** 11001 31 05 029 2019 00277 01

**MAGISTRADA PONENTE:** ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veinte (2020).

### SENTENCIA

La Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procede a decidir el recurso de apelación presentado por la apoderada de la parte demandante contra la sentencia proferida el 3 de julio de 2020 por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá .

### ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare que se configuró un vicio del consentimiento por cuanto la información suministrada por Porvenir S.A., fue insuficiente e imprecisa, lo que la indujo trasladarse de régimen pensional, para como consecuencia de lo anterior, se declare nula la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad realizada el 1° de junio de 1998; se ordene a Protección S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores, incluyendo los rendimientos e indexaciones; se ordene a Colpensiones a recibir y registrar en su historia laboral las cotizaciones realizadas en Porvenir y en Protección; y se declare que para efectos pensionales continúa afiliada al Régimen de Prima Media con prestación definida; las costas del proceso. (f.°53)

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones, con sustento en que la demandante se encuentra válidamente afiliada a la AFP Protección, por no probar error, fuerza o dolo en la afiliación.

Presentó como excepciones de mérito las que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y la genérica. (f.º83-87).

PROTECCION se opuso a algunas pretensiones, frente a las otras ni se opuso ni se allanó, aduciendo para el efecto 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 en el consentimiento ni se le ocultó información.

Formuló como excepciones de mérito las que denominó; validez de la afiliación al RAIS con Protección, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la genérica (f.º94-101).

Finalmente, PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones formuladas en su contra, bajo el argumento de que a la demandante se le brindó una asesoría integral acerca del funcionamiento, características y modos de pensión del RAIS, además, el acto de vinculación de traslado de régimen es válido por cuanto no se celebró en contra de una prohibición legal, no está inmerso en vicios del consentimiento, ni se realizó bajo engaños ni medios de coacción alguna.

Presentó las siguientes excepciones de fondo: prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, y debida asesoría del fondo. (f.º 142-151)

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 3 de julio de 2020, absolvió a las demandas de las súplicas de la demanda, sin condena en costas.

## RECURSO DE APELACION

La parte demandante presentó recurso de apelación bajo los siguientes argumentos i) los fondos demandados solo aportaron el formulario de afiliación con la cual no se puede considerar que suministraron una información suficiente y clara, ii) no se valoró la prueba testimonial, iii) se presenta una lesión patrimonial en cabeza de la demandante.

### ALEGACIONES

Los apoderados de la parte demandante y demandada Colpensiones y Porvenir presentaron alegaciones finales.

### CONSIDERACIONES

#### PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia de la vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, se debe ordenar el traslado al régimen de prima media.

#### **Elementos de prueba relevantes:**

- A folios 6-9, historia laboral expedida por Protección.
- A folio 10 y 157, formulario de afiliación a Porvenir.
- A folio 1, cédula de ciudadanía que da cuenta que la demandante nació el 24 de octubre de 1963.
- A folio 50-52, declaraciones extra juicio.
- A folios 102, formulario de afiliación con Protección.
- A folio 103, registro Siafp.
- A folio 104, carta de validación de asesoría.
- A folio 105-106, proyección de la pensión en el régimen de ahorro individual.
- A folio 107-108, simulador pensional aspen.
- A folio 158-159, comunicados de prensa
- Expediente administrativo remitido por Colpensiones.
- Interrogatorio de parte a la demandante y a los representantes legales de las demandadas Porvenir y Protección.

#### **Caso Concreto**

La sentencia de primera instancia que niega las pretensiones es recurrida bajo el argumento de que i) los fondos demandados solo aportaron el

formulario de afiliación con el cual no se puede considerar que suministraron una información suficiente y clara, ii) no se valoró la prueba testimonial y iii) se genera una lesión patrimonial en cabeza de la demandante.

En ese orden de ideas, se debe tener en cuenta para resolver el problema jurídico planteado los elementos de prueba antes relacionados, las normas vigentes para la fecha del traslado y la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional.

Revisados los elementos de prueba que obran en el expediente se tiene como hechos probados que: la demandante a la edad de 35 años se trasladó del régimen de prima media al Régimen de Ahorro Individual cuando contaba con 346.29 semanas cotizadas al sistema ( expediente administrativo); para dicha data no se encontraba incurso en alguna causal de exclusión de dicho régimen consagrada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 en la medida en que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 31 años de edad y menos de 15 años de cotizaciones, esto es, no tenía 50 años de edad ni se prueba que gozara de alguna pensión de invalidez; y suscribió la vinculación al RAIS de manera libre, espontánea y sin presiones, tal como lo aceptó en la exposición del interrogatorio de parte.

De tal manera que con el interrogatorio expuesto se puede colegir el consentimiento en el traslado y que el acto jurídico reunió los requisitos señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 que son de validez de conformidad con el mismo artículo, norma que señalaba que la manifestación de la voluntad debía ser en forma libre, espontánea y sin presiones, aunado a que no se acredita circunstancia alguna para que el fondo negara el traslado ya que de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994 a esas entidades les está vedado rechazar una solicitud cuando la persona cumple los requisitos para tal fin.

Como sustento de las pretensiones y del recurso de alzada, señala la apoderada que los fondos no lograron probar que suministraron una correcta y debida información al momento del traslado de la demandante, sin embargo, esa aseveración al analizar el interrogatorio de parte en conjunto con lo narrado en la demanda, se desvirtúa porque ella confesó que a la empresa llegaron unos asesores del fondo que hicieron una asesoría grupal y luego una individual, sumado a que en libelo genitor dejó constancia de los demás asuntos que le fueron informados como por ejemplo, que los fondos generaban intereses, que se podía pensionar anticipadamente y que su traslado daría lugar a un bono pensional.

22

Además de lo anterior, se tiene por probado que la AFP Protección le informó a la demandante que no podía trasladarse de régimen cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad de pensión, sumado a que fue la misma actora quien manifestó estar de acuerdo con la información suministrada y con la comparación que se realizó frente al ISS (f.º 104).

Adicionalmente, se observa que dicha AFP también realizó una proyección del valor de la pensión que obtendría la promotora en ambos regímenes, arrojando una mejor mesada pensional en el caso del ISS hoy Colpensiones. (f.º 105-106), sin embargo, la actora resolvió no trasladarse pese a tener suficiente conocimiento de las condiciones en que se pensionaría en el régimen de ahorro individual, lo que permite colegir que valoró y analizó la conveniencia de escoger para su futuro pensional el Régimen de Ahorro Individual para garantizar el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, invalidez y muerte.

Cabe precisar que los documentos a los que se ha hecho referencia, cuentan con suficiente valor probatorio porque fue la misma demandante quien confesó haber suscrito cada uno de ellos, y aun cuando indicó no recordar dichas instrumentales, quizá por el paso del tiempo, es posible sostener de acuerdo a las reglas de la sana crítica que las personas tienden a recordar los motivos que las llevaron a tomar la decisión y no los aspectos por los que no escogieron la otra alternativa o les pareció irrelevante.

En otras palabras, la decisión de trasladarse no fue por la falta de información que dé lugar a la ineficacia o inexistencia o nulidad del acto administrativo, por el contrario, se considera que fue una decisión pensada y sustentada en lo indicado por el asesor y por la proyección que en ese momento le fue puesta a su consideración.

Ahora bien, al revisar la prueba testimonial y las declaraciones extrajuicio, evidencia la Sala que dichas probanzas de manera alguna acreditan la tesis de la parte actora, nótese que el señor Eugenio Hernández Galindo no estuvo presente en el momento en que se le brindó asesoría a la demandante, de manera que no le consta las situaciones de tiempo y modo en que se llevó a cabo la misma, al paso que las declaraciones de folios 50 a 52, lo que permiten es corroborar que la promotora fue informada sobre aspectos muy puntuales y característicos del Régimen de Ahorro individual, como la pensión anticipada, la emisión de bonos pensionales, y el respaldo financiero de los fondos.

De manera que fácil resulta concluir que los fondos de pensiones cumplieron con lo señalado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en la sentencia 65791 de 2019 que reiteró lo dicho en la SL 31989 de 2008: *“las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*

En este punto, conviene señalar que para el momento del traslado no se había expedido la Ley 1328 de 2009 que consagra unas formas particulares de entregar la información a los posibles afiliados, por lo que no es dable realizar una exigencia documental sobre la información específica y precisa entregada al interesado, máxime que las normas vigentes para la época del traslado no prohibían la asesoría de forma verbal como le fue entregada a la demandante, pero si en gracia de discusión se pasara por alto esa situación, es lo cierto que además de la información suministrada de manera oral, el fondo también realizó una proyección sobre el futuro pensional de la actora, lo que sin lugar a dudas permite colegir que en el presente caso si existió la información, situación contraria al argumento expuesto en el recurso de apelación.

Aunado a que sin desconocer esa obligación legal de las entidades que administran los recursos pensionales de asesorar a los afiliados desde la vigencia de la Ley 100 de 1993, se debe señalar que todos los aspectos que regulan el tema pensional se encuentran regulados en la ley, cuyo desconocimiento no sirve de excusa de conformidad con el artículo 9 del Código Civil, el cual fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 651 de 1997, y dicha falta de conocimiento no se puede invocar como pretexto para afectar de vicios el consentimiento, máxime cuando las consecuencias del traslado operan en virtud de la ley, al punto que así se señala en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68852, lo cual descarta la existencia de un error de derecho que por su naturaleza no afecta de vicio el consentimiento.

De tal manera que al aplicar el reiterado precedente de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral sobre la carga de la prueba que se encuentra bajo la responsabilidad del fondo de pensiones se verifica en el presente caso con los elementos de prueba que obran en el proceso

analizados bajo los criterios del artículo 61 del CPTYSS y el principio de la comunidad de la prueba que el fondo entregó asesoría a la demandante, lo cual desvirtúa el recurso de apelación.

De otro lado, no se alega la existencia de dolo o fuerza, ni el traslado de régimen constituye en un objeto o causa ilícitos por lo que se colige que en el presente caso no se configuran vicios que den lugar a declarar la nulidad del acto del traslado régimen pensional

En relación con la causal de ineficacia del traslado consagrada en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, y que se refiere a una ineficacia en sentido estricto, es de anotar que esta es una norma sancionatoria cuya aplicación no le compete a la jurisdicción ordinaria laboral en la medida en que en ella se establece el hecho generador, (actos que impidan o atenten en cualquier forma el derecho a la afiliación o selección), la sanción ( multa, la pérdida de efectos de la afiliación) y la autoridad competente para su imposición (Ministerio del Trabajo y Seguridad Social o Ministerio de Salud en cada caso), por lo que el asunto no puede ser estudiado bajo esta óptica por este Tribunal.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo ha señalado la Corte Constitucional, entre otras, en sentencia C-412 de 2015.

