

SALVAMENTO DE VOTO

Demandante: María Claudia Muriel Botero
Demandado: Colpensiones y otros
Radicado: 110013105 005 2018 00310 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 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 el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, tal como lo advertí en la ponencia inicial.

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.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4° Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a*

dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la 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 y, 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 SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“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** (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que 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.

Finalmente, conviene precisar que la **sostenibilidad del sistema** tampoco 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, serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

CASO CONCRETO

No es motivo de discusión que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, al haber sido aceptado por las partes en la demanda y contestación. Igualmente, está demostrado con la copia de cédula de ciudadanía de folio 23, que su natalicio ocurrió el 19 de octubre de 1962 y se afilió al ISS desde el 29 de septiembre de 1983, según reporte de semanas cotizadas (f.º 33 a 38 y CD de folio 74 - expediente administrativo).

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 30 de mayo de 2008, así se observa de la certificación emitida por la misma AFP Protección S.A. en el mes de abril de 2018 y reporte de Asofondos (f.º 114), de allí que no sea dable sostener que tal acto aconteció en mayo de 2010 con la suscripción del formulario de folio 97, como se afirma en la contestación de la demanda.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante, manifestó que es psicopedagoga y que en la empresa donde labora fue abordada por un vendedor del fondo privado el cual le indicó en una charla grupal que el ISS se iba a acabar, se pensionaría con mejor plata y más rápido. Además, que no le mencionaron las desventajas del cambio de régimen, que se dio cuenta que la pensión no era la que esperaba, no conoce los extractos y no leyó el formulario.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la

Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que tenía por ley para regresar al sistema de prima media, 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, con atención a su situación personal.

Pues, del interrogatorio de parte surtido a la demandante ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para quedar mejor pensionada, o la referencia que podría pensionarse más y que el seguro social se iba a acabar, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido las reglas sentadas por la Corte Suprema de Justicia.

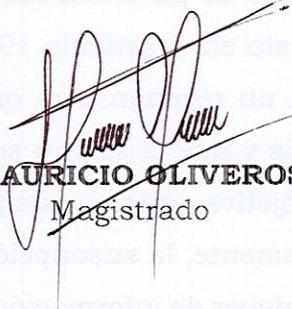
Por tanto, la AFP Porvenir S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por lo anterior, la Sala adicionará la decisión de primera instancia, para en su lugar, disponer el pago de los gastos de administración que no fueron ordenados por el juez de conocimiento, así como también decretar la ineficacia del traslado, dado que el examen del acto de cambio de régimen pensional por trasgresión a deber de información se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde la óptica de la nulidad.

Resulta importante señalar aquí, sobre el fenómeno prescriptivo que si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable, es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al

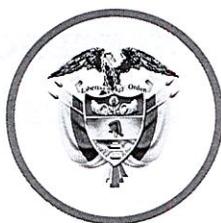
derecho fundamental referido, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo y no pueden ser afectados por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

En ese horizonte, en mi criterio si resulta procedente confirmar la decisión analizada en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la promotora del juicio.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARÍA CLAUDIA MURIEL BOTERO** en contra de **COLPENSIONES, y PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 005 2018 00310 01.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, nuevamente se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta, respecto de la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2019, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante, que se declarara la nulidad de la afiliación con la Administradora de Pensiones I.N.G. fusionada con la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., por ser asesorada de forma equivocada, y por no haberle sido entregada una simulación pensional con anterioridad al cambio de régimen. Consecuencialmente, que se ordenara su retorno a Colpensiones, con las cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos, y los intereses, como lo establece el artículo 1746 del Código Civil, y que se condenara en costas a las demandadas.

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 19 de octubre de 1962, y cotizó al Instituto de Seguros Sociales un total de 402 semanas desde 1983; que el 30 de mayo de 2008, ante las promesas falsas de una asesora de la A.F.P. I.N.G. se trasladó con el desconocimiento de las consecuencias que acarrearía dicha decisión, respecto de la disminución de su mesada pensional; que el fondo privado no le notificó la posibilidad que tenía de retornar al régimen de prima media consagrada en la Ley 797 de 2003; que el 17 de mayo de 2017, Colpensiones le negó el retorno al Régimen de Prima Media, y que para enero de 2018, reporta cotizadas un total de 894 semanas. Finalmente, aclaró que no busca obtener la transición al ser consiente de que no tiene derecho a la misma.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 24 de julio de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 56).

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, y en su defensa propuso como excepciones las de inexistencia del derecho reclamado, la buena fe y las demás declarables de oficio (f.º 64 - 66).

Protección S.A., también se opuso a la prosperidad de las pretensiones del actor. Invocó las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y la buena fe (f.º 85 - 96).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 56).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., en sentencia de 23 de septiembre de 2019, declaró la nulidad del traslado de régimen de prima media al de ahorro individual a través de ING hoy Protección S.A; ordenó a Protección S.A., la devolución a Colpensiones del valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, los frutos, y los intereses; dispuso que Colpensiones recibiera dichos rubros; actualizara la historia laboral de la demandante, y no condenó en costas.

Aseveró, que conforme a la sentencia C-345 de 2017, se impactó la libertad individual ya que lo firmado e informado no corresponde a la realidad, por cuanto la A.F.P. no demostró haber informado sobre la trascendencia de la decisión al momento de suscribir el contrato de afiliación o durante su vinculación, y precisó,, que las aseguradoras no pueden demostrar una confesión sobre la ausencia de recuerdo de la actora en lo dicho en la asesoría grupal, por lo que se incumple el deber previsto en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, que establece la obligación de los promotores de los fondos de

informar de manera amplia y suficiente durante toda la vinculación acerca de las prestaciones a las cuales tiene derecho el afiliado.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia de primera instancia en su totalidad.

Esgrimió, que la accionante suscribió de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación, por lo que ejerció el derecho de libre escogencia, y adujo que el traslado solicitado afecta los intereses y descapitaliza el fondo pensional, por lo que pone en riesgo las pensiones de los demás afiliados al régimen de prima media.

V. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 19 de octubre de 1962 (f.º 23); **ii)** que no es beneficiaria del régimen de transición, hecho aceptado por las partes en la demanda y contestación; **iii)** que cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 29 de septiembre de 1983 y el 30 de junio de 2008, 402 semanas (f.º 33 - 38, y f.º 74 - expediente administrativo), **iv)** y que el 30 de mayo de 2008, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Protección S.A. (f.º 24 - 25).

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 de 1993, 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, precisamente se observa que en el recuadro denominado 'voluntad de selección y afiliación' de la solicitud de vinculación n.° 8235909 diligenciada el 30 de mayo de 2008, se encuentra el siguiente texto 'preimpreso', encima de su firma como afiliada: **«Hago constar bajo la gravedad del juramento que la presente selección la he efectuado bajo las siguiente: a) de manera libre, espontánea y sin presiones, b) la información a ella incorporada es cierta y verificable, c) he sido asesorado ampliamente respecto del régimen de transición, y en consecuencia entiendo y acepto que renuncio a sus beneficios, d) si al 1 de abril de 1994 tenía 55 años o más (hombres), o 50 años o más de edad (mujeres), declaro que conozco la obligación de cotizar 500 semanas dentro del régimen para acceder a sus beneficios, e) he sido asesorado en todos los aspectos del régimen, en particular, emisión y trámite de bonos pensionales y condiciones para pensión, f) conozco el derecho de retracto que me asiste dentro de los 5 días hábiles siguientes a la firma de vinculación, y g) autorizo para que se realicen los trámites tendientes a la emisión de mi bono pensional.»** (f.° 24 - 25).

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

Y es que realmente surgen interrogantes como: ¿Qué tipo de efecto nocivo puede causarse a la accionante quien contaba con 31 años de edad para el 1.º de abril de 1994, que para esa data tenía un total de 49,29 semanas cotizadas, y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?

Así las cosas, para el año de 1994, la demandante contaba con 31 años, es decir, según la norma que se encuentra vigente -Ley 797 de 2003- le faltaban aproximadamente 26 años para cumplir la edad de 57 años, lo cual se traduce en que no contaba con esa expectativa legítima de adquirir el derecho para que pudiera predicarse válidamente que su afiliación inicial a Protección S.A. le cercenó ese derecho.

