



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **SONIA ESMERALDA RAMÍREZ VALBUENA** en contra de **COLPENSIONES, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y COLFONDOS S.A.**

EXP. 11001 31 05 029 2019 00107 01.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2020).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de la orden impartida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STL11608-2020, y de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunieron los Magistrados que integraban la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., con la finalidad de proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declarare la nulidad del traslado de régimen efectuado el 1.º de julio de 1999 a Colfondos S.A., por la indebida y nula información que le suministró el fondo privado para convencerla de trasladarse; en consecuencia, se ordene a Old

Mutual trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros depositados en su cuenta de ahorro individual, así como a esta última recibirla como afiliada sin solución de continuidad desde el 3 de abril de 1987 y recibir los aportes por parte de Old Mutual para corregir y actualizar su historia laboral (f.º 80, 81).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 9 de agosto de 1962; realizó aportes en el extinto I.S.S. desde el 3 de abril de 1987 hasta el 1.º de julio de 1999, momento en el que se trasladó a Colfondos, sin que tal acto hubiera estado precedido de la suficiente ilustración por parte de dicho fondo, así que no existe un consentimiento de libertad y voluntariedad, por ende, se faltó el deber legal de información, ya que tampoco le informó antes del 9 de agosto de 2009 acerca de la posibilidad de trasladarse Colpensiones; en el I.S.S. cotizó 537 semanas, y en Old Mutual completó 1020 semanas hasta el 31 de enero de 2019, por tanto tiene un total de 1557 semanas en toda su vida laboral; Old Mutual le informó que su pensión en el R.A.I.S. sería de \$828.116 para el año 2019, pese a que su IBC para ese año es de \$3.925.493, por lo que su pensión en Colpensiones sería de \$2.668.158, si se le aplica una tasa de reemplazo del 67.97%; el 21 y el 24 de enero de 2019 reclamó administrativamente ante las demandadas (f.º 81-83).

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 100).

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 y buena fe (f.º 111-118).

COLFONDOS S.A., formuló como excepciones las de inexistencia de la obligación, falta de causa y objeto, pago, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al R.A.I.S., y prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado (f.º 142-158).

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., en su defensa invocó la prescripción, cobro de lo no debido, ausencia de causa, inexistencia de la obligación y buena fe (f.º 160-166).

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

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 29 de junio de 2019, declaró la ineficacia de la afiliación efectuada el 1.º de julio de 1999 ante Colfondos SA, por lo que para todos los efectos legales, la demandante nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad; en consecuencia, ordenó a Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, rendimientos, y cuotas de administración, sin lugar a descuento alguno; así mismo ordenó a esta última entidad recibir tales recursos, tener a la demandante como si siempre hubiera permanecido en el régimen de prima media con prestación definida y actualizar su historia laboral; ordenó a Colfondos S.A. devolver los gastos de administración que con ocasión de la afiliación de la demandante hubiera recibido, y se abstuvo de imponer costas a las partes (f.º 266, 270-272).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

OLD MUTUAL, apeló con el argumento de que se debe tener en cuenta que la demandante se trasladó a Skandia cuando ya tenía 53 años de edad, es decir, cuando ya se encontraba inmersa en la prohibición establecida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, además los gastos de administración se generan con ocasión de la administración fiduciaria que se le da a los recursos que la demandante consignó en su cuenta de ahorro individual, así que, sin estos gastos no se hubieran generado rendimientos sobre el dinero aportado por los afiliados, máxime cuando es la ley la que autoriza realizar ese descuento.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional de la aquí demandante estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente, en los términos establecidos en la sentencia STL11608-2020, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual se dejó sin efectos la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2020, por esta Corporación, y ordenó dictar una nueva decisión de reemplazo, teniendo en cuenta las consideraciones del fallo de tutela.

