

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

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JOSÉ RUBÉN RIVERA SÁNCHEZ** en contra de **COLPENSIONES S.A., y PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 037 2018 00576 01.

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuesto Colpensiones y surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor, respecto de la sentencia proferida el 5 de febrero de 2020, por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se declare la nulidad de la afiliación realizada al régimen de ahorro individual con solidaridad en mayo de 1998, por incumplimiento de los deberes legales de información, lo cual generó un error de hecho que vició su consentimiento, por tanto se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida; en consecuencia, se condene a Protección S.A., a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes obrantes en su cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, última entidad que deberá activar su afiliación en pensión (f.º 65).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 7 de septiembre de 1956; realizó aportes en el extinto I.S.S. desde marzo de 1981 hasta mayo de 1998, momento en el que se afilió a la A.F.P. Santander [sic], hoy Protección S.A., a través de engaños y publicidad engañosa, sin que se le hubiera brindado información clara, precisa y concreta de las consecuencias de su traslado, tampoco le avisaron que podía devolverse al régimen de prima media o que se podía retractar de su afiliación, ni le hicieron una proyección o comparativo pensional entre uno y otro régimen. Solo le indicaron como ventajas de trasladarse el que se podía pensionar antes de lo previsto en el régimen de prima media con prestación definida respecto de la edad mínima, que podía obtener la devolución del dinero si no se quería pensionar antes de la edad exigida, y le informaron que el I.S.S. se iba a quebrar.

Sostuvo, que a pocos días de cumplir los requisitos mínimos para acceder a la pensión, solicitó una proyección de su pensión ante Protección, quien le respondió que probablemente devengaría

\$1.336.310, pese a que el I.B.C. de los últimos 10 años supera los \$5.000.000 y en los últimos meses, ha estado por encima de los \$7.000.000, motivo por el que se siente engañado; el mencionado fondo incumplió el deber impuesto por la Superintendencia financiera a través del Decreto 2555 de 2010 y la Circular Externa 016 de 2016, relacionado con informarle el derecho que tenía de poderse reintegrar al R.P.M.D.; reclamó administrativamente, pero las peticiones fueron negadas (f.º 65-68).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, la demanda se admitió el 10 de diciembre de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 81).

COLPENSIONES S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las denominadas: el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, y no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (f.º 83-94).

PROTECCIÓN S.A., se opuso parcialmente a las pretensiones y propuso como excepciones de fondo o de mérito las denominadas: inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la

nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe (f.º 121-131, 158-171).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 99, vto).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 5 de febrero de 2020, declaró la ineficacia del traslado efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Protección S.A., por lo que la afiliación válida del demandante corresponde al régimen de prima media con prestación definida; en consecuencia ordenó a Protección S.A., transferir todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual, junto con los bonos pensionales, y rendimientos financieros causados; a su vez, condenó a Colpensiones a admitir el traslado de régimen pensional del demandante y aceptar los valores que remita Protección S.A.; declaró no probadas las excepciones propuestas y se abstuvo de imponer costas a las partes (f.º 190, 200).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES S.A., apeló con el argumento de que, si atiende como válido el traslado del demandante al régimen de prima media con prestación definida, se afecta ostensiblemente el principio de sostenibilidad financiera del sistema, dado que no estaría en igualdad de condiciones frente a las personas que realmente aportaron a la entidad, además se encontraría en la prohibición legal de trasladarse. Señaló que si bien existe el deber del buen cuidado y consejo por parte de las administradoras, impuesto por la Corte Suprema de Justicia, lo cierto es que los afiliados también tienen la obligación de

mantenerse informado, sin que sirva de excusa la ignorancia de la ley, en este caso, la Ley 100 de 1993; se debe tener en cuenta que el único descontento del demandante es en el monto final de la mesada pensional que recibiría en el R.A.I.S., lo que no resulta ninguna omisión en la información, máxime cuando el traslado se dio como consecuencia de un consentimiento informado al demandante, quien es una persona capaz a la luz de la legislación civil.

V. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 7 de septiembre de 1956 (f.º 35); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 17 de marzo de 1981 y el 30 de abril de 1998, 479 semanas (f.º 40-45, 193 y CD f.º 98); **iii)** que el 24 de abril de 1998 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Davivir, hoy Protección S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de junio de 1998 (f.º 132, 133, 169, 185), donde actualmente se encuentra vinculado con un total de 1731.71 semanas cotizadas, según lo informado por dicha AFP en la historia laboral que reposa de f.º 36 a 39, 136 a 146 y 174 a 184.

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

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

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

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

En el presente proceso, ello ocurre precisamente si se observa que en el recuadro denominado 'voluntad de selección y afiliación' de la solicitud de vinculación a fondo obligatorio de pensiones n.º 617749 diligenciado el 24 de abril de 1998, se encuentra el siguiente texto 'preimpreso', encima de su firma como afiliado: *«Hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he **efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones**. Manifiesto que he elegido a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y de Cesantías Davivir S.A.,*

para administre mis aportes pensionales y que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos» (f.º 132, 169).

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

Y es que realmente surgen interrogantes como: ¿Qué tipo de efecto nocivo puede causarse al accionante quien contaba con 37 años de edad para el 1.º de abril de 1994, que para esa data tenía un total de 348.39 semanas cotizadas, y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?

Así las cosas, para el año de 1994, el demandante contaba con 37 años, es decir, según la norma que se encuentra vigente -Ley 797 de 2003- le faltaban aproximadamente 25 años para cumplir la edad de 62 años, lo cual se traduce en que no contaba con esa expectativa legítima de adquirir el derecho para que pudiera predicarse

válidamente que su afiliación inicial a Davivir, hoy Protección S.A. le cercenó ese derecho.