Por lo que se infiere, que con este acto se produjeron los efectos de traslado válido al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a Protección S.A., fuera ineficaz o estuviera viciado de nulidad como lo afirmó la parte demandante, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando la suscripción del mencionado formulario no fue objeto de reproche de su parte; por el contrario, en su interrogatorio de parte, admitió que impuso su firma de manera libre y voluntaria, sin presiones, a pesar de no haber leído el formulario radicado ante Protección S.A., pues nadie la obligó a hacerlo. También, admitió que el asesor le indicó que se podría pensionar con más plata y más rápido que en el seguro social.

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

obtener el derecho a la pensión sin el cumplimiento del requisito de edad, aumentar el monto de la mesada pensional, etc., situaciones estas que son excluyentes del régimen de prima media con prestación definida, que la demandante 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, si no que permaneció afiliada en Protección S.A. por 13 años, sin que en ese lapso de tiempo se acercara a dicha A.F.P. para averiguar su situación pensional.

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.

Por lo tanto, no es de recibo para la Sala mayoritaria, el hecho de que la actora consideró que Protección S.A. incumplió el deber de

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

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

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

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

Se considera entonces, que no existen elementos de juicio que permitan establecer coacción, error o inducción al mismo como vicios del consentimiento, la deficiencia de la asesoría que se aduce, menos

aún el dolo consistente en artificios o engaños para obtener el consentimiento en el traslado, pues lo que está claro es que la demandante fue asesorada, y estuvo de acuerdo con la información suministrada, por lo tanto, no había lugar a declarar ni la nulidad de la afiliación a la A.F.P. Protección S.A., ni la ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se acreditó que persona alguna hubiese atentado contra el derecho de la trabajadora a seleccionar el régimen pensional.

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

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

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

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

Así como 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 2008, 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 las respectivas Administradoras en los periodos en que la demandante se vinculó a ellas.

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 del fondo fue cumplida en la medida en que es la misma demandante quien en el interrogatorio de parte aceptó que se le entregó asesoría en la oportunidad en la que realizó el traslado de régimen.

Aunado a ello, la jurisprudencia de la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL19447-2017, SL1452, SL1688 y

SL1689 últimas de 2019, entre otras), reitera que la suscripción del formulario a lo sumo acredita el consentimiento, y en este caso, se encuentra que el documento suscrito además de acreditar el consentimiento prueba la información entregada a la demandante, lo cual se corrobora con la exposición realizada en el interrogatorio de parte que absolvió. También, la información ofrecida por Protección a la demandante, además de ser cierta, fue suficiente y oportuna, sin embargo, la actora, le restó importancia a dicha información, de tal manera que durante el tiempo que permaneció afiliada al fondo de pensión, no acudió a este para conocer el estado de su situación pensional, lo que a la postre la llevó a continuar afiliada al régimen de ahorro individual durante aproximadamente 13 años.

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

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

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

En dicha sentencia, expuso la Corte lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

prestación³¹¹, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

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

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

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

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

Así las cosas, si en gracia de discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido el 30 de mayo de 2008, el mismo tuvo que ser advertido en esa oportunidad, ante la información brindada, por lo que, indefectiblemente, a partir de esa fecha, debía contarse el plazo de 4 años con el que contaba la afiliada para pedir la rescisión del acto jurídico de traslado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, y como no lo hizo, ese hecho debe tenerse como una ratificación tácita del acto, con lo que se sana cualquier nulidad que hubiese podido existir.

Por lo dicho anteriormente, no es viable que la demandante pretenda ahora la nulidad de su traslado. Así, la afiliada debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó, tal y como lo admitió al firmar el formulario de vinculación a 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, en ningún vicio del consentimiento, ni causa de nulidad o ineficacia se incurrió en el traslado de régimen pensional surtido por la demandante, quien ese encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que se **REVOCARÁ** la sentencia impugnada y consultada, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra. Sin costas en la alzada, ante su no causación. Las de primera serán a cargo del demandante.

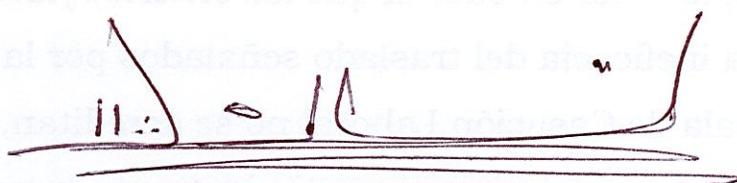
En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

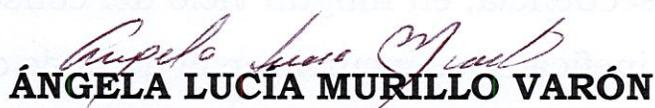
PRIMERO: REVOCAR la sentencia consultada y apelada, proferida el 23 de septiembre de 2019, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** -

COLPENSIONES, y a **PROTECCIÓN S.A.** de todas las pretensiones incoadas por **MARÍA CLAUDIA MURIEL BOTERO**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera serán a cargo de la demandante.



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
(Con salvamento de voto)



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JORGE MILCIADES APONTE ORJUELA** en contra de **COLPENSIONES**.

EXP. 11001 31 05 005 2019 00339 01.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 8 de noviembre de 2019, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante que se condenara de manera principal a la demandada a reliquidarle la pensión que disfruta desde el 26 de julio de 2012, con base en el promedio de lo devengado o cotizado durante toda la vida laboral, en aplicación al artículo 12 del Decreto 758 de 1990, utilizando como tasa de remplazo el 90% por acreditar más de 1.250 semanas de cotización y ser beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; a pagarle las diferencias que se hayan generado debidamente indexadas, los demás derechos a reconocer en virtud de las facultades *ultra y extra petita*, y las costas del proceso.

De manera subsidiaria, que se dispusiera la reliquidación de la pensión con base en el promedio de lo devengado o cotizado en toda su vida laboral, en aplicación al artículo 7.º de la Ley 71 de 1988, y una tasa de reemplazo del 75%, y a pagarle las diferencias existentes debidamente indexadas.

Para el efecto, manifestó que nació el 19 de mayo de 1952, que es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues al 1.º de abril de 1994, contaba con más de 40 años de edad; que la demandada mediante Resolución n.º GNR 121946 del 4 de junio de 2013, notificada el 9 de junio de 2013, le reconoció pensión de jubilación conforme a lo establecido en la Ley 71 de 1988, a partir del 26 de julio de 2012, en cuantía de \$566.700, teniendo en cuenta un IBL \$686.469, al que le fue aplicada la tasa de remplazo del 75%; que interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra dicha decisión, para que le fuera reliquidada la mesada pensional con base en los salarios devengados en toda su vida laboral, lo cual fue negado mediante Resoluciones n.º GNR

275718 del 4 de agosto de 2014, y la n.º VPB 43204 del 14 de mayo de 2015; que el 29 de mayo de 2015, radicó demanda ordinaria laboral, en la que solicitó la reliquidación pensional, la cual correspondió al Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, quien, mediante sentencia del 30 de agosto de 2016, condenó a Colpensiones a reliquidar la prestación en la suma de \$677.614,59, más los incrementos de ley y los intereses moratorios generados respecto de las mesadas pensionales reconocidas tardíamente; que el Tribunal Superior de Bogotá–Sala Sexta de Decisión mediante sentencia del 20 de septiembre de 2016, resolvió revocar la sentencia de primera instancia en cuanto ordenó reajustar la mesada pensional, y confirmó el pago de intereses moratorios hasta el mes de junio de 2013; que la decisión del Tribunal, se basó en que en la demanda se aportó formato n.º 3B de la Secretaría Distrital de Hacienda donde se indican en la casilla 30 otros factores, los cuales no tuvo en cuenta para liquidar la pensión, pues no se indicó si correspondían o no a los señalados en el Decreto 1158 de 1994; que el 19 de enero de 2017, solicitó la reliquidación de la mesada pensional con los factores salariales devengados en toda la vida laboral adjuntando los formatos 1, 2 y 3B de la Secretaría Distrital de Hacienda donde se indican todos los factores salariales devengados señalando los que pertenecen al Decreto 1158 de 1994, pero que la demandada mediante Resolución n.º GNR 28706 del 24 de enero de 2017, rechazó la reclamación al indicar que sobre el asunto ha operado la cosa juzgada. (f.º 115 - 121).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 31 de octubre de 2017, ordenándose su notificación y traslado a la demandada. (f.º 220).