Respecto de la ineficacia, ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre ese concepto tanto en sentido amplio como 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 reconocida en el interrogatorio de parte, 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, porque el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, en la medida en que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a las Administradoras en los periodos en que la demandante se vinculó a ellas.

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

Válido es recordar, que al aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga la reiteración la competencia no corresponde a la jurisdicción porque el legislador la reservó para una autoridad administrativa; dado que la decisión sobre la ineficacia en ese sentido no requiere de intervención judicial, no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, caso que no ocurre en la legislación de la Seguridad Social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Aunado que se reitera en el presente caso se encuentra prueba de que las Administradoras de Pensiones cumplieron con la carga de la prueba, en la medida en que es la misma demandante quien en el interrogatorio de parte y en los hechos de la demanda confesó los términos en que le fue otorgada la asesoría, sumado a que contó con una proyección que le permitió conocer su panorama pensional, escogiendo el Régimen de Ahorro Individual pese a que el monto de la mesada pensiones en este régimen podría ser menor.

Como se observa que la razón genuina para promover la presente acción, se contrae a una inconformidad sobre el monto de la posible mesada pensional, es de anotar sobre el particular, primero que lo pretendido es un traslado

239

en el periodo de prohibición señalado en la ley y segundo que en cualquiera de los regímenes el monto de la pensión se define al momento de exigir la pensión una vez cumplido los requisitos y no al momento de la vinculación, en la medida en que dicho monto depende de varios factores; en el régimen de prima media del cumplimiento de requisitos, tiempo de cotizaciones y salarios base de cotizaciones y en el régimen de ahorro individual de los aportes a la cuenta individual, bonos pensionales, aportes voluntarios, rendimientos, edad que se escoja de retiro, etc.; debiéndose insistir en que fue la misma actora quien de manera deliberada dejó al azar su futuro pensional, pues aun cuando era conocedora de que se pensionaría con un menor valor en el RAIS, resolvió quedarse en este régimen, por lo que deberá sufrir las consecuencias de su decisión.

Por último, dado que lo pretendido es que la diferencia entre las posibles mesadas pensionales de los dos regímenes es que se asuma por parte del fondo común administrado por COLPENSIONES, es de anotar que esa decisión vulnera principios constitucionales y legales del Sistema de la Seguridad Social como la sostenibilidad financiera, la equidad y la solidaridad, como lo ha señalado la Corte Constitucional en varias de sus sentencias.

En sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993, expuso la Corte Constitucional 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.”.

En la Sentencia C-401/16 consideró: “... 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”

Y 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”.

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.

Adicionalmente, se debe señalar que el monto que se protege con las normas laborales es el que la mesada pensional no pueda ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, de tal manera que el mayor o menor valor de esa suma superior al salario mínimo depende de las circunstancias propias de la vida laboral y personal del afiliado al Sistema General de Pensiones, y, por ello, en cada régimen se encontraran personas con mesadas pensionales con sumas mayores o menores comparativamente, aun al interior de cada administradora de pensiones, dadas las diferencias de los afiliados por las situaciones particulares, lo cual no atenta contra el principio protector de las normas laborales, ya que lo que se garantiza es la contingencia de la vejez y que la mesada no pueda ser inferior al salario mínimo, y no un monto determinado o superior a ese mínimo, porque la liquidación dependerá de los parámetros que se encuentran definidos por la ley

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 anterior, se colige al valorarse los diferentes elementos que obran en el proceso desde el principio de comunidad de la prueba, el comportamiento de las partes, y el marco normativo aplicable al momento del traslado que en el presente caso no se dan los supuestos legales ni jurisprudenciales para declarar la nulidad o ineficacia del acto de traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, por lo que hay lugar a **confirmar** la sentencia de primera instancia.

**Costas**, no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA 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:

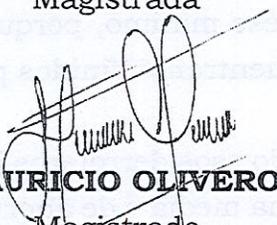
**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 3 de julio de 2020 por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

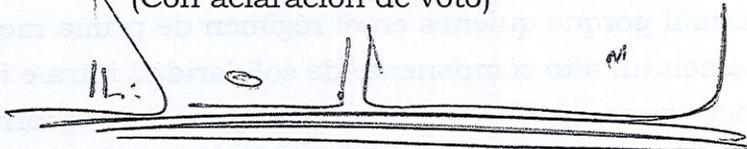
**SEGUNDO:** Sin costas en la presente instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

(Con aclaración de voto)

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

Rad. 11001 31 05 029 2019 00277 01

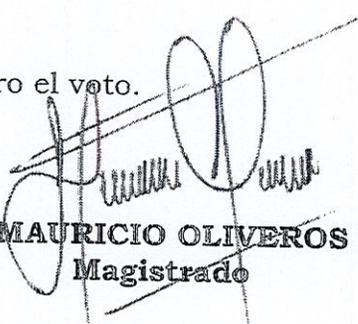
### ACLARACIÓN DE VOTO

**Demandante:** Martha Patricia Ramos Acero  
**Demandado:** Colpensiones y otros  
**Radicado:** 11001 31 05 029 2019 00277 01

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

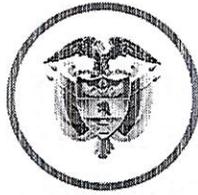
No obstante lo anterior, coincido con los demás integrantes de la Sala que en el presente caso no es posible declarar la ineficacia del traslado, dado que el demandante si recibió suficiente, amplia, objetiva y oportuna información, lo cual es posible inferir a partir de los medios de prueba arrimados al plenario, por tanto, la selección del régimen pensional fue **libre y voluntaria**.

En estos términos aclaro el voto.



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado





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

TSE-SALA LABORAL  
54791 30OCT20 PA 3=19

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ALFONSO CAMPOS SANCHEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES-OLD MUTUAL- PORVENIR

RADICACIÓN: 11001 31 05 029 2019 00640 01

**MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veinte (2020).

**SENTENCIA**

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el recurso de apelación presentado por el apoderado de **PORVENIR** contra la sentencia proferida el 31 de julio de 2020 por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá.

Además, surtir el grado jurisdiccional de consulta consagrado en el artículo 69 del CPTYSS a favor de la demandada COLPENSIONES.

**ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende que se declare la ineficacia del traslado de régimen realizado el 10 de noviembre de 2003 y el 20 de mayo de 2010 a Porvenir, para que como consecuencia de lo anterior, se tenga como única afiliación eficaz la realizada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; se ordene a Porvenir S.A trasladar con destino a Colpensiones la totalidad de los valores que hubiere recibido, tales como cotizaciones, cuotas de administración, bonos pensionales, sumas adicionales, rendimientos, frutos e intereses causados hasta la fecha en que se realice el traslado; lo ultra y extra petita, las costas y agencias en derecho. (f. °43-44)

Frente a esas pretensiones, COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de ellas, con fundamento en que el traslado del actor se presume no solo efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen pensional, sino plenamente válido, sumado a que la afirmación de vicio del consentimiento debe ser demostrada por la parte demandante en el curso del proceso.

Propuso las siguientes excepciones de mérito: inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe, declaratoria de otras excepciones y prescripción. (f.º 58-61)

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS también se opuso a las pretensiones al asegurar que la afiliación realizada por el demandante goza de plena validez ante la ley, por tanto, se puede afirmar que el traslado de régimen pensional no presenta ningún vicio del consentimiento, pues fue un acto voluntario que estuvo sujeto a un acuerdo de voluntades que se rigió por el artículo 1495 del Código Civil, aunado a que la afiliación del actor se realizó de acuerdo con la normatividad vigente para ese momento.

Propuso como excepciones de fondo: prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, pago y la genérica. (f.º 79-86)

PORVENIR, en igual sentido, se opuso a las pretensiones de la demanda con sustento en que la ineficacia a la que se hace referencia en el artículo 271 de la ley 100 de 1993 opera frente a actos que impidan o atenten contra el derecho de afiliación al sistema, es decir contra conductas dolosas, que en este caso ni se alegan, ni se acreditan por el demandante.

Sin perjuicio de lo anterior, la afiliación realizada por el actor con esa AFP fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, sumado a que con esta acción el demandante pretende desconocer la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1990, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Propuso como excepciones de mérito: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica (f.º 103-122)

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 31 de julio de 2020, declaró la ineficacia de la afiliación

realizada ante Skandia Pensiones y Cesantías el 10 de noviembre de 2003, en consecuencia, declaró que para todos los efectos el actor no se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de Prima Media con Prestación definida; ordenó a Porvenir S.A devolver a Colpensiones los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, tales como rendimientos y cotizaciones, sin lugar a descuento alguno; ordenó a Colpensiones a recibir de Porvenir S.A. todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación tales como cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral, sin costas para las partes.

### **RECURSO DE APELACION**

Porvenir formuló recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente, sobre los siguientes puntos: i) no se configuran los presupuestos de la ineficacia prevista en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, al no probarse ni la fuerza ni el dolo, ii) no se acreditan vicios en el consentimiento, por lo que la afiliación fue voluntaria y libre de presiones y iii) la información otorgada por la AFP cumple con las normas vigentes al momento del traslado.

### **ALEGACIONES**

Los apoderados de la parte demandante y demandada: Colpensiones y Porvenir presentaron alegatos de conclusión.

La apoderada de COLPENSIONES presentó poder de sustitución, en consecuencia, se reconoce personería para actuar a la dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES identificada con la cédula de ciudadanía 37.627.008 y tarjeta profesional 221.228.

### **CONSIDERACIONES**

#### **PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia de la vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, se debe ordenar el traslado al régimen de prima media.

**Elementos de prueba relevantes:**

- A folio 7, cédula de ciudadanía que da cuenta que el demandante nació el 26 de agosto de 1957.
- A folio 8-10, historia laboral en Colpensiones que informa que el actor cotizó un total de 556.57 semanas.
- A folio 11 y 13, formulario de afiliación a Skandia y a Porvenir.
- A folio 14-21, historia laboral consolidada en Porvenir.
- A folio 22-25, simulación pensional.
- A folio 123, registro SIAFP.