En tal sentido, se encuentra que el Tribunal de Cierre de esta jurisdicción, actuando como sentenciador constitucional, esgrimió en sus consideraciones, que para dilucidar el asunto bajo examen se deben acoger los siguientes razonamientos, con base en la sentencia SL1452-2019:

«(...) [E]n efecto, esta Sala en reiterada jurisprudencia ha dejado clara su postura, al indicar que la elección de cualquiera de los dos regímenes pensionales existentes, debe estar precedida de una decisión libre y voluntaria, de suerte que las Administradoras de Pensiones tienen el deber de brindar a sus afiliados una asesoría que les permita tener los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión tomada al momento del traslado, sin importar si la persona es o no beneficiaria del régimen de transición, si tiene o no un derecho consolidado, o si está próximo a pensionarse.

«(...) [L]a elección de cualquiera de los dos regímenes pensionales existentes, debe estar precedida de una decisión libre y voluntaria, de suerte que las Administradoras de Pensiones tienen el deber de brindar a sus afiliados una asesoría que les permita tener los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión tomada al momento del traslado, sin importar si la persona es o no beneficiaria del régimen de transición, si tiene o no un derecho consolidado, o si está próximo a pensionarse.

«(...) [E]n cuanto al primer punto, es decir, al deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, la Sala advirtió que «desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008)».

«(...) [E]l simple consentimiento expresado en el formulario de afiliación, resulta insuficiente, pues existe la obligatoriedad de un consentimiento informado, en tanto que «la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre impresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado (...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado». (...) »

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 9 de agosto de 1962 (f.º 34, 205, 219, CD f.º 110); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 3 de abril de 1987 y el 31 de mayo de 1999, 554.71 semanas (f.º 35-38, 206, 207, 220, 221, 236 vto-238, CD f.º 110); **iii)** que el 1.º de mayo de 1999 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Colfondos S.A. (f.º 228, 260), y que luego de varias transferencias entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente se encuentra vinculada a Old Mutual S.A., con un total de 1573.57 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º 40 a 43, 174 a 181, 208 a 211, 222 a 225, 238 vto a 241, y la Consulta del Registro Único de Afiliados que obra a f.º 244.; y **iv)** que en los términos expuestos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el asunto bajo examen, las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad no demostraron el cumplimiento del deber de información, por lo que hay lugar a declarar la nulidad del traslado de régimen reprochado en la demanda.

A su vez, en lo que toca a la prescripción, es de anotar que de tiempo atrás viene sosteniendo la Máxima Corporación que todos aquellos asuntos inherentes al derecho pensional no pueden verse afectados por este fenómeno, de suerte que dicha excepción no está llamada a prosperar.

Por lo demás, la decisión consultada se ajusta a derecho en cuanto ordenó a Colpensiones aceptar la afiliación y los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual de parte de Porvenir S.A., por ser precisamente la consecuencia lógica de la nulidad del traslado de pensional.

En consecuencia, se confirma la sentencia de primera instancia. Sin costas en el cumplimiento del fallo de tutela referido, 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,

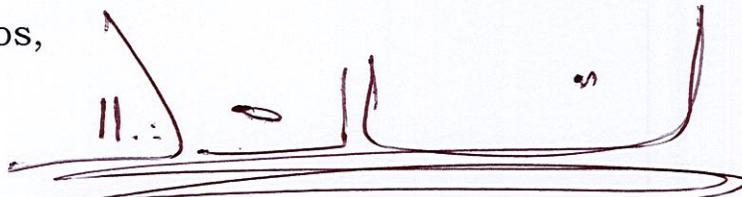
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada y apelada, proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 29 de junio de 2019, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

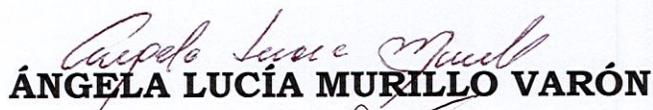
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

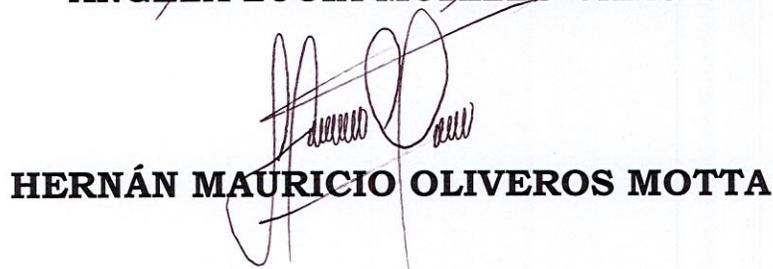
Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