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, se opuso a todas y cada una de las pretensiones del actor. Propuso las excepciones de cosa juzgada, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, y buena fe (f. ° 240 - 250).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., en sentencia de 8 de noviembre de 2019, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación respecto de la pretensión principal y declaró probada la excepción de cosa juzgada en relación con la pretensión subsidiaria; absolvió a Colpensiones de las pretensiones elevadas en su contra, y no condenó en costas.

Esgrimió, que la pretensión principal debe ser negada como quiera que el demandante no cotizó al I.S.S. 1.000 semanas en toda la vida, ni 500 en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad.

Respecto de la pretensión subsidiaria, determinó que este pedimento fue objeto de pronunciamiento en otro proceso en el cual no se aportó la prueba correspondiente situación que no puede ser subsanada en un nuevo juicio.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante, interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia en su totalidad. Dijo, que la Corte Constitucional en sentencia de unificación de 2014, señaló que es posible sumar los tiempos cotizados a cajas de previsión con los cotizados al I.S.S., criterio que fue acogido por la Corte Suprema de Justicia en varias sentencias.

De otro lado, señaló que la cosa juzgada se da cuando hay identidad de objeto, partes y pretensiones, las que efectivamente coinciden, no obstante, se presentan nuevos elementos, por lo que el análisis procede solamente sobre estos. Alegó, que el Tribunal negó lo pretendido no porque no hubiere derecho sino porque se aportaron reportes que no indicaban los factores salariales, por ello, ahora se trae una nueva reclamación con una nueva certificación en la que, si aparecen discriminados los factores a contabilizar para el reconocimiento de la pensión, por lo que la sentencia debe ser revocada.

V. CONSIDERACIONES

Cumplidos como se encuentran los trámites de la segunda instancia, sin que se observen vicios de nulidad que invaliden lo actuado, esta Colegiatura procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada con sujeción al principio de consonancia previsto en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Se tendrá como problema jurídico determinar si en el presente caso resulta procedente reliquidar la pensión del demandante, incluyendo los tiempos servidos en el sector público, con el fin de aumentar la tasa de reemplazo a aplicar, al 90% del I.B.L, y determinar si se configuró la excepción de cosa juzgada frente a la pretensión subsidiaria.

Con respecto a la sumatoria de tiempos públicos y privados, esta Sala ha considerado la improcedencia de acumulación de tiempos públicos y privados cotizados al I.S.S. para efectos de acceder a la pensión de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, pues ninguna de las disposiciones allí contenidas lo permite; y aunque no se desconoce que la Corte Constitucional, entre otras, en sentencias T-143 y SU-769-2014, expresó que ello sí era procedente, al sostener

que del tenor literal de la norma no se desprende que el número de semanas exigidas para acceder a la pensión de vejez sean exclusivamente cotizadas al I.S.S. -interpretación que acogió apoyada en el principio de favorabilidad-, respetuosamente la Sala se aparta de esa interpretación, pues considera que no es ese el alcance que debe dársele a aquel régimen pensional, en la medida en que desconoce que dicho Acuerdo fue expedido por el Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios para la regulación exclusiva de las prestaciones reconocidas por el extinto I.S.S., en virtud de aportes realizados a esa entidad, con una tasa de reemplazo y un ingreso base de liquidación que estaba de acuerdo con el funcionamiento mismo del régimen pensional, sin permitir ese tipo de acumulación de tiempos, dado que para dicha hipótesis se creó el régimen de la Ley 71 de 1988, con normas diferentes y expedidas dentro de un contexto histórico en el que el sistema de financiación de las prestaciones atendía unos criterios y parámetros específicos de la realidad social vigente en la época.

Tal distinción, no significa una violación al derecho irrenunciable a la seguridad social, o a la igualdad, por no tratarse de condiciones pensionales similares o equiparables; así mismo, el art. 12 del referido Acuerdo 049 de 1990, establece como supuesto para la causación del derecho a la pensión de vejez, la acreditación de un mínimo de semanas “cotizadas” y “sufragadas”, lo que permite excluir los tiempos de servicios no cotizados a la entidad porque requiere de cotizaciones efectivamente sufragadas (CSJ SL2135 y SL4362 ambas de 2016, SL11592-2017, SL3489 y SL3304, ambas de 2018, entre muchas otras). Por esta razón, no se computan para el conteo mínimo de semanas exigido por el Acuerdo 049 de 1990, los tiempos públicos laborados por el actor y no cotizados al I.S.S.

De otro lado, en lo relacionado con la cosa juzgada, cabe advertir que en proceso anterior cursado entre las partes (f.º 181 a 198), el demandante pretendió que se reliquidara la pensión de jubilación por aportes de la Ley 71 de 1988, que Colpensiones le reconoció mediante Resolución n.º GNR 121946 del 4 de junio de 2013, a partir del 26 de julio de 2012, en cuantía inicial de \$589.500, por ser beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues en su sentir, la liquidación de dicha pensión debió hacerse con los salarios devengados y cotizados a lo largo de su vida laboral, cuyo resultado y sobre una tasa de reemplazo del 75%, le arrojaba una mesada pensional de \$666.142. (f.º 182 - 186).

En audiencia de juzgamiento del 29 de agosto de 2016, el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, condenó a COLPENSIONES “a reajustar la mesada pensional del señor JORGE MILCIADES APONTE ORJUELA, fijándose como monto de su primera mesada pensional la suma de \$677.614,59 desde el 26 de julio de 2012 más los incrementos de ley y la mesada adicional...”. Asimismo, la condenó al pago de los intereses moratorios y a las costas (f.º 193 - 194).

La condena al reajuste de la pensión fue revocada por la Sala Laboral de esta Corporación mediante sentencia del 20 de septiembre de 2016, al decidir el recurso de apelación que había interpuesto la apoderada de COLPENSIONES, decisión que quedó ejecutoriada por no tener el demandante interés jurídico para recurrir en casación, como lo decidió este Tribunal en auto del 24 de octubre de 2016. (f.º 196 a 200). El motivo de la revocatoria fue que no se podía “incluir dentro del salario base de cotización mes a mes del actor los valores que certificó la Secretaría Distrital de Hacienda ‘como otros factores salariales pagados en el mes certificado’ pues no se estableció si tales pagos corresponden a los factores imputables para tasar la pensión

según lo ordena el Decreto 1158 de 1994; el demandante no aportó pruebas útiles y tenía la carga de hacerlo según lo dispone el artículo 177 del CPC hoy 167 del CGP” (f.º 91).

En este proceso, el demandante, en su pretensión subsidiaria, solicitó que se condenara a COLPENSIONES *“a reliquidar la mesada pensional del accionante, con base en el promedio de lo devengado o cotizado durante toda su vida laboral, retroactivamente desde el momento del reconocimiento de la prestación con base en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988 con una tasa de reemplazo del 75%, por tener más de 1000 semanas de cotización y ser beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es a partir del 26 de julio de 2012”*. En el hecho decimo tercero de la demanda, admite la decisión del Tribunal en el anterior proceso, y en el hecho décimo cuarto, señala que reclamó nuevamente a Colpensiones la reliquidación de su pensión, adjuntándose certificación de la Secretaría de Hacienda Distrital que indica todos los factores salariales que devengó y cuales son los que pertenecen al Decreto 1158 de 1994.

Como puede observarse, la única diferencia entre el anterior y el presente proceso es que en este se adjuntaron cuales fueron los factores salariales que devengó el demandante según el decreto 1158 de 1994, pero en lo demás, es idéntica la pretensión en uno y otro, así como el fundamento de hecho, lo que indica sin lugar a dudas que hay cosa juzgada, que no se desvirtúa por que en el nuevo se haya corregido una falencia probatoria del anterior, la que llevó al juzgador de segundo grado a revocar la condena impuesta por el *a quo* y a absolver a Colpensiones de dicha pretensión de reajuste, de manera que en este caso se dan los presupuestos exigidos por el artículo 303 del Código General del Proceso, en concordancia con el artículo 304 del mismo código.