**Caso concreto:**

El apoderado de Porvenir recurre la sentencia de primera instancia sobre los siguientes puntos: i) no se configuran los presupuestos de la ineficacia prevista en el artículo 271 de la ley 100 de 1993 al no probarse ni la fuerza ni el dolo, ii) no se acreditan vicios en el consentimiento, por lo que la afiliación fue voluntaria y libre de presiones y iii) la información otorgada por la AFP cumple con las normas vigentes al momento del traslado,

Adicionalmente, respecto de la sentencia se debe surtir el grado jurisdiccional de consulta en virtud del artículo 69 del CPTYSS a favor de COLPENSIONES.

Descendiendo al caso de autos, está probado que el demandante se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el 10 de noviembre de 2003 cuando contaba con 46 años de edad, y 556.57 semanas cotizadas al otrora ISS (f ° 8-10); no estaba incurso en las causales de exclusión señaladas en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993, por cuanto a la entrada en vigencia del sistema no tenía 55 años de edad ni se acredita que gozara de una pensión por invalidez.

Adicionalmente, está por fuera de debate que el actor se trasladó de régimen de manera libre, espontánea y sin presiones al RAIS, ya que así se deduce del interrogatorio de parte, corroborando el contenido del formulario de vinculación, documento según el cual de conformidad con la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia contenida entre otras en las sentencias SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, “a lo sumo acredita el consentimiento”.

Las anteriores circunstancias permiten inferir que el acto del traslado al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió, en especial los de validez señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, norma que permitía

157

que el trámite se realizara con documentos preimpresos, aunado a que no existían razones que dieran lugar a que fuera rechazada la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

En relación con el argumento de que no se demuestra vicios en el consentimiento, se observa que en el libelo introductorio se peticiona la ineficacia del acto de traslado al considerar el demandante que existió un vicio en el consentimiento porque el fondo no le dio información clara, precisa y suficiente para tomar la mejor decisión y la juez de primera instancia declaró la ineficacia del traslado por considerar que las demandadas faltaron a su deber de información aplicando para ello la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En relación con el deber de información, es de anotar, que el precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral señala, primero, que “los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse” (sentencia proferida en el radicado 68838), de tal manera que para el año 2003 no existía obligaciones que se generaron entre otras a partir de la expedición de la ley 1328 de 2009, y que son las que el actor señala incumplidas en el escrito de demanda, por lo que se revisará en el presente caso si se dan los presupuestos jurisprudenciales.

EL formulario allegado al expediente se encuentra suscrito por el demandante, y la firma del formulario es una manifestación del consentimiento emitido por éste al tenor de la jurisprudencia y de conformidad con el artículo 1502 del C.C. esa manifestación de voluntad no se debe encontrar afectada de vicios, tales como el error, dolo o fuerza.

En el presente proceso no se alega ni tampoco se acredita la existencia de los vicios por dolo o fuerza mayor.

Respecto del error enunciado como vicio del consentimiento es de anotar que el demandante no indica la clase de error, esto es, si fue de derecho o, de hecho.

Ahora en relación con el error de derecho es de anotar que este se refiere según la definición doctrinal “a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico”<sup>1</sup>, en una palabra el error recae

<sup>1</sup> Cfr. FLOUR, Jacques et Jean-Luc AUBERT. *Les Obligations*. T. I. 6<sup>o</sup> Ed. Paris, Armand Colin Editeur, 1994, Ps. 142-143.

sobre las definiciones legales de los derechos y obligaciones que le acarrearán a los contratantes la suscripción de determinado acto jurídico, y este tipo de error por expreso mandato del artículo 1509 del Código Civil, no vicia el consentimiento de quien lo presta.

Adicionalmente, sin desconocer la obligación legal de las entidades que administran los recursos pensionales de asesorar a los afiliados desde la vigencia de la Ley 100 de 1993, no se puede pasar por alto que todos los aspectos que regulan el tema pensional se encuentran regulados en la ley, y si se tiene en cuenta que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa de conformidad con el artículo 9 del Código Civil, que fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 651 de 1997, dicha falta de conocimiento no se puede invocar como pretexto para afectar de vicios el consentimiento, máxime cuando las consecuencias del traslado operan en virtud de la ley, al punto que así se señala en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68852.

Respecto a que la ignorancia de la ley no es excusa, ya lo señaló la Corte Constitucional en sentencia C-401/16, cuando indicó que *“debido a que todo afiliado al régimen de prima media con prestación definida debe saber que requiere cotizar mínimo 1.300 semanas para tener derecho a una pensión de vejez -la ignorancia de ley no sirve de excusa”*, ello es relevante porque dicho artículo 9 de acuerdo a la jurisprudencia constitucional es un desarrollo del artículo 95 de la Constitución Política que consagra que todas las personas están obligadas a cumplir la constitución y las leyes.

De tal manera que se descarta en el presente caso la existencia de un error de derecho.

Ahora si se aceptara que la insuficiente información generó un engaño, para así tipificar como vicio del consentimiento el error de hecho, respecto de este se debe señalar que se configura cuando recae sobre la especie de un acto o contrato que se ejecuta diferente al que se pretendió, el cual no se acredita en el presente caso porque de acuerdo con la exposición en el interrogatorio el demandante pretendió un traslado de régimen pensional y eso fue lo que acaeció, situación ésta que no se constituye ni en causa ni objeto ilícitos.

Por lo que se colige que en el presente caso no se configuran vicios que den lugar a declarar la nulidad o ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, tal como lo señala la parte recurrente.

Ahora el reiterado precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre la materia indica que la carga de la prueba sobre la información otorgada al vinculado es de responsabilidad del fondo de pensiones, en el presente caso se encuentra, al revisar el interrogatorio de parte, que el demandante para evitar derivar una confesión fue renuente a señalar todos los aspectos de la asesoría, no obstante de su exposición se logra constatar que al gestor además de indicársele que el instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, también se le dio a conocer la posibilidad de que su pensión podía quedarle a los hijos, sumado a que hizo referencia a los ahorros que tenía en el fondo y a la rentabilidad que generan las AFP, lo cual permite colegir que en efecto recibió una asesoría, que además lo fue de manera personal y verbal, tal y como se realizaba en la época de afiliación, lo que le permitió al actor valorar que era más beneficioso pertenecer a dicho régimen.

De tal manera que al aplicar el reiterado precedente de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral sobre la carga de la prueba que se encuentra bajo la responsabilidad del fondo de pensiones se verifica en el presente caso que los elementos de prueba que obran en el proceso analizados bajo los criterios del artículo 61 del CPTYSS y el principio de la comunidad de la prueba acreditan que el fondo entregó asesoría al demandante.

Finalmente, frente al argumento del recurso de apelación que señala que no hay lugar a la ineficacia de la afiliación, por cuanto no se cumplen los presupuestos previstos en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, es de anotar que esta es una norma sancionatoria cuya aplicación no le compete a la jurisdicción ordinaria laboral en la medida en que en ella se establece el hecho generador, (actos que impidan o atenten en cualquier forma el derecho a la afiliación o selección), la sanción ( multa, la perdida de efectos de la afiliación) y la autoridad competente para su imposición (Ministerio del Trabajo y Seguridad Social o Ministerio de Salud en cada caso), por lo que el asunto no puede ser estudiado bajo esta óptica por este Tribunal.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Respecto de la ineficacia, ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre ese concepto tanto en sentido amplio como 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 reconocida en el interrogatorio de parte, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió.

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, en la medida en que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a las Administradoras en los periodos en que la demandante se vinculó a ellas.

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

Si en gracia de discusión se analizara la causal de ineficacia en sentido estricto 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, primero, que la carga de la prueba bajo la responsabilidad de los fondos fue cumplida, tal y como quedara expuesto en párrafos precedentes, y segundo, que ese incumplimiento del deber de información, según la misma jurisprudencia es una forma de atentar contra el derecho del trabajador a una afiliación libre, lo cual se consagra en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia

SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852) y en ese caso no le compete a la jurisdicción definir su ocurrencia o no por el mismo mandato legal.

Nótese que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852, sustenta la ineficacia en sentido estricto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma especial sobre la materia del Sistema de Seguridad Social Integral.

En la anterior sentencia reitera lo expuesto en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 y en las que

“... precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la *ineficacia en sentido estricto* o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando *«el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente 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»*.

Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro”. (cursivas y negrillas propias del texto)

De tal manera que al aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga la reiteración la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión sobre esa clase de ineficacia no requiere de intervención judicial, no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de

normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Por último, dado que se surte el grado jurisdiccional de la sentencia a favor de COLPENSIONES se tiene que la sentencia que declara la ineficacia del acto de traslado contraría los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera y solidaridad propios del régimen de prima media, en la medida que se acredita en el proceso con los hechos de la demanda que la inconformidad del demandante y el motivo del presente proceso es el posible monto de la mesada pensional, que según genera una diferencia entre mesadas en los dos regímenes de \$3.236.400=, esto es, que el régimen de prima media con los recursos del fondo común debe cubrir esa diferencia, que para la expectativa de vida del demandante, sin contar con los aumentos anuales, ascendería a la suma de \$772.852.320=, ello porque el demandante nació el 26 de agosto de 1957.

Para garantizar la sostenibilidad financiera de los dos regímenes se declaró la exequibilidad del término de carencia de la facultad para realizar traslado entre regímenes consagrada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por la Corte Constitucional, al considerar efectivamente que un traslado en fecha cercana a la de adquirir el derecho a la pensión descapitaliza el fondo común.

Lo anterior se deduce del contenido de la sentencia C-1024 de 2004 en la que se expuso *“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.*

160

*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,...*

Sobre la vulneración del principio de solidaridad propio de ese régimen en la medida que ya la Corte Constitucional en diversas sentencias ha reiterado que *"... 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"* (Sentencia C-401/16). Es por ello, que esas diferencias hacen que el traslado entre regímenes tenga un plazo para garantizar la sostenibilidad de cada régimen.

También la Corte Constitucional en otras sentencias ha indicado, entre ellas, en la sentencia C-083/19, 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<sup>[30]</sup>, y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación<sup>[31]</sup>, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.*

Como conclusión de los anteriores precedentes jurisprudenciales, se tiene que por 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.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores causados durante la permanencia en el régimen de ahorro individual, lo cual se deduce de la misma normatividad pensional que solo permite el regreso en cualquier tiempo al Régimen de Prima Media a las personas que cotizaron 15 años o más al régimen antes del 1 de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral antes de dicha fecha, de acuerdo con el requisito de semanas exigidos para esa anualidad, porque en la actualidad la proporcionalidad sería de 18 años o más en la medida que el número de semanas para adquirir el derecho son 1300.