En consecuencia, se continúa la sentencia de primera instancia
sin costas en el cumplimiento del fallo de tutela referido, 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 consultada y apelada,
proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 29
de junio de 2019, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la
presente sentencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER

ANGELA LUCÍA MURILLO VARGAS



ANGELA LUCÍA MURILLO VARGAS



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 CRISTINA REYES BATEMAN** en contra de **COLPENSIONES**, y **PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 031 2019 00435 01.

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de la orden impartida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STL11430-2020, y de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunieron los Magistrados que integraban la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., con la finalidad de proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen realizado el 1.º de octubre de 1994, por indebida y nula información que suministró Porvenir S.A., para convencerla que se trasladara de régimen; en consecuencia, se ordene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones, la totalidad de los

dineros que se encuentran depositados en su cuenta de ahorro individual, y a esta última que reciba su afiliación y aportes sin solución de continuidad, corrija y actualice su historia laboral, por lo que para todos los efectos, su única afiliación válida es la realizada el 22 de mayo de 1989 ante el extinto I.S.S. (f.º 3, 4).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 20 de abril de 1962; realizó aportes en el extinto I.S.S., entre el 22 de mayo de 1989 y el 1.º de octubre de 1994, momento en el que se trasladó a Porvenir S.A., pero esa aparente decisión libre y voluntaria, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió; en dicho fondo cotizó 1152 semanas hasta el 30 de junio de 2019, por lo que cuenta con un total de 1419 semanas; no le informaron que se podía trasladar de régimen por únicamente antes del 28 de enero de 2004 o antes del 20 de abril de 2009; fue informada de que su mesada pensional para el 2019, sería de \$828.116 en el régimen de ahorro individual con solidaridad, pese a que su I.B.C. desde \$4.486.620, suma a la que si se le aplicara una tasa de reemplazo del 65.79%, obtendría una mesada de \$2.951.747 en Colpensiones, por lo que el 22 de mayo de 2019 solicitó ante las demandadas la nulidad de traslado (f.º 4, 5).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 11 de julio de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 71).

Colpensiones S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia del pago de costas

en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y buena fe (f.º 78-94).

Porvenir S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho reclamado y de la obligación, incongruencia del error en el vicio del consentimiento por ratificación de conducta, prescripción, cobro de lo no debido, prescripción de la acción de nulidad, ausencia de causa, y buena fe (f.º 116-135).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 73, vto).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 9 de diciembre de 2019, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra e impuso costas a la demandante (f.º 204, 205).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandante, apeló con el argumento de que Porvenir S.A., no logró acreditar con pruebas idóneas, cuál fue la asesoría que le brindó al momento del traslado, por lo que se vulneró lo dispuesto en los literales b) y e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dando lugar a las sanciones del artículo 271 *ibídem*, de ahí que no es viable predicar que el traslado fue libre y voluntario ya que no fue precedido de una información suficiente y adecuada acerca de las características, condiciones, accesos, ventajas, riesgos, consecuencias y desventajas de cada uno de los regímenes, como lo ha reiterado la jurisprudencia de la jurisdicción ordinaria laboral; lo único que se acredita con el formulario es un consentimiento pero no

informado, por lo tanto no se cumplen los requisitos de los artículos 11 del Decreto 692 y 12 del Decreto 720 de 1994, sin que se hubiera obtenido una confesión de su parte, frente a este aspecto, en el interrogatorio de parte que absolvió.