Por lo anterior, se confirmará la sentencia apelada sin que haya lugar a condena en costas, por cuanto no aparece que se hayan causado.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de noviembre de 2019, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

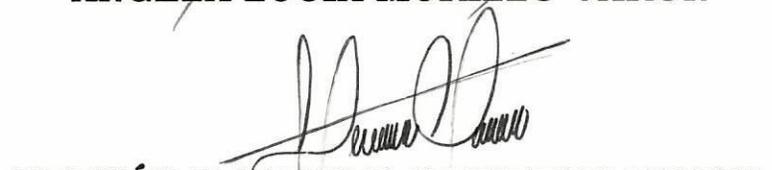
Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
(Con salvamento de voto)

SALVAMENTO DE VOTO

Demandante: María Claudia Pimiento Santos
Demandado: Colpensiones y otros
Radicado: 110013105 012 2018 00520 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 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 el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, tal como lo advertí en la ponencia inicial.

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.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4° Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a*

SAZVARNIKO DE VOTO

El presente documento es propiedad de la Oficina Electoral de la
Comisión Electoral y no debe ser distribuido ni publicado sin el consentimiento
escrito de la Oficina Electoral.

Una vez que se ha completado el proceso de votación, el sistema de votación electrónica
generará un informe que en el caso de estudio, se denominará **informe de resultados de votación**
individual con **identificación de votantes**, en el que se detallará el nombre de cada uno de los
electores que han participado en el proceso de votación. Este informe se generará en el
Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, que no deberá ser publicado al
momento de la generación de la información con posterioridad, una vez que se haya
completado el proceso de votación y se haya generado el informe de resultados de votación.
Este informe se generará en el momento de la generación de la información con posterioridad,
una vez que se haya completado el proceso de votación y se haya generado el informe de
resultados de votación. Este informe se generará en el momento de la generación de la
información con posterioridad, una vez que se haya completado el proceso de votación y se
haya generado el informe de resultados de votación.

La información que se genera en este informe es fundamental para la selección de
los candidatos que participarán en el proceso de votación. Este informe se generará en el
momento de la generación de la información con posterioridad, una vez que se haya
completado el proceso de votación y se haya generado el informe de resultados de votación.
Este informe se generará en el momento de la generación de la información con posterioridad,
una vez que se haya completado el proceso de votación y se haya generado el informe de
resultados de votación. Este informe se generará en el momento de la generación de la
información con posterioridad, una vez que se haya completado el proceso de votación y se
haya generado el informe de resultados de votación.

dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la 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 y, 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 SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“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** (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que 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.

Finalmente, conviene precisar que la **sostenibilidad del sistema** tampoco 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, serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

CASO CONCRETO

Está demostrado que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, dado que con la copia de cédula de ciudadanía allegada en el CD de folio 55 contentivo del expediente administrativo, se verifica que su natalicio ocurrió el 2 de mayo de 1959 y se afilió al ISS desde el 1° de julio de 1981, según reporte de semanas cotizadas (f.° 55 CD expediente administrativo).

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 23 de julio de 1997, así se observa en formulario de afiliación a la AFP Protección S.A. (f.° 74).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante, manifestó que para el momento del traslado no fue asesorada, simplemente le indicaron que los fondos privados de pensiones obligatorias y voluntarias eran mejores además le expresaron que el fondo público se iba a acabar.

A solicitud de la parte demandante fue practicado interrogatorio de parte al representante legal de la AFP Protección S.A., quien indicó no tener presente el nombre del asesor que trasladó a la accionante, señalando que en todo caso todos los asesores de la administradora previo a un contacto con un potencial afiliado son capacitados y evaluados sobre el sistema de seguridad social integral, precisando que ningún asesor usó el argumento de que el Seguro Social se iba a acabar para realizar traslados.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que tenía por ley para regresar al sistema de prima media, 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, con atención a su situación personal.

Pues, del interrogatorio de parte surtido a la demandante ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para quedar mejor pensionada, o la referencia que podría pensionarse más y que el seguro social se iba a acabar, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

En consecuencia, resulta evidente que se configura una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido las reglas sentadas por la Corte Suprema de Justicia por lo que procede declarar la ineficacia del traslado de régimen dando alcance a lo sentado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1688-2019.

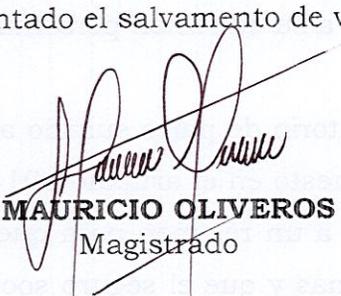
Por tanto, la AFP Protección S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado.

Resulta importante señalar aquí, sobre el fenómeno prescriptivo que si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable, es decir, que la ineficacia del

traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental referido, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo y no pueden ser afectados por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

En ese horizonte, en mi criterio si resulta procedente revocar la decisión de primera instancia, para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARÍA CLAUDIA PIMIENTO SANTOS** en contra de **COLPENSIONES, y PROTECCIÓN SA.**

EXP. 11001 31 05 012 2018 00520 01.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, nuevamente se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2019, por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad del traslado efectuado al régimen de prima media con prestación definida realizado el 1.º de agosto de 1997, por haber omitido el deber de información acerca de cuál era el mejor régimen pensional para ella antes de materializarse dicho traslado; en consecuencia, solicitó en forma principal que se condene a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones, todos los recursos existentes en su cuenta de ahorro individual, incluyendo los costos de administración, y a su vez que se condene a esta última entidad a admitir su retorno.

En forma subsidiaria, solicitó que se condene a Protección S.A., a pagar los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante futuro en cuantía de \$1.444'800.201, calculada con la diferencia de la mesada pensional que se le hubiera pagado en el régimen de prima media con prestación definida (\$2.076.114 con 12 mesadas anuales), frente a la pagada en el régimen de ahorro individual con solidaridad, desde cuando sea reconocida por \$5.885.644 con 13 mensualidades, tomados de aplicar una tasa de reemplazo del 70.67% sobre un I.B.L. de \$8.328.349 liquidado conforme el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y un total de 1650 semanas de cotización (f.º 3-5).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que a la fecha de presentación de la demanda contaba con 59 años de edad; realizó aportes en el extinto I.S.S. desde el 1.º de julio de 1981 hasta agosto de 1997, por haber sido visitada por los asesores de Protección, quienes el 10 de julio de 2018, le brindaron verbalmente la posibilidad de tener una mesada pensional más favorable, y en menor tiempo, si se trasladaba al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin haber proporcionado una información completa y

comprensible acerca de la situación que más le convenía; tampoco le informó cuando le faltaban más de 10 años para cumplir la edad. Señaló que, de serle reconocida una pensión de vejez por parte de Protección S.A., su mesada se vería afectada en \$3.809.530 menos de lo que devengaría con una pensión en el régimen de prima media con prestación definida; reclamó administrativamente el 18 de junio de 2018, pero Colpensiones respondió en forma negativa por faltarle menos de 10 años para el cumplimiento de la edad pensional y no ser beneficiaria del régimen de transición (f.º 5, 6).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante proveído del 26 de septiembre de 2018, la demanda se admitió y se adicionó la decisión en auto del 14 de enero de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 33, 59).

Colpensiones, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y buena fe (f.º 42-49).

Protección S.A., se opuso parcialmente a las pretensiones y propuso como excepciones de fondo o de mérito las denominadas: declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la A.F.P., buena fe, inexistencia de perjuicio y prescripción (f.º 67-73).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 38).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 19 de noviembre de 2019, declaró probada la excepción de inexistencia de causal de ineficacia o de nulidad del acto jurídico de afiliación; y en consecuencia, absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra, sin costas para las partes, tras considerar que, dicho acto se trata de un contrato de aseguramiento que comprende también el deber de consulta y conveniencia de los intereses atados al régimen de ahorro individual con solidaridad, relacionados con el sistema de capitalización; encontró en el caso de la demandante que aceptó la existencia de una asesoría y la realización de aportes voluntarios y su interés de capitalización de sus ahorros para su futuro, de manera que no existe ningún vicio en su consentimiento, aunado a que la demandante tuvo conocimiento de la fusión que tuvo el fondo I.N.G. con Protección S.A., así como una cultura voluntaria de ahorro por lo que no se puede concluir que hubo una desinformación en su afiliación (f.º 82, 86, vto).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandante, apeló bajo el argumento de que se incurrió en una indebida valoración probatoria, en la medida en que a pesar de que ha efectuar aportes voluntarios al R.A.I.S., lo cierto es que no se acreditó el cumplimiento de las obligaciones legales impuestas a Protección S.A., en relación con el deber de información, porque ni se demostró cuáles fueron los beneficios pensionales que se le informaron al momento del traslado.

V. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 2 de mayo de 1959 (CD f.º 55); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 1.º de julio de 1981 y el 31 de agosto de 1998, 696.86 semanas (CD f.º 55); **iii)** que el 23 de julio de 1997, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Protección S.A. (f.º 74), donde actualmente se encuentra vinculada con un total de 1642.43 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º 19 a 26.

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, precisamente se observa que en el recuadro denominado ‘voluntad de selección y afiliación’ de la solicitud de vinculación n.º 0668482 diligenciada el 23 de julio de 1997, se encuentra el siguiente texto ‘preimpreso’, encima de su firma como afiliada: *«Hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad lo he **efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones.** Manifiesto que he elegido a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección SA, para que sea la única que administre mis aportes pensionales y que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos.»* (f.º 74).

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

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

Y es que realmente surgen interrogantes como: ¿Qué tipo de efecto nocivo puede causarse a la accionante quien contaba con 34 años de edad para el 1.º de abril de 1994, que para esa data tenía un total de 168,86 semanas cotizadas, y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?

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

Por lo que se infiere, que con este acto se produjeron los efectos de traslado válido al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a Protección S.A., fuera ineficaz o estuviera viciado de nulidad como lo afirmó la parte demandante, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando la suscripción del mencionado formulario no fue objeto de reproche de su parte; por el contrario, en su interrogatorio

de parte, admitió que impuso su firma de manera libre y voluntaria, sin presiones, a pesar de no haber leído el formulario radicado ante Protección S.A., pues nadie la obligó a hacerlo. También, admitió que hubo asesores que la visitaron en Bucaramanga para ofrecerle mejores condiciones en el R.A.I.S. frente al I.S.S., respecto de lo cual estuvo de acuerdo con la información suministrada por Protección S.A., mediante el cual dicha entidad, le indicó que estaban en auge los fondos porque iban a liquidar el fondo público, por lo que de buena fe se afilió aunque consideró que la información suministrada por Protección S.A. era confiable, pero no suficiente; y admitió que recibe extractos de Protección, pero no los lee porque no vive pendiente de su información pensional. Manifestaciones que denotan su convicción sobre el traslado de régimen, la asesoría recibida y el conocimiento de características propias del régimen pensional al que se trasladó.

Así mismo, se debe tener en cuenta que la información señalada por la demandante que le fue otorgada, no implica un engaño, en la medida en que no es errónea, dado que quienes se encuentran vinculados al régimen de ahorro individual con solidaridad pueden obtener el derecho a la pensión sin el cumplimiento del requisito de edad, aumentar el monto de la mesada pensional, etc., situaciones estas que son excluyentes del régimen de prima media con prestación definida, máxime cuando a pesar de que en el interrogatorio de parte sostuvo que no le informaron acerca de la posibilidad de hacer aportes voluntarios, los hizo, tanto a Protección, como a I.N.G. Pensiones, como dan cuenta las solicitudes de vinculación n.º 0122529 y 2153515 que obran de f.º 75 a 77, con fecha de diligenciamiento del 26 de mayo de 2003, y del 7 de junio de 2011, para acogerse por una parte al plan de Multiversión ofrecido por Protección S.A., bajo el portafolio 'Renta fija Colombia' del 100%, y por otra parte, para hacer la inversión única de \$25.000.000 ante

I.N.G., con el objeto de obtener rendimientos financieros a mediano plazo y con un nivel de riesgo bajo, destinando menos del 10% de su patrimonio para invertir en bonos, acciones o fondos, lo cual decidió luego de haber recibido la respectiva asesoría.

Además, en dichas solicitudes, la demandante manifestó que para el año 1997, fungió como Gerente de Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., que para el año 2003, fungió como administradora de empresas independiente y su actividad económica se encontraba relacionada con la venta de seguros, y que para el año 2011, su ocupación fue independiente como rentista de capital; frente a lo cual, la demandante argumentó en su interrogatorio de parte que tuvo conocimiento de la fusión que hubo entre I.N.G. y Protección, por lo tanto, el aporte voluntario único y libre que efectuó ante I.N.G., fue trasladado al fondo demandado, y que el mismo, es totalmente independiente a sus ahorros en pensiones obligatorias.

Agregó, que en la actualidad es socia fundadora y propietaria de la empresa Corretaje Unimos Ltda, y también Gerente y trabajadora de esta y empleada de la Corporación Educativa San Diego, y que como ha trabajado en seguros durante mucho tiempo, fue su deseo hacer no solo aportes como trabajadora dependiente de las dos mencionadas sociedades, sino como independiente con el 40% de unos dineros que recibe como arriendos (\$7.000.000), con lo cual aporta a la seguridad social. De manera que, con estas manifestaciones y la cantidad de semanas cotizadas a Protección S.A., Se desvirtúa el deseo de permanecer en el régimen de prima media o de retornar a él, al pernoctar en el R.A.I.S. durante más de 10 años.

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.

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

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

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

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

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

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

Por lo anterior, respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe señalar que no se encuentra consignada en

una norma legal, porque se reitera las conductas referidas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 no se alegan en el presente caso, y en gracia de discusión, no le compete a la jurisdicción definir sobre su ocurrencia o no.

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

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

Así como 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 1997, en la medida en que las partes realizaron las actuaciones (sucesivamente) correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora en los periodos en que la demandante se vinculó a

ella, e incluso, al hacer aportes simultáneos como trabajadora independiente se colige que tiene amplio conocimiento de que ello le ayuda para que su capital ahorrado en su cuenta individual se vea aumentado.

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.

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

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

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

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

En dicha sentencia, expuso la Corte lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

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

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

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

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

mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

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

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

voluntarios, bonos pensionales, rendimientos, edad de retiro que se escoja, etc.

Así las cosas, si en gracia de discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido el 23 de julio de 1997, el mismo tuvo que ser advertido en esa oportunidad, ante la información brindada, por lo que, indefectiblemente, a partir de esa fecha, debía contarse el plazo de 4 años con el que contaba la afiliada para pedir la rescisión del acto jurídico de traslado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, y como no lo hizo, ese hecho debe tenerse como una ratificación tácita del acto, con lo que se sana cualquier nulidad que hubiese podido existir.

Por lo dicho anteriormente, no es viable que la demandante pretenda ahora la nulidad de su traslado. Así, la afiliada debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó, tal y como lo admitió al firmar el formulario de vinculación a 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, hay lugar a **confirmar** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

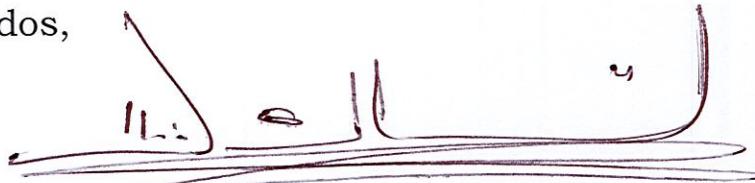
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el 18 de noviembre de 2019, por el Juzgado Doce Laboral de Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

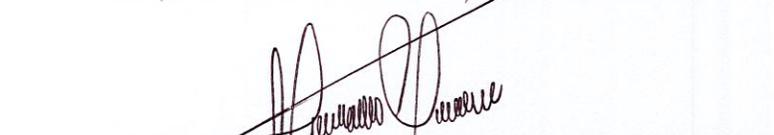
Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

(Con salvamento de voto)

...del Poder Judicial de la Federación...
...del Poder Judicial de la Federación...
...del Poder Judicial de la Federación...