En ese orden de ideas, al valorarse el caudal probatorio allegado en el trascurso del proceso y el marco normativo aplicable al momento del traslado como lo señala la jurisprudencia, se deduce que en el presente caso no se dan los supuestos legales ni jurisprudenciales para declarar la ineficacia del acto de traslado al régimen de ahorro individual, por lo que hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia.

**COSTAS:** no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

161

En mérito de lo expuesto, la **SALA 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:

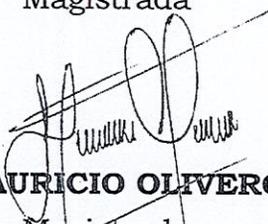
**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 31 de julio de 2020 por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas por el señor **ALFONSO CAMPOS SANCHEZ**, identificado con la C.C 5.881.699.

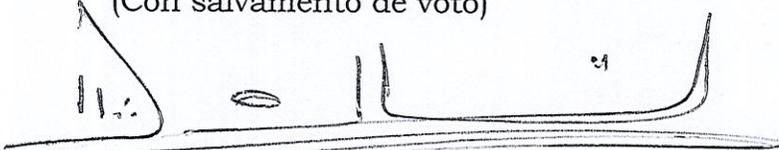
**SEGUNDO:** Sin costas en la presente instancia, las de primera a cargo de la parte demandante.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

(Con salvamento de voto)

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



## SALVAMENTO DE VOTO

**Radicado:** 11001 31 05 029 2019 00640

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.

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

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

toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible, pues, solo así, se entenderá que el asesor o promotor del fondo pensional ha emitido un consejo, sugerencia o recomendación de manera completa en atención a las situaciones particulares del afiliado (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018; STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Paralelamente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL1421 de 2019, la misma corporación indicó que, el libre 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.

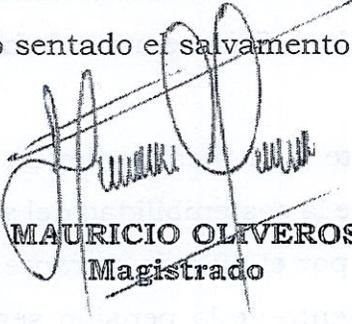
Finalmente, frente a la inconveniencia financiera del sistema pensional esbozada, considero que la sostenibilidad del sistema no se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión según los principios que 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.

De todas maneras, cualquier discusión frente al déficit o sostenimiento financiero que pudiera generarle la decisión de ineficacia del traslado al régimen de prima media con prestación definida, se encontraría superada con el resarcimiento de los perjuicios que puede obtener Colpensiones a través de la acción judicial correspondiente en contra de las administradoras de fondo de pensiones del sistema de ahorro individual que incurrieron en la falta al deber de información del afiliado, de conformidad con el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, el cual señala que: *“Cualquier infracción, error u omisión -en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados- en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de*

*pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelante de sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones.”*

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 las respuestas que dio la demandante en el interrogatorio de parte, la suscripción del formulario de afiliación 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

TSB-SALA LABORAL

54793 360CT\*20 PM 3:19

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** GERARDO MENDEZ AMEZQUITA

**DEMANDADO:** CHEVRON PETROLEUM COMPANY

**RADICADO:** 11001 31 05 030 2018 00669 01

**MAGISTRADA PONENTE:** ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veinte (2020).

**SENTENCIA**

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte **DEMANDADA** contra la sentencia proferida el 16 de julio de 2020 por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá.

**ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende que se *declare* que entre las partes existió una relación laboral que inició el 1 de julio de 1984 y finalizó el 22 de octubre de 1986; que el último salario devengado ascendió a la suma de \$217.385; que la demandada no realizó la afiliación al sistema de seguridad social ni realizó los aportes durante la vigencia del vínculo contractual, para que como consecuencia de lo anterior, se condene a la convocada a liquidar, expedir y pagar el bono pensional por el periodo comprendido entre el 1 de julio de 1984 y el 22 de octubre de 1986 a disposición de Porvenir; al pago de las agencias en derecho y las costas del proceso y a lo ultra y extra petita. (fl.º 50)

autónoma con personería jurídica y patrimonio propio a la cual encargó la administración del referido seguro.

El artículo 72 señaló que *“las prestaciones reglamentadas en esta ley, que venían causándose en virtud de disposiciones anteriores a cargo de los patronos, se seguirán rigiendo por tales disposiciones hasta la fecha en que el seguro social las vaya asumiendo por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada caso. Desde esa fecha empezarán a hacerse efectivos los servicios aquí establecidos, y dejarán de aplicarse aquellas disposiciones anteriores”*.

Se debe observar que mediante Decreto 1993 de 24 de octubre de 1967, que aprobó el Acuerdo 257 de 13 de septiembre de ese año, expedido por el Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales, se ordenó la inscripción a la entidad para el cubrimiento de los riesgos de Invalidez, Vejez y Muerte, entre otros, de los patronos que tienen que inscribirse e inscribir a sus trabajadores que cumplieran actividades industriales extractivas del petróleo y sus derivados, la cual se cumpliría en fechas determinadas.

Así mismo, la Resolución No. 4250 de 28 de septiembre de 1993, fijó el 1º de octubre de 1993 como fecha de iniciación de inscripción en el Régimen de los Seguros Sociales Obligatorios, para aquellas personas naturales y jurídicas de derecho privado y sus contratistas independientes y para los trabajadores de los citados empleadores, que se dedicaran a las actividades extractivas de la industria del petróleo y sus derivados, atendiendo las zonas geográficas en donde el Instituto haya extendido cobertura y llamado a inscripción.

Del recuento normativo precedente, se colige que la obligación patronal de afiliar a los trabajadores al ISS no nació de manera automática con la expedición de la Ley 90 de 1946, sino que se materializó de forma paulatina.

Según lo expuesto, con anterioridad a la ley 100 de 1993 no existía en Colombia un sistema integral de pensiones y solo los empleadores cuyas empresas contaran con un capital superior a ochocientos mil pesos se encontraban obligados a reconocer las respectivas pensiones al cumplimiento de la edad y tiempos de servicios, pero sólo a la empresa particular, pues no era posible acumular tiempos servidos a diferentes patronos.

Posteriormente, el ISS comenzó a asumir progresivamente el reconocimiento de pensiones de los trabajadores privados, ya por afiliación directa de estos

149

o por la sustitución de la obligación pensional radicada en los empleadores particulares que tenían a su cargo el riesgo.

Fue por esa razón que al entrar a regir la ley 100 de 1993, el legislador incluyó en su artículo 33 la norma que reguló el asunto consagrando los requisitos para adquirir el derecho a una pensión de vejez y en su parágrafo 1° dispuso la forma en que los periodos laborados con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993 habrían de computarse para efectos de estudiar el cumplimiento de los presupuestos pensionales allí exigidos.

El parágrafo 1° en su literal “c” dispuso que para efectuar el cómputo de las semanas a que se refiere ese artículo, se tendría en cuenta *“el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993”*.

De la literalidad de esta disposición es entendible que sólo fue autorizado el cómputo de los tiempos servidos a empresas que tenían a cargo el reconocimiento de pensiones siempre y cuando los vínculos laborales se hubieran mantenido después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. De este modo fueron excluidos quienes a esa fecha ya no contaran con vínculo laboral vigente con esas empresas, tal y como ocurrió en el caso de autos, dado que la relación laboral finalizó en octubre de 1986.

También es cierto que para la época en que se dio la relación laboral entre las partes no existía obligación de afiliación al ISS, y por ello, en principio le asistiría razón a la recurrente, no obstante, la Sala no puede ser ajena a los cambios jurisprudenciales<sup>1</sup> dadas las circunstancias específicas en que se encuentra el actor ya que el ordenamiento jurídico generó a cargo suyo una situación que le es sumamente desfavorable y que a la luz de los principios que rigen el ordenamiento jurídico Colombiano resulta inequitativa.

Tales postulados se han tenido en cuenta por la H. Corte Suprema de Justicia a partir de la sentencia SL9856 de 16 de julio de 2014, radicado 41745 en la que se estableció que el empleador no puede eximirse de responsabilidad respecto de los periodos efectivamente laborados por su empleado bajo el pretexto de que no existía norma que regulara el pago de cotizaciones, tesis que ha venido siendo ratificada en innumerables

<sup>1</sup> Sentencia SL2584-2020 de julio de 2020, Radicado 80242 “No sobra destacar que, a partir del año 2014, la jurisprudencia de esta Sala dejó de lado la teoría que defiende la recurrente en sede del recurso extraordinario. En efecto, desde la sentencia CSJ SL, 16 jul. 2014, rad. 41745 la postura que adoptó esta Corporación es que las obligaciones de los empleadores con sus trabajadores derivadas de la seguridad social en pensiones subsisten, aun cuando la falta de afiliación al sistema no obedezca a su culpa o negligencia.”

decisiones tales como la SL17300-2014 de 24 de septiembre de 2014, radicado 45107, la SL7884-2015 del 28 de mayo de 2015, radicado 36887 de 2015, la SL16086-2015 de 20 de octubre de 2015, radicado 54226 y la sentencia SL7647-2015, del 1° de julio de 2015 radicado 59027, de tal manera que no tienen visos de prosperidad los argumentos de disenso expuestos por el recurrente.

Adicionalmente, no puede pasarse por alto que la Ley 90 de 1946 impuso la obligación a los empleadores de hacer los aprovisionamientos o reserva de capital para realizar las cotizaciones al Seguro Social, mientras este sistema entraba en vigencia, obligación que no desapareció sino que quedó postergada en este caso, hasta la fecha en que finalmente se autorizó la inscripción en el Régimen de los Seguros Sociales Obligatorios, para los trabajadores que se dedicaran a la actividades extractivas de la industria del petróleo y sus derivados.

Entonces, según ello, es válido sostener que en el presente asunto, como nunca se concretó la subrogación del riesgo en cabeza del ISS respecto de la demandada TEXAS PETROLEUM COMPANY hoy CHEVRON PETROLEUM COMPANY, ésta conservó la obligación de mantener la reserva de capital para el eventual pago de la pensión, pero como ello no ocurrió, pues no continuó laborando al servicio de la sociedad recurrente, lo lógico es que ese capital que estaba reservado para el eventual reconocimiento pensional, sea destinado a un título que tiene el mismo objeto, por lo que a juicio de esta Sala la sentencia de primera instancia se encuentra ajustada a derecho.