Agregó, que no fue informada acerca de su derecho a retractarse, ni se le entregó una proyección comparativa entre las mesadas pensionales que pudiera recibir en cada uno de los regímenes, así que Porvenir S.A., no cumplió con la carga probatoria necesaria para acreditar el cumplimiento del deber legal de información, conforme lo previsto en el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, ya que no le entregó tampoco un plan de pensión, ni un reglamento que contuviera los derechos y deberes que como afiliada tenía ante Porvenir S.A.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará como problema jurídico, si el traslado de régimen pensional de la demandante, estuvo viciado de nulidad, por falta de información suficiente, con el fin de establecer si es viable declarar la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad en los términos establecidos en la sentencia STL11430-2020, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual se dejó sin efectos la providencia el 29 de septiembre de 2020, proferida por esta Corporación, y ordenó dictar una nueva decisión de reemplazo, teniendo en cuenta las consideraciones del fallo de tutela.

En tal sentido, se encuentra que el Tribunal de Cierre de esta jurisdicción, actuando como sentenciador constitucional, esgrimió en

sus consideraciones, que para dilucidar el asunto bajo examen se deben acoger los siguientes razonamientos:

«(...) [E] esta Sala que sobre este punto han considerado que el traslado de régimen por falta de información debe abordarse desde la ineficacia y no desde la óptica de la nulidad. (...)

«(...) [E] l deber de información no se agota «con la simple enunciación de los beneficios del traslado, dado que es necesario realizar una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado.» (...)

(...) la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acarree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.» (...)

Además, la Alta Corporación hizo referencia a las providencias CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989, SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689- 2019, SL3464-2019, SL4360-2019 y SL4426-2019.

De acuerdo con lo anterior, teniendo en cuenta que se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 20 de abril de 1962 (f.º 29); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 22 de mayo de 1989 hasta el 30 de junio de 1994, 266.57 semanas (f.º 30, 31, 165-168); **iii)** que el 7 de septiembre de 1994, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad

administrado por la A.F.P. Porvenir S.A., con fecha de efectividad desde 1º de octubre de 1994 (f.º 136, 138), donde actualmente se encuentra vinculada con un total de 1430 semanas cotizadas, según lo informado por dicha AFP en la historia laboral que reposa de f.º 35 a 41, 141 a 164 y la certificación de f.º 140; y *v)* que en los términos expuestos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el asunto bajo examen, la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad no demostró el cumplimiento del deber de información, por lo que hay lugar a declarar la nulidad del traslado de régimen reprochado en la demanda.

A su vez, en lo que toca a la prescripción, en términos del fallo de tutela que hoy se cumple, de tiempo atrás viene sosteniendo la Máxima Corporación que todos aquellos asuntos inherentes al derecho pensional no pueden verse afectados por este fenómeno, de suerte que dicha excepción no está llamada a prosperar.

En consecuencia, se revocará la sentencia de primer grado, para en su lugar, declarar la nulidad del traslado de régimen pensional efectuado por María Cristina Reyes Bateman , al régimen de ahorro individual administrado inicialmente por Porvenir S.A., y como consecuencia, dicha A.F.P. a la cual se encuentra actualmente afiliada la demandante, deberá devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, todas las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, rendimientos, frutos e intereses de la demandante, sin incluir los gastos de administración.

Sin costas en el cumplimiento del fallo de tutela referido, ante su no causación.

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, proferida el 9 de diciembre de 2019, por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en cumplimiento de la orden impartida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STL11430-2020, para en su lugar, **DECLARAR** la nulidad del traslado de régimen pensional realizado por María Cristina Reyes Bateman, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 7 de septiembre de 1994, a través de Porvenir SA, en virtud de las razones expuestas en la parte motiva de la decisión.

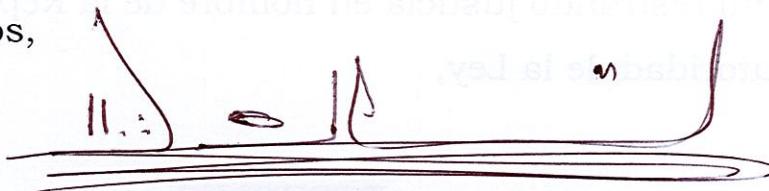
SEGUNDO: CONDENAR a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones, aquellos valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, en su cuenta de ahorro individual como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, rendimientos, frutos e intereses, con la posibilidad de descontar los gastos de administración en que se incurrió, conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a aceptar los valores que reciba de Porvenir S.A., y admita el traslado de régimen pensional de la demandante, en virtud de la nulidad que se determinó en el numeral primero.