RESUMEN:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el 18 de noviembre de 2019, por el Juzgado Once Laboral de Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



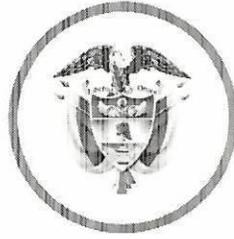
DAVID A. J. CORREA STEYER

ANABELA BUONICCONTI VARGAS



VERÓNICA M. VILLALBA GONZÁLEZ





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 WILSON FORERO FORERO** en contra de **UNIDAD DE GESTIÓN DE PENSIÓN Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP.**

EXP. 11001 31 05 017 2018 00160 01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación presentado por el demandante contra la sentencia proferida el 5 de febrero de 2020, por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se condene a la UGPP a reconocerle la pensión de jubilación regulada en el artículo 86 de la convención colectiva de trabajo suscrita el 31 de octubre de 2001 entre el ISS y Sintra Seguridad Social, a partir del 1.º de abril de 2015, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 100% del promedio percibido los últimos 3 años de servicios, más los intereses de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 e indexación (f.º 5).

Como sustento relevante de sus pretensiones, manifestó que nació el 19 de febrero de 1960 y cumplió los 55 años de edad en el 2015; laboró con el Instituto de los Seguros Sociales un total de 37 años 6 meses y 29 días, de forma interrumpida entre el 13 de septiembre de 1977 y el 30 de marzo de 2015, en calidad de trabajador oficial; la asociación sindical Sintra Seguridad Social y el Instituto de Seguros Sociales, suscribieron una convención colectiva el 31 de octubre de 2001, en la que en su artículo 2.º, señala la vigencia, y en el artículo 98, se estableció una vigencia que va más allá del 2017, para efectos del reconocimiento de la pensión convencional allí regulada; se encuentra afiliado a la dicho sindicato conforme certificación expedida el 12 de marzo de 2018.

Agregó, que el ISS fue suprimido y liquidado por el Decreto 2013 de 2012, y según el artículo 27 de dicha norma, la demandada asume la administración de los derechos pensionales legalmente reconocidos por el extinto ISS en su calidad de empleador, en concordancia con los artículos 1.º y 2.º del Decreto 169 de 2008; el 28 de mayo de 2015, solicitó ante la UGPP reconocimiento de la pensión convencional, pero mediante Resolución n.º RDP 045361 del 30 de octubre 2015, le fue negada con el argumento de que no

cumplió con los requisitos antes del 31 de julio de 2010, por lo que interpuso recursos de reposición y subsidiario de apelación, que fueron desatados negativamente en Resoluciones n.º RDP0492 y RDP 013530 de 2016, mediante las que se confirmó la decisión; agotó la reclamación administrativa el 9 de febrero de 2018, y el 23 de febrero de 2018, la entidad le dio contestación a su solicitud, negando la petición (f.º 5-10).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 7 de mayo de 2018, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 103), quien contestó con oposición a todas las pretensiones de la demanda; propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación y prescripción (f.º 134-139).

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

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 5 de febrero de 2020, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta, y en consecuencia, absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas al demandante, tras considerar que si se reclamaba la aplicación de una convención de trabajo, la mínima carga probatoria que tenía era acreditar la existencia de la misma, carga que recaía exclusivamente en él como la parte interesada en beneficiarse de los alcances jurídicos y efectos dicha convención, sin que hubiera cumplido dicho deber, dado que acompañó a la demanda, una convención colectiva celebrada entre el Departamento de Cundinamarca y el Sindicato de

Trabajadores Oficiales del Departamento de Cundinamarca, la que en ninguna cláusula hace alusión a obligaciones contraídas por el ISS, frente a su sindicato de trabajadores (f.º 183, 184).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El demandante, sostuvo que el no haberse aportado la convención colectiva suscrita entre el Instituto de Seguros Sociales y Sintra Seguridad Social resultaba una causal de inadmisión de la demanda, aunado a que en el numeral 15 de los anexos de la demanda se encuentra relacionada tal convención y en los hechos de la demanda, destacó que suscribió una convención colectiva de trabajo, lo cual fue aceptado por la demandada, en todo caso, dicho escrito, debió haber sido aportado por esta en el expediente administrativo.

Indicó, que según las sentencias SU-555-2014 y SU-241-2015 que este tipo de convenciones se pueden aplicar con posterioridad al 2010, sumado a esto que cumplió más de 20 años dentro del Instituto de Seguros Sociales, por lo que el cumplimiento de la edad sería solo un requisito de causación ya que el derecho, lo tenía adquirido con base en el artículo 98 de la C.C.T.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala determinará como problema jurídico, si el demandante logró demostrar o no, los requisitos para acceder a la pensión de jubilación convencional reclamada en la demanda.

El demandante, funda el reconocimiento de la pensión de jubilación que aquí reclama, en la convención colectiva de trabajo suscrita el 31 de octubre de 2001 entre el extinto ISS y la organización sindical Sintraseguridadsocial, al haber fungido este como trabajador oficial de aquella entidad, y haber estado afiliado a dicho sindicato.

Para resolver, se considera importante recordar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples providencias, ha explicado que la Convención Colectiva tiene el carácter de acto solemne, por lo que su prueba está sujeta a que se acredite que se cumplieron los requisitos exigidos por la ley para que se constituya en un acto jurídico válido, con poder vinculante; de modo que, si tal documento no se aporta al proceso, o incluso se acompaña de manera completa no podrá el juez del trabajo concluir que se acreditó la existencia del mismo y consecuentemente le está vedado reconocer eventuales derechos acordados a través del trámite de la negociación colectiva (CSJ SL, 24 abr. 2013 rad. 43043, SL8718-2014 y SL378-2018).

Adicional a ello, el depósito oportuno de la Convención Colectiva según lo normado en el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo es una exigencia de la ley para su validez, indistintamente de si se aporta al trámite autenticado o en copia simple, se requiere la constancia de depósito de la misma, sin el cual no produce efecto alguno; frente a lo cual se advierte que el artículo 54A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, no derogó la exigencia de los requisitos que deben tener ciertos instrumentos para producir efectos probatorios.

De esta manera, al encontrarse que el texto en el que se fundan las pretensiones no fue allegado, es dable concluir que no se probó en debida forma su existencia legal, pues a pesar de que a f.º 65 obra

certificación de Sintraseguridadsocial, expedida el 12 de marzo de 2018, en la que consta que el demandante se encontraba afiliado para esa data ese sindicato y que es beneficiario de las convenciones colectivas suscritas con el ISS, el 1.º de noviembre de 1996, el 1.º de noviembre de 2001 y las posteriores, lo que realmente se aportó con la demanda de f.º 64 a 98 fue la convención colectiva de trabajo, pero celebrada el 16 de abril de 1993, entre el Departamento de Cundinamarca y el Sindicato de Trabajadores Oficiales del Departamento de Cundinamarca, es decir, una totalmente ajena a las pretensiones del actor.

Así las cosas, concluye la Sala que en efecto, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, pues el *a quo* no podía partir de la existencia de la norma sustancial, sin que sea válido invocar la aplicación de principios constitucionales de prevalencia del derecho sustantivo, o de la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho, mucho menos tratar de culpar al mismo juzgado por no haberle avisado a través de la inadmisión de la demanda, que la convención colectiva que aportó con la demanda, no era la conveniente a sus intereses, como parece sugerirlo el apelante, pues esa no es la esencia del control de legalidad que debe hacer el *a quo* al tenor de lo dispuesto en el artículo 25 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social; tampoco puede endilgar responsabilidad alguna a la entidad por no haberla acompañado el mencionado convenio colectivo con la contestación a la demanda, por cuanto no solicitó pruebas en poder de la demandada; aunado a que tuvo la posibilidad de observar y subsanar tal impase o yerro con una eventual reforma a la demanda, pero no hizo uso de ese derecho.

Al no encontrarse la convención colectiva de trabajo en el expediente, no es válido entrar a verificar la procedencia de los

beneficios extralegales reclamados, sin que sea viable que en esta oportunidad pretenda hacerle producir efectos jurídicos a tal omisión, con la presunta falta de atención que tuvo el juzgado al momento de darle trámite al proceso.