Ahora bien, en cuanto al argumento relacionado con que la cuota parte del cálculo actuarial debe ser bipartita, la Sala debe indicar que el mismo no está llamado a prosperar en primer lugar, porque la jurisprudencia del tribunal máximo de cierre ha sido enfática en orden a indicar que el pago de ese cálculo está exclusivamente en cabeza del empleador, pues con independencia de la razón que se tuvo para no afiliarse a su trabajador, éste no se puede desligar de las obligaciones respecto del sistema de seguridad social, de manera que sigue teniendo ciertas responsabilidades en torno a la financiación de la pensión y, en segundo lugar, porque como ya se indicara la Ley 90 de 1946 impuso la obligación a los empleadores de hacer los aprovisionamientos o reserva de capital para realizar las cotizaciones al Seguro Social mientras este sistema entraba en vigencia.

Por último, con relación con las costas, tenemos que el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas a la parte vencida en un proceso judicial, y como en el presente caso la parte encartada hoy recurrente fue condenada a las pretensiones de la demanda, no queda

más camino que confirmar dicha decisión, máxime cuando ninguno de los argumentos expuestos en el recurso salió avante.

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

**COSTAS** no se impondrán en esta instancia, por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA 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:

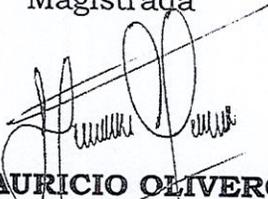
**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 16 de julio de 2020 por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

**SEGUNDO:** Sin costas en la presente instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

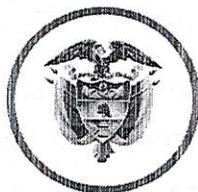
  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

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



1772



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

TSB-SALA LABORAL

54794 30OCT'20 PM 3:19

PROCESO ORDINARIO LABORAL

**DEMANDANTE:** KAREN MARGARITA MERCADO PEREZ

**DEMANDADO:** PALMERA TRADING SAS, MAUXI INVESMENT SAS,  
DISTRIBUIDORA MORE SAS y LEONIDAS CASTAÑEDA ARIZA

**RADICACIÓN:** 11001 31 05 032 2018 00296 02

**MAGISTRADA PONENTE:** ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veinte (2020).

### SENTENCIA

La Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procede a decidir el recurso de apelación presentado por la apoderada de la parte demandada contra la sentencia proferida el 13 de julio de 2020 por el Juzgado Treinta y dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá.

### ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se *declare* que Leónidas Castañeda Ariza y las sociedades Distribuidora Moer SAS, Palmira Trading S.A.S y Mauxi Invesment S.A.S., son solidariamente responsables de sus obligaciones y acreencias laborales derivadas de un contrato de trabajo; que entre las partes existió una relación laboral desde el 15 de marzo de 2017 hasta el 2 de mayo de 2017; que el contrato terminó de forma unilateral y sin justa causa y que los demandados retuvieron ilegalmente sus salarios y prestaciones sociales, para que como consecuencia de ello, se condene a los

encartados a pagar salarios, prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por despido injusto, indemnización moratoria, aportes a la seguridad social integral, aportes parafiscales y caja de compensación, al pago de las costas del proceso y lo ultra y extra petita. (f.º 4-5)

Como sustento de sus pretensiones refirió que ingresó a laborar al servicio de los demandados mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 15 de marzo de 2017 hasta el 2 de mayo de 2017, sin solución de continuidad; que el salario devengado ascendió a la suma de \$1.700.000, desempeñó el cargo de contadora, cumpliendo un horario de 8:00 a m a 6:00 pm de lunes a viernes; debido al maltrato y acoso laboral por parte de Leónidas Castañeda, presentó renuncia al cargo que venía desempeñando; el demandado pese a descontar los aportes con destino a la seguridad social no realizaba las cotizaciones. (f.º 2 -4 y 26-27)

Los convocados a juicio Palmiera Trading SAS, Distribuidora More SAS y Leonidas Castañeda Ariza, se opusieron a todas y cada una de las pretensiones, por carecer de sustento jurídico y veracidad.

Presentaron como excepciones de mérito las que denominaron: pago e inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido (f.º 77-79 y 83-87).

El curador Ad -Litem de la encartada Grupo Maxi S.A.S procedió a contestar la demanda, oponiéndose a las pretensiones, por tener la convicción de no existir causas y fundamentos fácticos que permitan establecer que la demandada tenga algún tipo de responsabilidad, toda vez que la demandante no prueba haber estado vinculada laboralmente con dicha sociedad.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó: pago de las obligaciones como empleador, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, buena fe y genérica. (f.º 148-150)

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 13 de julio de 2020, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido respecto de las sociedades demandadas y no probada las formuladas por el demandado

173

Leónidas Castañeda; declaró la existencia de un contrato de trabajo existente entre la demandante y el demandado Leónidas Castañeda Ariza desde el 15 de marzo hasta el 2 de mayo de 2017; condenó al encartado a pagar a favor de la demandante salarios, prima de servicios, cesantías, vacaciones e intereses a las cesantías y la indemnización moratoria, al igual que las costas del proceso.

### **RECURSOS DE APELACION**

La apoderada de la parte demandada LEONIDAS CASTAÑEDA ARIZA presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente argumentando que en el presente caso no se logró demostrar un vínculo laboral entre la demandante y su prohijado.

### **CONSIDERACIONES**

#### **PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si para el caso que está siendo objeto de controversia se logró probar que entre las partes en contienda existió un verdadero contrato de trabajo.

#### **DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO**

##### **Elementos de prueba relevantes:**

- A folio 8-13, conversaciones de Whatsapp.
- A folio 14, historia laboral en Porvenir.
- Interrogatorio a la demandante y al demandado.

##### **Caso concreto:**

El juez de primera instancia declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo y, como consecuencia de ello, condenó a Leónidas Castañeda Ariza a pagar, salarios, prestaciones sociales, vacaciones e indemnización moratoria.

Inconforme con esa decisión, la apoderada de la parte demandada interpuso recurso de apelación, señalando, en síntesis, que no se logró demostrar el vínculo laboral deprecado en la demanda.

En ese orden de ideas, tenemos que el Código Sustantivo del Trabajo consagra en los artículos 23 y 24 los requisitos del contrato de trabajo y la presunción legal de la subordinación cuando se presta de manera personal el servicio, de tal manera que una vez acreditada la prestación personal de un servicio, nace a favor de quien lo ejecuta una presunción de tipo legal sobre la existencia de un contrato de trabajo, beneficio que surge como una ventaja probatoria a favor de la parte activa quien se despoja de esa responsabilidad demostrativa, y cuya contradicción es de resorte de la parte llamada a juicio a quien corresponde desacreditar dicha presunción de tipo legal.

Bajo ese escenario procede la Sala a revisar el material probatorio recaudado encontrando lo siguiente:

El *demandado en su interrogatorio* negó tajantemente la prestación del servicio de la demandante, al señalar que a lo sumo existió un acercamiento entre las partes para realizar la contabilidad de las empresas, pero nunca se concretó esa situación, al paso que la *demandante* manifestó que suscribió un contrato de trabajo con el encartado, que nunca se le suministró la copia del mismo, que laboró desde el 15 de marzo de 2017 al 2 de mayo de 2017; que presentó renuncia al cargo que desempeñaba y que Leonidas le pagaba \$1.700.000 en pagos quincenales.

También se incorporaron a las diligencias varios mensajes de WhatsApp que se cruzaron las partes en contienda y la historia laboral de la demandante en Porvenir donde se aprecia que el señor Castañeda Ariza Leónidas realizó unos pagos a pensión.

En ese orden de ideas, advierte la Sala desde ya, que el recurso de apelación está llamado a prosperar, como quiera que de manera reiterada la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha señalado que le corresponde al demandante acreditar la prestación personal del servicio, los extremos temporales, entre otros aspectos, para así derivar a su favor la presunción legal de subordinación, dado que la sola mención de la relación jurídica no constituye un modo automático para obtener una decisión favorable.

Del material probatorio recaudado se encuentra que no resulta suficiente para que las pretensiones de la demanda salgan avantes.

A esa conclusión se llega por lo siguiente:

Del interrogatorio de parte rendido por el demandado no puede extraerse confesión alguna que favorezca los intereses de la señora Karen Margarita Mercado Pérez.

De igual forma, según los hechos de la demanda la actora ejercía el cargo de contadora y ejercía las funciones de realizar el inventario de prendas de vestir, llevar la contabilidad de los demandados, la causación de los gastos, las nóminas de los empleados de todas las empresas y demás empleados del señor Leónidas Castañeda, estados financieros y las declaraciones de renta y de retención en la fuente, y para acreditar esos hechos presentó los documentos que corren a folios 8 a 14.

De los documentos que obran a folios 8 a 13, una vez verificado su contenido, no se puede corroborar la prestación del servicio personal de la demandante a la demandada en la forma indicada en los hechos de la demanda, esto es, de manera continua por el periodo comprendido entre el 15 de marzo de 2017 y el 2 de mayo de 2017, en un horario de 8:00 a.m. a 6:00 p.m. Obsérvese que dichos documentos se refieren a conversaciones realizadas los días, 16/3/2017, sin que en este se refiera a alguna actividad de prestación de servicio personal (fl. 8), la conversación del folio 9 no indica fecha y se refiere a la solicitud de ingreso a una oficina por unas carpetas de importación que esta necesitando y la solicitud de la liquidación de "impo de palmera", el folio 10, se informa que se va a ir a la oficina "por la mañana a more y por la tarde" con la finalidad de ingresar unas facturas, sin que se indique la fecha de esa comunicación. Y en ese mismo folio se prestan una solicitud de nit de una empresa, en el folio 11, también presenta conversación en la parte inicial sin indicar la fecha y la relacionada el 4/4/2017 se refiere a una solicitud de información sobre el IPC para ese año. Y se vuelve a generar comunicación hasta el 15/5/2017 sobre una renuncia y del 19/5/2017 sobre el pago de la liquidación.

De conformidad con la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral la carga de la prueba sobre la prestación personal del servicio está a cargo del demandante, para ello se puede consultar las sentencias SL2428-2019- Radicación n.º 59882 del 3 de julio de 2019, SL3568-2018 - Radicación n.º 47156 del 22 de agosto de 2018 y SL8159-2016, Radicación N° 47385 del 8 de junio de 2016, sobre contrato

de trabajo - contrato realidad - principio de primacia de la realidad-extremos.