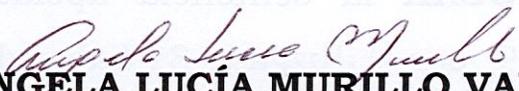
CUARTO: SIN COSTAS en ambas instancias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

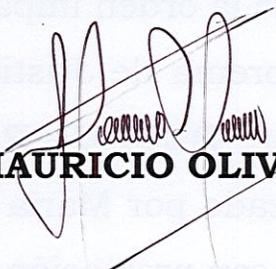
Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

31-2019-435-


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA



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 ORLANDO JAIMES NIETO** en contra de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 039 2018 00617 01.

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de la orden impartida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STL10753-2020, y de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunieron los Magistrados que integraban la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., con la finalidad de proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare la nulidad del traslado efectuado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad; en consecuencia, se condene a Porvenir S.A., a devolver a Colpensiones todos los valores

que hubiere recibido con motivo de su afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos e intereses; así mismo, la última entidad sea condenada a continuar con la afiliación en el régimen que administra, y que ambas demandadas sean condenadas a pagarle las sumas con la correspondiente indexación (f.º 3).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que cotizó en el extinto I.S.S., entre octubre de 1980 y diciembre de 1998, y a Porvenir S.A., desde febrero de 1999 hasta la fecha; el asesor encargado del traslado de los aportes al R.A.I.S., no le suministró información necesaria para tomar una decisión, y lo indujo a error, pues la pensión que le reconocería el fondo privado, no le resulta favorable respecto a la que le otorgaría Colpensiones; el 30 de abril y el 2 de mayo de 2018, solicitó a las demandadas la nulidad de la afiliación a Porvenir y la realización de los trámites tendientes a devolverse al R.P.M.D., sin embargo, las peticiones fueron negadas (f.º 3, 4).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 5 de abril de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 39, 40).

Porvenir S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (f.º 52-58).

Colpensiones, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las

denominadas validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, y compensación (f.º 81-88).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 50, 51).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 24 de enero de 2020, declaró ineficaz el traslado que realizó el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad con efectividad a partir del 1.º de febrero de 1999, por ende, nunca se separó del régimen de prima media con prestación definida; en consecuencia, condenó a Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos y comisiones por administración, sin descuento alguno por seguros de invalidez y sobrevivientes; a su vez, ordenó a Colpensiones recibir los mencionados recursos y reactivar la afiliación del demandante sin solución de continuidad; así mismo la autorizó para iniciar las acciones judiciales pertinentes para recuperar los perjuicios que pueda causar la declaratoria de ineficacia mencionada; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a Porvenir S.A. (f.º 133-136).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Las demandadas apelaron así:

Porvenir S.A., solicitó se revoque la decisión de primera

instancia y las costas, para lo cual sostuvo que el demandante no está atacando el derecho de afiliación al sistema integral de seguridad social al que alude el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sino intereses puntuales y económicos que tiene, en relación con su derecho a acceder a la pensión de vejez; para lo cual se debe tener en cuenta lo aducido por el demandante en su interrogatorio de parte, a fin de establecer si el haber firmado el formulario de afiliación fue con base en una decisión libre y voluntaria, y que a pesar de ser un académico, y de haber recibido de manera periódica los extractos para tener información en forma continua nunca se inquietó por su situación pensional, máxime cuando no se acreditó que hubiera sido obligado a suscribirlo, con base en que presuntamente se quedaría sin trabajo si no lo hacía, así que considera que al demandante le faltó diligencia y responsabilidad, sin que el desconocimiento de la ley le pueda servir de excusa para decir que nunca recibió asesoría; finalmente señaló que el material probatorio se debe valorar en detalle frente a cada caso en concreto y no en forma general.