En gracia de la discusión, tampoco resulta viable acudir en este instante a lo dispuesto en el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, porque solo de manera excepcional la norma permite que el tribunal, previo a resolver la apelación, disponga la práctica oficiosa de los medios que estime conducentes para definir el asunto; sin embargo, ello en modo alguno puede conducir a que se supla la inactividad de las partes, sino por el contrario a que se subsanen deficiencias que no les sean atribuibles y que permitan definir el asunto (CSJ SL1002 y SL13657 de 2015), lo que aquí no ocurre en torno a la documental que ahora echa de menos el apelante.

Es que no se puede suplir con todo lo anterior, la falta de una exigencia prevista por la ley como condición imprescindible del acto solemne para que se constituya en un acto jurídico válido con poder vinculante, del cual se debe tener certeza de su existencia para que genere los efectos que se persiguen, precisamente con el propósito de garantizar sus derechos.

Por lo demás, la sola enunciación de un medio probatorio en la demanda no implica necesariamente que tenga que considerarse como aportado en tiempo, toda vez que, puede ocurrir, como seguramente aquí aconteció, que el juzgador de instancia no se hubiese percatado de tal omisión, la cual, en todo caso, debe entenderse zanjada en la oportunidad procesal pertinente en la que se resuelve la procedencia del decreto y práctica de pruebas, siempre y cuando el interesado hubiera corrido con la carga procesal que le

impone la ley, lo que evidentemente aquí no ocurrió (f.º 142, 170, 171). Lo anterior, trae como consecuencia, la **confirmación** de la sentencia apelada. Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

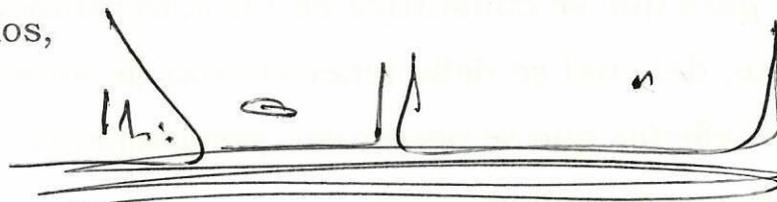
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida el 5 de febrero de 2020, por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

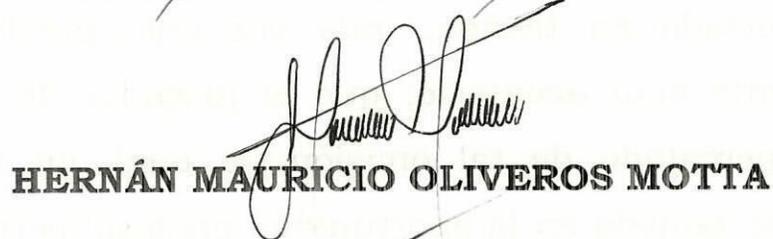
Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

SALVAMENTO DE VOTO

Demandante: Luis Carlos Ávila
Demandado: Colpensiones y otros
Radicado: 110013105 020 2018 000840 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 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 el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, tal como lo advertí en la ponencia inicial.

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.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4° Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a*

DECLARACION DE VOTO

Requisitos: 1) 1301 8103 030 2018 00840 01
Demandador: Pensiones y otros
Demandante: Luis Carlos Avila

En el momento de votar, me permito apartarme de ciertos aspectos al momento de la elección o con posterioridad, una información clara, completa y comprensible y oportuna de las características, condiciones, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitan conocer los efectos de trasladarse del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, tal como lo advierte en la ponencia inicial.

Lo anterior, se edita en que la caracterización fundamental para la selección de régimen pensional es que la misma sea libre y voluntaria por parte del afiliado, conforme lo dispone el inciso b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; igualmente, el artículo 134 del mismo código dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la elección de dicho traslado debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 17 de la misma ley señala, no solamente las sanciones penales para el traslado, sino también el deber de afiliarlo o reafiliarlo, caso que ocurre con el sin cliente.

En consecuencia, el presente traslado no es un traslado libre, espontáneo y voluntario, sino que es un traslado impuesto por el empleador, lo que constituye una violación a los requisitos establecidos en el artículo 134 del código de procedimiento.

dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la 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 y, 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 SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“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** (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que 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.

Finalmente, conviene precisar que la **sostenibilidad del sistema** tampoco 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, serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado de conformidad con la copia de cédula de ciudadanía de folio 29, que el demandante nació el 3 de enero de 1962, por lo que al 1° de abril de 1994 contaba con 32 años de edad, además, a dicha data contaba con 632.58 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, según reporte allegado a folio 136, razón por la cual el actor no es beneficiario del régimen de transición en razón a la edad.

Ahora, revisado el formulario de folio 215, se advierte que el demandante solicita el traslado del ISS a la AFP Colpatria el 21 de septiembre de 1995, el cual se hizo efectivo el 1° de octubre del mismo año, según reporte de Asofondos de folio 214.

Al absolver interrogatorio de parte el demandante, manifiesta que se trasladó al RAIS, de manera casi obligada porque su empleador de la época CAFAM adquirió acciones de Colfondos, por ello, un día llegaron los asesores de la AFP, entregaron los formularios y los empleados, entre ellos él los firmó, pero no recibieron ningún tipo de asesoría. Aseguró que le pusieron de presente la lealtad con el empleador y él cuidando su estabilidad laboral accedió a firmar.

A solicitud de la parte accionante fueron decretados y practicados los testimonios de Gilma Esperanza González y Bernardo Arévalo, quienes manifestaron ser como compañeros de trabajo del demandante. Aseguraron que, en el año 1995, Colfondos y su empleador CAFAM se asociaron por lo que debieron vincularse a esta AFP. La primera manifestó que se hicieron reuniones de varias personas y luego los asesores pasaban por cada puesto para la firma del formulario y les indicaban que lo mejor que podían hacer era cambiarse de régimen, no obstante, el segundo dijo que no hubo al menos en

el piso en el que él, la otra testigo y el demandante laboraban reuniones, sino que la firma se hacía de manera individual en el puesto de trabajo.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la **AFP COLFONDOS S.A.**, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, haber brindado al demandante al momento de la afiliación o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que tenía por ley para regresar al sistema de prima media, 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, con atención a su situación personal.

Pues, del interrogatorio de parte surtido por el demandante ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que señala que el traslado se dio por iniciativa del empleador y aunque manifiesta que recibió extractos de cuenta individual y solicitó la reconstrucción de su historia laboral, estos hechos no son indicativos de que la AFP, le haya brindado una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido las reglas sentadas por la Corte Suprema de Justicia.

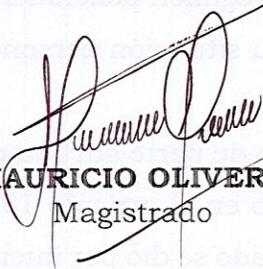
Por tanto, la AFP Colfondos S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado, tal como acertadamente concluyó la jueza de conocimiento.

Resulta importante señalar aquí, sobre el fenómeno prescriptivo que si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución

Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable, es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental referido, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo y no pueden ser afectados por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

En ese horizonte, en mi criterio si resulta procedente confirmar la decisión analizada en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el promotor del juicio.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **LUÍS CARLOS ÁVILA RUÍZ** en contra de **COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A.**

EXP. 11001 31 05 020 2019 00084 01.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno
(2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, nuevamente se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 8 de octubre de 2019, por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.,

Se reconoce personería a la abogada **LAURA ROCÍO MARTÍNEZ LIZARAZO** identificada con Cedula de ciudadanía como abogada

sustituta de la Dra. **CLAUDIA LILIANA VELA**, apoderada general de Colpensiones, de conformidad con la sustitución de poder visible a f.º 267.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declarara la nulidad y/o ineficacia del traslado del R.P.M. al R.A.I.S., realizado el 1º de octubre de 1995 a la A.F.P. Colfondos S.A. Consecuencialmente, que se declarara que se encuentra válidamente afiliado al R.P.M. administrado por Colpensiones; que se condenara a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes efectuados al R.A.I.S.; a Colpensiones a contabilizar para efectos de pensión las semanas correspondientes; a lo que se probara ultra y extra petita, y a las demandadas a las costas del proceso.