Nótese que a pesar de indicar la demandante que realizaba muchas funciones, no trajo al proceso ninguna prueba de la ejecución de ellas, por ejemplo, alguna prueba documental que diera cuenta de la elaboración de los estados financieros, o la presentación de balances o de retención en la fuente o presentación del IVA por parte de la accionante o las nóminas.

Además de lo anterior, debe resaltarse el total desintereses de la parte actora de procurar la comparecencia de los testigos que le fueron decretados a su favor, con el objetivo de demostrar los supuestos de hecho que sustentaban sus peticiones.

De tal manera que de las pruebas aportadas no se deduce la prestación personal del servicio, y si en gracia de discusión se señalara que de las conversaciones se pudiera deducir una relación de cliente - contador, es de anotar que no se acredita primero que efectivamente haya prestado tal servicio y segundo al ser la actividad de contador una de las profesiones que se puede prestar de manera independiente (el artículo 37.3 de la Ley 43 de 1993), no se podría tener por probada esa actividad en los términos que se señala en la demanda, porque no se entendería que la persona que esta vinculada a un empleador por virtud de un contrato de trabajo, le informe al jefe el día que va a ir a la oficina, máxime si se tiene en cuenta que según los hechos de la demanda se presentaba a laborar todos los días en un horario de 8 a.m. a 6 p.m.

Por último, se considera que la prueba de una afiliación o pago de aportes a seguridad social por sí sola, no tiene la virtud de demostrar la existencia de la relación de trabajo como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, más aun, cuando dicha facultad también está prevista en el numeral 1) parágrafo 1) literal e) del artículo 15 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 3 de la Ley 793 de 2003, que dispone: *"e) Los aportes podrán ser realizados por terceros a favor del afiliado sin que tal hecho implique por sí solo la existencia de una relación laboral"*.

De tal manera que al no demostrarse esa prestación personal del servicio en los términos señalados en la demanda hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia.

**Costas**, no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA 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:

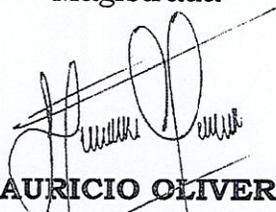
**RESUELVE**

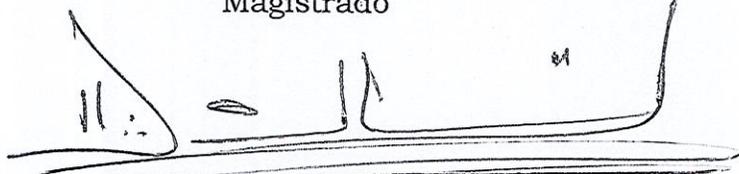
**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 13 de julio de 2020 por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, y, en su lugar, **ABSOLVER** al demandado de las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas.

**SEGUNDO:** Sin costas en ambas instancias.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

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





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

TSB-SALA LABORAL

54981 30OCT'20 PM 3:28

## PROCESO ORDINARIO LABORAL

**DEMANDANTE:** GLORIA MARTINEZ RONDON

**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

**RADICADO:** 11001 31 05 032 2019 00202 01

**MAGISTRADA PONENTE:** ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veinte (2020).

### SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte Demandante contra la sentencia proferida el 29 de julio de 2020 por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá.

### ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare efectiva la solicitud de traslado de régimen pensional a Colpensiones, de la AFP Porvenir S.A., de fecha de octubre de 1996, por haber incurrido Colpensiones en negligencia administrativa al no haber dado respuesta a la misma dentro del mes siguiente a la afiliación de la demandante, sino 22 años después, cuando ya no se podía hacer efectivo el traslado, configurándose mala fe para que se trasladara nuevamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; y, como consecuencia, se ordene a Colpensiones a trasladar automáticamente a la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido de la demandante en su cuenta de ahorro

individual, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; condenar a la demandada a que pague las sumas adeudadas debidamente actualizadas, de conformidad con certificación expedida por el DANE; a las demandadas a las costas y agencias en derecho y a lo ultra y extra petita.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: la demandante nació el 22 de diciembre de 1959, contando a la fecha de presentación de la demanda con 59 años; inició a laborar al servicio del Ministerio de Defensa Nacional entre el 18 de marzo de 1985 y el 7 de junio de 1988, se vinculó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público del 10 de abril de 1989 al 17 de septiembre de 1995; para el periodo comprendido entre el 10 de abril de 1989 y el 31 de octubre de 1994, las cotizaciones en seguridad social se realizaron a Cajanal; suscribió formulario de vinculación a la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. el 27 de octubre de 1994; para el periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 1994 y el 17 de septiembre de 1995, la demandante realizó las cotizaciones a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A.; el 24 de octubre de 1996 radicó ante el ISS hoy Colpensiones, formulario de vinculación-traslado a la entidad; para el periodo comprendido entre el 24 de octubre de 1996 y el 30 de junio del 2000, estuvo laborando al servicio de la Financiera Energética Nacional S.A.; el 24 de octubre de 1996, mediante el empleador Financiera Energética Nacional S.A., la demandante realizó el traslado del RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A. al RPM con Prestación Definida, administrado por el Seguro Social hoy Colpensiones, en las dependencias de afiliación y registro del ISS, de conformidad con el Formulario radicado de Vinculación o actualización al Sistema General de Pensiones del Seguro Social; el ingreso al ISS hoy Colpensiones fue aceptado, de conformidad con lo señalado en el artículo 12 del Decreto 692 de 1994 que reglamenta la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta que dentro del mes siguiente a la solicitud de vinculación, el ISS hoy Colpensiones no efectuó comunicación alguna respecto de la vinculación; de acuerdo con lo anterior, la demandante inició a efectuar las cotizaciones al ISS desde el mes de octubre de 1996, tal y como se refleja en el reporte de semanas cotizadas expedido por el ISS hoy Colpensiones del 27 de enero de 2005 y de la historia laboral expedida por la AFP Porvenir S.A. el 23 de agosto de 2018. El 9 de julio de 2001 y 8 de marzo de 2004, nuevamente suscribió formulario de vinculación o actualización de datos en el ISS hoy Colpensiones. Trabajó del 1°. de septiembre de 2009 al 30 de julio de 2010, para la Secretaria de Hacienda Distrito Capital, realizando cotizaciones en el ISS hoy Colpensiones; para el periodo comprendido entre el 1°. de enero de 2012 y el 30 de abril 2012; laboró para la Unidad Administrativa Especial-Agencia Nacional de Defensa, entre el 1°. de junio de 2012 y el 30 de noviembre de 2012; entre el 1 de julio de 2013 y el 31 de

julio de 2014 y el mes de octubre de 2014, realizó cotizaciones en calidad de trabajadora independiente. Desde el 1 de noviembre de 2017 hasta la fecha, se encuentra vinculada al servicio de la Procuraduría General de la Nación; durante toda su vida laboral, ha cotizado más de 1.230; realizó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones desde el 1º. de octubre de 1996 hasta el 30 de julio de 2012, tal y como se desprende de la historia laboral expedida por Colpensiones el 19 de octubre de 2017; después de más de 20 años de haber efectuado su traslado, recibió un extracto de Porvenir S.A. en el cual aparecen trasladados sin su autorización los aportes que había realizado desde octubre de 1996 al ISS hoy Colpensiones; radicó derecho de petición ante Porvenir S.A. solicitando reversar dichos traslados sin descontar ninguna comisión ni rendimiento, por cuanto se reiteraba que desde el mes de octubre de 1996 se encontraba vinculada al ISS; la AFP le informó que se encontraba afiliada a esa entidad; el 16 de noviembre de 2018, presentó derecho de petición ante la AFP Porvenir S.A., solicitando el traslado de Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones; la AFP mediante comunicado del 20 de noviembre de 2018, le manifestó que se encontraba inhabilitada para trasladarse de régimen, porque le faltaban menos de 10 años para obtener derecho a la pensión; el 30 de noviembre de 2018, radicó ante Colpensiones solicitud de legalización del RAIS al RMP; Colpensiones le manifestó que no era posible atender la solicitud de legalización de traslado, toda vez que no había cumplido el termino mínimo de permanencia legalmente establecido de 3 años; Colpensiones incurrió en negligencia administrativa al no haber dado respuesta a la solicitud de afiliación por traslado de régimen pensional de la demandante, de fecha 24 de octubre de 1996, sino 22 años después, así como no dio respuesta de las subsiguientes solicitudes de vinculación del 9 de julio de 2001 y del 8 de marzo de 2004; al momento de radicar por primera vez el formulario de vinculación con el que se pretendía el traslado y la vinculación al ISS, a la demandante le faltaban 19 años para cumplir los 57 años de edad que exige la Ley 100 de 1993; que al 10 de diciembre de 2018, en la que Colpensiones da respuesta de fondo a su solicitud de afiliación, ya había cumplido el requisito de edad para pensión; la demandante nunca se encontró vinculada al ISS hoy Colpensiones hasta el 24 de octubre de 1996 cuando peticionó su afiliación.(fls. 3-17)

Frente a esas pretensiones, **COLPENSIONES** se opuso a todas y cada una argumentando que el traslado de régimen efectuado se encuentra ajustado a derecho y se realizó de forma libre y voluntaria por parte de la demandante. De manera que debe probarse por la parte demandante el vicio en el consentimiento, que se alude para efectos de determinar si procede efectuar el retorno al RPM máxime cuando al momento de la suscripción del formulario de afiliación era a los fondos privados a los que les correspondía brindar la información necesaria para que el afiliado tomara una correcta

2018\_15265808\_3695089, del 10 de diciembre de 2018 manifestó a la actora que no era posible realizar el traslado por solicitarlo antes de cumplir los 3 años de vinculación con el régimen anterior, iv) que durante el periodo 01/2012, 07/2013, 08/2013 y 10/2014 la actora realizó aportes de manera independiente a la AFP.

Como sustento del recurso de alzada manifestó la apoderada que se debe entender el silencio de Colpensiones como una aceptación tácita de la afiliación prevista en el artículo 12 del Decreto 692 de 1992, que se configura cuando la administradora de pensiones guarda silencio con relación a las deficiencias que se presentan bien sea en la afiliación o en la vinculación del afiliado y al mismo tiempo recibe aportes, ocurrió con el formulario suscrito en el año 1996.