Por lo que se infiere, que con este acto se produjeron los efectos de traslado válido al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a Davivir, hoy Protección S.A., fuera ineficaz o estuviera viciado de nulidad como lo afirmó la parte demandante, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando la suscripción del mencionado formulario no fue objeto de reproche de su parte; por el contrario, en su interrogatorio de parte, admitió que impuso su firma de manera libre y voluntaria, sin presiones, en el formulario radicado ante Davivir S.A., una vez diligenciado por la asesora respectiva y en forma individual, sin embargo, aunque no lo leyó sostuvo que nadie lo obligó a firmarlo; también admitió, que para el momento en que realizó el traslado de régimen se encontraba trabajando en una empresa llamada California que en la actualidad no existe, y hacia el año 1998, llegaron unas asesoras del fondo a donde se afilió, a decirles a los trabajadores que el I.S.S. se iba a acabar, en grupos de 10 personas les ofrecieron mejores cosas que las que ofrecía el I.S.S., como que iban a salir bien pensionados dado que su dinero iba a tener una mejor inversión, que iban a tener un bono, que sus aportes se destinarían en una cuenta de ahorro individual los cuales ganarían intereses, que lo que habían cotizado en Colpensiones sería trasladado directamente a Protección, que las semanas se mantendrían y serían acumuladas con lo que siguieran cotizando; que recibió los extractos emitidos por dicha A.F.P. hasta hace dos años, ya que en la actualidad le toca pedirlos directamente en la oficina.

Agregó el absolvente, que posteriormente Protección le informó que lo iba a asesorar faltando 10 años para trasladarse, con el fin de decirle si se quedaba allí o se iba de fondo, pero nunca lo aconsejaron, no obstante solo se acercó a una oficina de Protección a averiguar acerca de su situación pensional cuando se fue acercando a cumplir la edad respectiva, es decir, entre los años 2016-2018, cuando ya tenía cumplidas las semanas para ello, tiempo desde el cual surgió su inconformidad basada en el monto que le dijeron en Protección que recibiría como mesada pensional, en la proyección que le elaboraron en dicha data, por lo que considera que la información suministrada por Protección S.A. no fue suficiente.

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

Ahora bien, sobre las consideraciones expuestas en la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL1452-2019, se debe advertir que no se desconoce la obligación de los fondos de pensiones de suministrar a los afiliados la información completa y veraz respecto a las condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, sin embargo, se considera que la omisión de esa obligación, *per se*, no afecta ni la validez ni la eficacia del acto

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

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

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

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

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

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

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

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

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

estricto, indicando que en este concepto “*suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad*”.

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

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

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes desde el año 1998 en la medida en que las partes realizaron las actuaciones (sucesivamente) correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora en los periodos en que el demandante se vinculó a ella.

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

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

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

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

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

En dicha sentencia, expuso la Corte lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional³⁰, y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación³¹, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

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

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

Sin pasar por alto, que en la actualidad existe un criterio jurisprudencial mayoritario, no unificado, en nuestro Órgano de Cierre en relación con la temática que hoy absorbe el conocimiento de esta Sala, por lo que se considera que el afiliado no está exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos, y teniendo en cuenta que de su

elección dependerá su futuro pensional; aquí como se vio con lo manifestado en el interrogatorio de parte, el demandante fue negligente frente a este aspecto, que decidió voluntariamente cambiarse de régimen, contando con la oportunidad de trasladarse nuevamente de régimen en los términos dispuestos en la Ley 797 de 2003, antes de que le faltaran 10 años o menos para arribar a la edad mínima pensional.

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

Así las cosas, si en gracia de discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido el 24 de abril de 1998, el mismo tuvo que ser advertido en esa oportunidad, ante la información brindada, por lo que, indefectiblemente, partir de esa fecha, debía contarse el plazo de 4 años con el que contaba el afiliado para pedir la rescisión del acto jurídico de traslado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, y como no lo

hizo, ese hecho debe tenerse como una ratificación tácita del acto, con lo que se sana cualquier nulidad que hubiese podido existir.

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

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

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

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

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

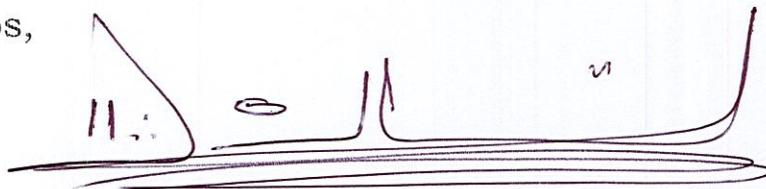
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y consultada, para en su lugar **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES S.A.**, y a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, de todas las pretensiones incoadas por **JOSÉ RUBÉN RIVERA SÁNCHEZ**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER

Ángela Lucía Murillo Varón
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Hernán Mauricio Oliveros Motta
HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
SALVO VOTO

... en virtud de la fuerza de la ley...

RESOLUVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y conculada, para en su lugar ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE FONDOS DE PENSIONES - COLPENSIONES S.A., y a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., de todas las pretensiones incoadas por JOSÉ ENRIQUE HERRERA SÁNCHEZ, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPASE.

Los Registrados,

DAVID A. J. CORREA STEER

ANGELA LUCIA BURGUEO VARGAS

...
...
...

SALVAMENTO DE VOTO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