Para el efecto, manifestó que nació el 3 de enero de 1962; que a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, se encontraba cotizando al Instituto de Seguros Sociales a través del empleador Superintendencia Nacional de Salud; que el 1.º de octubre de 1995, cuando prestaba servicios a la Caja de Compensación Familiar CAFAM, se afilió a la A.F.P. Colfondos S.A.; que dicho fondo no lo asesoró, ni le informó de manera completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta las diferencias existentes entre los dos regímenes pensionales, y las implicaciones en general sobre sus derechos pensionales; que cuenta con 1.860 semanas cotizadas en pensiones con las cuales su mesada pensional en el R.A.I.S. ascendería a \$2.322.509, mientras que en Colpensiones es de \$5.154.931, y que el 11 de diciembre de 2018 solicitó a las

administradoras la nulidad de afiliación del R.A.I.S., pero que a la fecha no ha recibido respuesta por parte de ninguna de ellas.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 19 de febrero de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 112).

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, se opuso a todas y cada una de las pretensiones del actor. Alegó en su favor las excepciones de error de derecho no vicia el consentimiento, la inexistencia de la obligación, buena fe, y prescripción, (f.º 124 - 135).

Colfondos S.A., también se opuso a las pretensiones del actor. En su defensa propuso las excepciones de prescripción, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de prueba de causal de nulidad alguna, buena fe, y saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación. (f.º 199 - 213).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 8 de octubre de 2019, declaró la nulidad y/o ineficacia de la afiliación o traslado del Régimen de Prima Media con Prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizada por el demandante el 21 de septiembre de 1995; declaró como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a Colpensiones; ordenó a la A.F.P. Colfondos S.A. devolver la

totalidad de los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones junto con los rendimientos causados, con destino a Colpensiones, y condenó a las demandadas a pagar las costas del proceso (f.º. 244 - 245).

Aseveró que no se demostró que la asesoría dada al momento del traslado haya sido buena adecuada y completa, por lo que no se puede predicar que este haya estado precedido de libertad informada.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, solicitó que fuera revocada la sentencia en su totalidad. Esgrimió que el traslado del accionante impone la carga al fondo común de pensionar a quien no contribuyó a el, lo que genera la desfinanciación y descapitalización del sistema; que dicha situación no se encontraba ajustada al concepto constitucional de equidad ni al principio de eficacia pensional.

Adujo que el demandante conocía las implicaciones del traslado y las consecuencias de realizar este negocio jurídico, pues ha estado inmerso en los medios de comunicación y conoce las estrategias del marketing, así como el desarrollo de alianzas estratégicas.

Colfondos S.A., también solicitó que fuera revocada la sentencia de primera instancia. Señaló que no era procedente declarar la nulidad ni la ineficacia del traslado de régimen, como quiera que no se demostró la configuración de ningún vicio de consentimiento. Indicó que así como la administradoras tienen obligaciones, los consumidores financieros también están en la obligación de conocer y gestionar su situación jurídica, y que el

incumplimiento de las expectativas del afiliado no significaba que se haya configurado un engaño.

Finalmente expresó que, al ser condenada a trasladar las sumas adicionales pagadas a las aseguradoras para cubrir los riesgos de invalidez y muerte, se estaría generando un enriquecimiento sin causa de Colpensiones y un detrimento de la A.F.P., la que no cuenta con estas sumas.

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 3 de enero de 1962 (f.º 18); **ii)** que a 1.º de abril de 1994 tenía un total de 632.58 semanas cotizadas, y 32 años (f.º 136); que cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 12 de agosto de 1980 y el 30 de septiembre de 1995, 671 semanas (f.º 28), y **iii)** que el 21 de septiembre de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Colfondos, con fecha de efectividad desde 1.º de octubre de 1995 (f.º 215, 216), donde actualmente se encuentra vinculado con un total de 1847 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º 19 a 27.

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, precisamente se observa que en el recuadro denominado ‘voluntad de afiliación’ de la solicitud de vinculación n.º 647388 diligenciada el 21 de septiembre de 1995, 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 Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y de Cesantías S.A. - Colfondos para que administre mis aportes pensionales y que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos» (f.º 215).*

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 32 años de edad para el 1.º de abril de 1994, que para esa data tenía un total de 632.58 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 32 años, es decir, según la norma que se encuentra vigente -Ley 797 de 2003- le faltaban 30 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 Colfondos S.A. le cercenó ese derecho.

Por lo que se infiere, que con este acto se produjeron los efectos de traslado válido al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a Colfondos S.A, fuera ineficaz o estuviera viciado de nulidad como lo afirmó la parte demandante, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando en su interrogatorio de parte, manifestó tener claro varias características del R.A.I.S., por cuanto de forma clara explicó que en ese régimen debe hacerse un aporte mensual que constituye el monto que será dividido en mesadas pensionales de acuerdo con su expectativa de vida, y que conocía el hecho de que podía pensionarse de forma anticipada.

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, situación esta que es excluyente 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. por más de 24 años, sin que en ese lapso de tiempo se acercara a dicha A.F.P. para averiguar su situación pensional.

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, como quiera que en su interrogatorio de parte admitió que la razón fundamental para solicitar que en esta oportunidad solicite que se declare la nulidad de su traslado al R.A.I.S., es la diferencia sustancial en la mesada pensional respecto del R.P.M.

De manera que, no es de recibo para la Sala mayoritaria, el hecho de que el actor consideró que Colfondos S.A. incumplió el deber de información solo hasta el momento en que le indicaron el monto de su pensión, sin que hubiese manifestado inconformidad alguna durante el tiempo en que estuvo 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 de afiliación, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad libre, espontánea y sin presiones.

No se verifica ningún vicio del consentimiento, toda vez que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1509 del Código Civil, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, y no se acreditó que el demandante en el momento de celebrar el acto jurídico de vinculación al régimen de ahorro individual, hubiese podido incurrir en error de hecho, al considerar que se encontraba celebrando un acto jurídico distinto, según lo previsto en el artículo 1510 *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 Colfondos S.A., en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil.

Se considera entonces, que no existen elementos de juicio que permitan establecer coacción, error o inducción al mismo como vicios del consentimiento, la deficiencia de la asesoría que se aduce, menos aún el dolo consistente en artificios o engaños para obtener el consentimiento en el traslado, pues lo que está claro es que 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 Colfondos S.A., ni la ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se acreditó que persona alguna hubiese atentado contra el derecho 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 1994, en la medida en que las partes realizaron

las actuaciones (sucesivamente) correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora en los periodos en que 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, por lo que la información ofrecida por Colfondos S.A. al demandante, además de ser cierta, fue suficiente y oportuna, sin embargo, el actor, le restó importancia a dicha información, lo que a la postre lo llevó a continuar afiliado al régimen de ahorro individual durante aproximadamente 24 años.

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

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

En dicha sentencia, expuso la Corte lo siguiente:

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

llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

voluntarios, bonos pensionales, rendimientos, edad de retiro que se escoja, etc.

Así las cosas, si en gracia de discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido el 21 de septiembre de 1995, 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 Colfondos S.A.

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

En consecuencia, en ningún vicio del consentimiento, ni causa de nulidad o ineficacia se incurrió en el traslado de régimen pensional surtido por el demandante, quien ese encuentra válidamente afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que se **REVOCARÁ** la sentencia impugnada y consultada, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra.

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

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

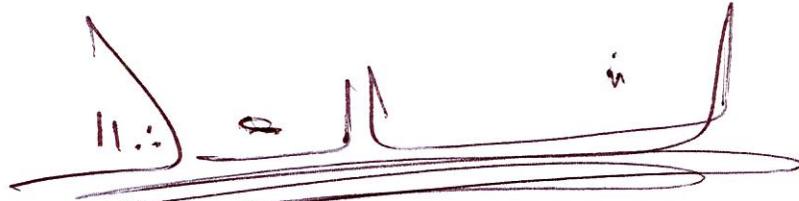
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y consultada, proferida el 8 de octubre de 2019, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, y a **COLFONDOS S.A.** de todas las pretensiones incoadas por **LUÍS CARLOS ÁVILA RUIZ**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera serán a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
(Con salvamento de voto)

1000 1000 1000

1000 1000

[Handwritten signature]

DAVID A. J. CORREA STEER

[Handwritten signature]
ANIELA LUCIA MURILLO VARGAS

[Handwritten signature]
HERNAN MARIANO OLIVEROS HORTA

(Con sellamento de voto)