Respecto de dicha aseveración, es de anotar que en el presente caso como se observa en la historia laboral las cotizaciones no se tuvieron en cuenta en Colpensiones ya que las mismas se encuentran con anotación de traslado a la AFP, por lo cual no se dan los presupuestos para deducir una afiliación tácita, ya que esta debe observarse desde la viabilidad jurídica de declararla.

Ahora siguiendo con los elementos de prueba se puede observar que la demandante se trasladó de régimen el 27 de octubre de 1994, entidad en la que efectivamente se realizaron los aportes pensionales.

La anterior afiliación se considera válida porque cumplió con los lineamientos señalados en el artículo 11 de Decreto 692 de 1994, que indicaba que las personas vinculadas al sistema podían continuar en la entidad que se encontraran a afiliados o modificar el régimen sin que le fuere aplicable la prohibición de traslado de tres años señalados en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 15 del Decreto en mención.

Posteriormente, la demandante suscribió solicitud de vinculación al Seguro Social como afiliación (fl. 37) el 23 de octubre de 1996, razón por la que se realizaron por el empleador los aportes en esa entidad.

Al aplicar el artículo 17 del Decreto 692 de 1994 esa afiliación al Instituto de Seguros Sociales no fue válida por no cumplir entre las dos afiliaciones el término de tres años señalado en el artículo 15 del Decreto en mención y en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

De tal manera que no estarían llamadas a prosperar las pretensiones de la demandada sobre tener como válida dicha afiliación al Régimen de Prima Media.

297

No obstante, no se puede desconocer que la actora suscribió una nueva vinculación al Seguro Social el 9 de julio de 2001, fecha para la cual ya podía realizar el traslado de régimen de conformidad con las normas vigentes para esa fecha, esto es, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que solo imponía la restricción de tres años para los traslados entre regímenes.

De tal manera que al ser esta afiliación válida y concretarse las cotizaciones también al Seguro Social, hay lugar a declararlo así en la presente sentencia.

Ahora, si las entidades consideraban una situación de múltiple vinculación debieron aplicar el Decreto 3800 de 2003, artículo 2º., que señalaba que en eventos de múltiple vinculación, si la persona no manifestaba su voluntad de afiliación se entendería vinculada a la entidad a la que se encontrara cotizando a 28 de enero de 2004, verificándose que para dicha el aporte fue consignado en el Instituto de Seguros Sociales.

A idéntica conclusión se arriba si se aplica el Decreto 3995 de 2008, artículo 2º., en la medida en que entre el 1º. de julio y el 31 de diciembre de 2007 las cotizaciones se realizaron al Instituto de Seguros Sociales, de tal manera que en el presente caso se encuentra que efectivamente la afiliación válida al Régimen de Prima Media es la realizada el 9 de julio de 2001.

Respecto de la excepción de prescripción, alegada por la parte demandada y resuelta a su favor por el juez de primera instancia, es de anotar que mientras el derecho a la pensión se encuentre en construcción como ocurre en el presente caso la excepción no está llamada a prosperar, de tal manera que hay lugar a revocar la decisión de primera instancia.

Para el traslado de los recursos pensionales, la Administradora deberá entregar a COLPENSIONES dentro del mes siguiente a la ejecutoria de la sentencia, todas las sumas correspondientes a los aportes realizados por la demandante, junto con sus valorizaciones o incrementos, el bono pensional si hubiere lugar, los del fondo de garantía mínima del ISS, tal como lo establece el Decreto 3995 de 2008, artículos 7º. y 8º.

En ese orden de ideas, hay lugar a **revocar** la sentencia de primera instancia., para en su lugar declarar que la demandante se encuentra válidamente afiliada en el Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

**COSTAS:** no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA 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**

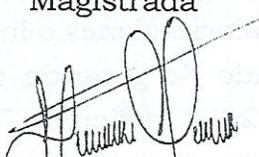
**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 29 de julio de 2020 por el Juzgado Treinta y dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, para en su lugar **DECLARAR** que la señora GLORIA MARTINEZ RONDON, identificada con la C.C. 35.466.082 se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, desde el 9 de julio de 2001.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad de los recursos que se encuentren bajo su administración y que corresponda a la señora GLORIA MARTINEZ RONDON, identificada con la C.C. 35.466.082, a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES COLPENSIONES, dentro del mes siguiente a la ejecutoria de la sentencia en los términos señalados en la parte considerativa, por las razones expuestas.

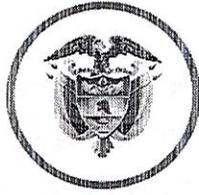
**TERCERO: Sin COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

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



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

TSB-SALA LABORAL  
54792 30OCT\*20 PH 3:19

## PROCESO ORDINARIO LABORAL

**DEMANDANTE:** JUAN LUIS FIGUEROA SERRANO

**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y OTRO.

**RADICADO:** 11001 31 05 032 2019 00246 01

**MAGISTRADA PONENTE:** ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veinte (2020).

### SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la **parte demandante** contra la sentencia proferida el 10 de agosto de 2020 por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá.

### ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare que fue inducido en grave error por parte de Old Mutual S.A. al haber omitido información completa, veraz e imparcial sobre los beneficios, inconvenientes, consecuencias y efectos relacionados con la decisión de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual afiliándose a esa AFP; que es ineficaz la afiliación a Old Mutual S.A. y vigente la afiliación al RPM administrado por Colpensiones; y por consecuencia de lo anterior, se condene a Old Mutual S.A. a comunicar a Colpensiones la declaratoria de ineficacia de la afiliación del demandante y a tenerlo como afiliado; a Old Mutual S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes cancelados al Régimen de Ahorro Individual desde el 1 de diciembre de 2003, a incluir el 100% de los aportes efectivamente

cancelados, con los rendimientos que por ellos se han generado; a trasladar la historia laboral por el tiempo cotizado; al pago de las costas, gastos, agencias procesales y demás sumas de dinero que resulten probadas dentro del proceso y a lo ultra y extra petita.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: nació el 22 de septiembre de 1955, cotizó para el ISS hoy Colpensiones durante el periodo comprendido entre el 1 de agosto de 1983 y el 30 de noviembre de 2003, acumulando un total de 270,86 semanas; en el ISS hoy Colpensiones tenía la expectativa legítima de pensionarse a los 62 años de edad, con 1.300 semanas cotizadas; a partir del 1 de diciembre de 2003 el demandante atendió la solicitud de traslado efectuada por AFP Old Mutual S.A.; al momento del traslado el asesor no le entregó la información con la transparencia necesaria en la exposición de razones, debidamente sustentadas para garantizar el derecho del afiliado a la toma correcta de la decisión de continuar vinculado al Régimen de Ahorro Individual; no contó con ninguna clase de asesoría personalizada y adecuada para la decisión a tomar; no presentó ni efectuó las proyecciones del monto de la pensión que le correspondería al demandante; el asesor le aseguró al demandante que podría pensionarse a la edad que quisiera, con el valor de la mesada pensional de acuerdo a las expectativas que traía del régimen anterior; le dijo que se podría ver afectado su derecho pensional de continuar con el ISS, en la medida que esta entidad iba a desaparecer y, por ende, no podría reclamar el derecho que le pudiera corresponder; durante el tiempo de afiliación del demandante la AFP no le ha suministrado por iniciativa propia ninguna clase de información relacionada con su expectativa pensional; no le informaron el impedimento que se le presentaría al cumplimiento de los 52 años para regresar al Régimen de Prima Media, ha cotizado al RAIS desde el 1 de diciembre de 2003 hasta octubre de 2018, 767,14 semanas; el demandante al mes de octubre de 2018 contaba con un total de 1.056,29; realizó las correspondientes reclamaciones administrativas con la cual consiguió la proyección pensional., (fls. 4-11)

Frente a esas pretensiones, **COLPENSIONES** se opuso a todas y cada una argumentando que ante la entidad el traslado de régimen efectuado se encuentra ajustado a derecho y se realizó de forma libre y voluntaria por parte del demandante. De manera que, deberá probarse por parte del demandante el vicio en el consentimiento que se alude para efectos de determinar si procede efectuar el retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, máxime cuando al momento de la suscripción del formulario de afiliación era al Fondo Privado al que le correspondía brindar la información necesaria para que el afiliado tomara una correcta decisión

206

frente a la conveniencia de uno u otro régimen. Presentó como excepciones de mérito las de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción e innominada o genérica. (Fls. 57-68)

Por su parte, la **AFP OLD MUTUAL S.A.** hoy **SKANDIA S.A.** se opuso a todas y cada una de las pretensiones argumentado que la selección del régimen pensional es libre y voluntaria por parte del afiliado, por lo que, en tal sentido, al seleccionar el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el demandante aceptó todas y cada una de las condiciones propias de dicho régimen, conforme lo dispone la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios. De forma adicional aclara que la información y asesoría suministrada por Old Mutual S.A. al momento de la vinculación de la parte actora, se realizó de conformidad con las normas y condiciones propias del RAIS del cual hace parte la entidad. Presentó como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y genérica. (Fls. 78-117 y 177-178)

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 10 de agosto de 2020, declaró probadas las excepciones de validez de la afiliación al RAIS formulada por Colpensiones, al igual que las de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, propuesta por Old Mutual; absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte del demandante; costas a cargo del demandante y a favor de las demandadas incluyendo como agencias en derecho la suma de 2 SMLMV a favor de cada una de las demandadas.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

La parte demandante presentó recurso de apelación con sustento en que al demandante nunca se le brindó información clara, precisa y suficiente sobre ambos regímenes pensionales, así mismo, la AFP sólo le dio a conocer al momento de afiliación las bondades del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad omitiendo el deber de información al que está obligado por la Ley 100 de 1993.

### **ALEGACIONES**

La parte demandante presentó escrito de alegatos.

## CONSIDERACIONES

### PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, se debe ordenar el traslado al régimen de prima media.

#### Elementos de prueba relevantes:

- A folio 14, cédula de ciudadanía que da cuenta que el actor nació el 22 de septiembre 1955
- A folios 15-22, 74-77, 139-152, resumen cuenta, resumen semanas cotizadas, historia laboral.
- A folios 23, 153, formulario de afiliación a Skandia, 1 de diciembre de 2003.
- A folio 24-34, 119-131, 134-138, 154-175, reclamaciones administrativas y respuestas.
- Interrogatorios del representante legal de Skandia y demandante.

#### Caso Concreto

La sentencia de primera instancia, mediante la cual se niegan las pretensiones, es recurrida bajo el argumento de que el demandante no recibió por parte de la Administradora de Fondos Pensionales una asesoría completa e integral, sumado a que solamente se le entregó información relevante sobre el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y hasta el momento de la presentación de la demanda no tenía conocimiento de la diferencia entre ambos regímenes pensionales induciendo la Administradora de Fondos Pensionales en error al demandante y configurándose así la causal de ineficacia de traslado.

Revisados los elementos de prueba que obran en el expediente se tiene como hechos probados que: el demandante a la edad de 48 años (Fl. 23) se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual cuando contaba con 270,86 semanas cotizadas al sistema (fls. 74); para dicha data no se encontraba incurso en alguna causal de exclusión de dicho régimen consagrada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 en la medida en que a la entrada en vigencia de la Ley 100 contaba con 38 años de edad y menos de 15 años de cotizaciones, esto es, no tenía 55 años de edad ni se prueba

2011

que gozara de alguna pensión de invalidez; y como lo aceptó en el interrogatorio de parte suscribió la vinculación al RAIS de manera libre, espontánea y sin presiones.

De tal manera que el interrogatorio de parte expuesto permite corroborar el consentimiento en el traslado y que dicho acto jurídico reunió los requisitos señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 que son de validez de conformidad con el mismo artículo, norma que señalaba que la manifestación de la voluntad debía ser en forma libre, espontánea y sin presiones, aunado a que no se acredita circunstancia alguna para que el fondo negara el traslado ya que de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994 a esas entidades les está vedado rechazar una solicitud cuando la persona cumple los requisitos para tal fin.

Respecto del engaño que señala el demandante sufrió al momento del traslado de régimen, lo primero que se debe tener en cuenta es que el artículo 1508 del Código Civil señala como vicios del consentimiento, el error, la fuerza o el dolo, y frente al error la legislación consagra dos tipos: el error de derecho y el de hecho.

En relación con el error de derecho es de anotar que este se refiere según la definición doctrinal "*a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico*"<sup>1</sup>, en una palabra este tipo de error recae sobre las definiciones legales de los derechos y obligaciones que le acarrearán a los contratantes la suscripción de determinado acto jurídico, y esta clase de error por expreso mandato del artículo 1509 del Código Civil, no vicia el consentimiento de quien lo presta.

Adicionalmente, sin desconocer la obligación legal de las entidades que administran los recursos pensionales de asesorar a los afiliados desde la vigencia de la Ley 100 de 1993, no se puede pasar por alto que todos los aspectos que regulan el tema pensional se encuentran regulados en la ley, y si se tiene en cuenta que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa de conformidad con el artículo 9 del Código Civil, que fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 651 de 1997, dicha falta de conocimiento no se puede invocar como pretexto para afectar de vicios el consentimiento, máxime cuando las consecuencias del traslado operan en virtud de la ley, al punto que así se señala en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación

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

68852 y también fue considerado por la Corte Constitucional en la sentencia C-401 de 2016.

El error de hecho se descarta porque no existe discordancia entre el objeto del acto jurídico pretendido y el acto jurídico que efectivamente ocurrió, cual fue el traslado de régimen de pensiones como se reconoce en el interrogatorio de parte.

De otro lado, no se alega la existencia de dolo o fuerza, ni el traslado de régimen constituye en un objeto o causa ilícitos por lo que se colige que en el presente caso no se configuran vicios que den lugar a declarar la nulidad del acto del traslado régimen pensional

Ahora, respecto de la causal de ineficacia consagrada expresamente en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, es de anotar que esta es una norma sancionatoria cuya aplicación no le compete a la jurisdicción ordinaria laboral en la medida en que en ella se establece el hecho generador, (actos que impidan o atenten en cualquier forma el derecho a la afiliación o selección), la sanción ( multa, la pérdida de efectos de la afiliación) y la autoridad competente para su imposición (Ministerio del Trabajo y Seguridad Social o Ministerio de Salud en cada caso).

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado por la entidad de vigilancia y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenida en el mismo Decreto, artículo 211; por lo que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerla.

Por lo anterior, se reitera la aplicación de esas normas por las conductas en ella descritas escapan de la órbita de la competencia de la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Respecto de la causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe

209

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.

Pero si se analizara esa 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, porque señala que es una forma de atentar contra el derecho al trabajador a una afiliación libre, lo cual se consagra en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852) no le competiría a la jurisdicción definir su ocurrencia o no por el mismo mandato legal.

Nótese que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852, sustenta la ineficacia en sentido estricto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma especial sobre la materia del Sistema de Seguridad Social Integral.

En la anterior sentencia reitera lo expuesto en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 y en las que

“... precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la *ineficacia en sentido estricto* o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando *«el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente 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»*.

Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una

afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro”. (cursivas y negrillas propias del texto)

De tal manera que al aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga la reiteración la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión sobre la ineficacia en ese sentido no requiere de intervención judicial, no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en 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; además, dentro del interrogatorio de parte rendido por el demandante, el mismo afirma haber firmado el formulario de traslado de manera libre y voluntaria.

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

209

demandante, lo cual se corrobora con la exposición en el interrogatorio de parte.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, en la medida en que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que él como trabajador independiente y así mismos sus empleadores han realizado directamente los aportes a la Administradora desde el momento en que se vinculó a ella.

Y se reitera la causal de ineficacia contenida en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 escapa a la órbita de competencia de la jurisdicción por el mismo mandato legal, por lo que tampoco están llamados a prosperar los argumentos del recurso de apelación ni de las alegaciones.

Adicionalmente según la misma jurisprudencia ese deber de información debe ser valorado por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado, (sentencia proferida en el radicado 68838), máxime si se tiene en cuenta que en materia laboral de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo, por lo que para el año 2003 no existían obligaciones que se generaron entre otras a partir de la expedición de la ley 1328 de 2009 con su decreto 2241 de 2010 y la Ley 1748 de 2014, con su decreto 2071 de 2015, entre ellas, las de buen consejo y doble asesoría.

En el presente caso se verifica 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 sobre aspectos propios del Régimen de Ahorro Individual, lo cual corrobora los hechos expuestos en la demanda; en el interrogatorio señaló que *“fue una reunión de alrededor de 40 a 50 minutos, donde le explicaron aspectos básicos de los regímenes pensionales”* más adelante agregó que *“creería que si le hablaron de las características de los regímenes pensionales y que la insistencia siempre fue sobre la solidez financiera de los administradores privados”* hecho, sobre el cual determinó su decisión para realizar el traslado de régimen.

Ahora no se puede desconocer que la razón genuina para promover la presente acción se contrae en la inconformidad sobre el monto de la posible mesada pensional, como el demandante lo afirmó en el interrogatorio de parte, y sobre el particular, es de anotar que en cualquiera de los regímenes el monto de la pensión se define al momento de causar o exigir la pensión

una vez cumplido los requisitos y no al momento de la vinculación, en la medida en que dicho monto depende de varios factores que se presentan durante la vida laboral de la persona; en el Régimen de Prima Media del cumplimiento de requisitos, tiempo de cotizaciones y salarios base de cotizaciones y en el Régimen de Ahorro Individual de los aportes a la cuenta individual, bonos pensionales, aportes voluntarios, rendimientos, edad que se escoja de retiro, etc.; de tal manera que cualquier proyección que se realice al momento de la afiliación como lo define la norma es solo un presupuesto basado en variables futuras inciertas y la falta de dicho presupuesto no tiene la virtualidad de afectar la voluntad del afiliado ni la eficacia del acto jurídico del traslado que se presentó en el año 2003, porque no era un requisito exigido por la ley.

Adicionalmente, no se puede desconocer que el demandante es una persona que se encuentra ad portas de exigir el derecho a la pensión y la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993, indicó que el traslado en esa condición 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”.

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 cual lleva a colegir que las diferencias entre los regímenes dan lugar a la exigencia de unos plazos predeterminados para garantizar la sostenibilidad 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.

Y se corrobora que se afecta la sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media porque en los hechos décimo octavo y décimo noveno de la demanda se indica los montos de las posibles mesadas pensionales en cada régimen, y a folio 26 vto se indica que la expectativa de mesada pensional en el Régimen de Prima Media si continuara cotizando sería la suma de \$3.973.000, esto es, que la diferencia entre las mesadas de \$2.415.151, sin incluir los aumentos legales anuales de las mesadas pensionales, debe ser asumido por el fondo común porque la suma que se ordenaría trasladar de la cuenta individual del Régimen de Ahorro Individual no cubre dicha suma.

En conclusión, al aplicar la jurisprudencia constitucional al presente caso se encuentra que efectivamente declarar 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; que no se dan los presupuestos jurisprudenciales para declarar la ineficacia del traslado señalados por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral y no se prueban vicios del consentimiento consagrados en las normas legales antes citadas, y en consecuencia, hay lugar a **confirmar** la sentencia de primera instancia.

**COSTAS:** no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

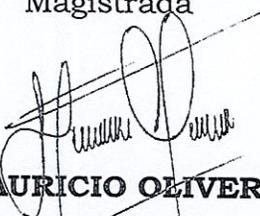
**RESUELVE**

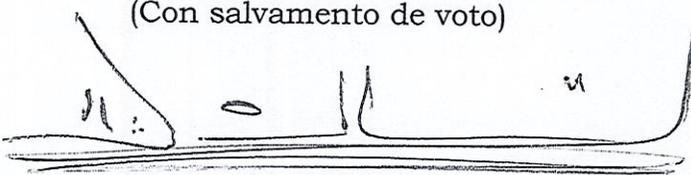
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 10 de agosto de 2020 por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

**SEGUNDO:** Sin costas en la presente instancia, las de primera a cargo de la parte demandante.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado  
(Con salvamento de voto)

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



## 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 **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.

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 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 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, frente a la inconveniencia financiera del sistema pensional esbozada, 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.

De todas maneras, cualquier discusión frente al déficit o sostenimiento financiero que pudiera generarle la decisión de ineficacia del traslado al régimen de prima media con prestación definida, se encontraría superada con el resarcimiento de los perjuicios que puede obtener Colpensiones a través de la acción judicial correspondiente en contra de las administradoras de fondo de pensiones del sistema de ahorro individual que incurrieron en la falta al deber de información del afiliado, de conformidad con el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, el cual señala que: *“Cualquier infracción, error u omisión -en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados- en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelante de sus labores de promoción*

o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones.”

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 las respuestas que dio la demandante en el interrogatorio de parte, la suscripción del formulario de afiliación 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