Colpensiones, argumentó que el demandante ejerció su derecho a trasladarse de régimen al tenor de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sin que haya demostrado algún vicio en el consentimiento, por coacción o presión, así que su decisión fue libre, voluntaria y espontánea; se debe tener en cuenta que el demandante al momento del traslado al R.A.I.S. contaba con una mera expectativa, por ende, no se le cercenó la posibilidad de pensionarse; la obligación de brindar información por parte de los fondos surgió desde el año 2009, mientras que el demandante se trasladó de régimen en el año 1998, en todo caso, él también tenía la obligación de solicitar información acerca de su situación pensional; el término para pedir la rescisión de los contratos es de 4 años conforme el artículo 1750 del Código Civil, de manera que teniendo en cuenta la fecha de la afiliación, la presente acción se encuentra prescrita.

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 verificará como problema jurídico, si el traslado de régimen pensional del demandante, estuvo viciado de nulidad, por falta de información suficiente, con el fin de establecer si es viable declarar la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad en los términos establecidos en la sentencia STL10753-2020 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual se dejó sin efectos la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2020, por esta Corporación, y ordenó dictar una nueva decisión de reemplazo, teniendo en cuenta las consideraciones del fallo de tutela.

En tal sentido, se encuentra que el Tribunal de Cierre de esta jurisdicción, actuando como sentenciador constitucional, esgrimió en sus consideraciones, que para dilucidar el asunto bajo examen se deben acoger los siguientes razonamientos:

«(...) [E]l deber de información a cargo de las AFP, en los términos en que le era exigible para la época del traslado del actor -16 de diciembre de 1998-, no necesariamente se cumple con proyecciones pensionales a futuro o con la manifestación de las ventajas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Lo que exigían las normas vigentes a esa fecha era dar a conocer «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado» (numeral 1.º, artículo 97 Decreto 663 de 1993) –vigente para la citada fecha-, premisa que implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones; pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible.

(...) [L]a reacción del ordenamiento jurídico (artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia

en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

«(...) [E]s que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. En ninguna de ellas se afirma o se insinúa que solo aplique a los beneficiarios del régimen de transición (...).»

Además, la Alta Corporación hizo referencia a las providencias SL, 19 may. 2005 rad. 23120; SL, 5 dic. 2006 rad. 28552, SL, 9 sep. 2008 rad. 31989, SL, 9 sep. 2008 rad. 31314, SL, 22 nov. 2011 rad. 33083, SL, 22 ene. 2013 rad. 40993, SL, 8. mar. 2013 rad. 49741, SL, 8 may. 2013, rad. 49741, SL12136-2014, SL19447-2017; AL1663, AL3807, SL4964 y SL4989 de 2018; SL1421, SL1689, SL4559, SL1452, SL1688 y SL4426 de 2019, SL2877-2020.

De acuerdo con lo anterior, teniendo en cuenta que se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 25 de octubre de 1955 (f.º 13); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 24 de octubre de 1980 hasta el 31 de diciembre de 1999, 506.86 semanas (f.º 27, 28, CD f.º 79); **iii)** que el 16 de diciembre de 1998 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Porvenir S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de febrero de 1999 (f.º 60, 61), donde actualmente se encuentra vinculado con un total de 959 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º 24 a 26, 64, 69 y la certificación de f.º 59; y **iv)** que en los términos expuestos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el asunto bajo examen, la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad no demostró el cumplimiento del deber de información, por lo que hay lugar a

declarar la nulidad del traslado de régimen reprochado en la demanda.

A su vez, en lo que toca a la prescripción, en términos del fallo de tutela que hoy se cumple, de tiempo atrás viene sosteniendo la Máxima Corporación que todos aquellos asuntos inherentes al derecho pensional no pueden verse afectados por este fenómeno, de suerte que dicha excepción no está llamada a prosperar.

Por lo demás, la decisión apelada y consultada se ajusta a derecho en cuanto ordenó a Colpensiones aceptar la afiliación y los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de Porvenir S.A., por ser precisamente la consecuencia lógica de la nulidad del traslado de pensional.

En consecuencia, se confirma la sentencia de primera instancia. Sin costas en el cumplimiento del fallo de tutela referido, 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,

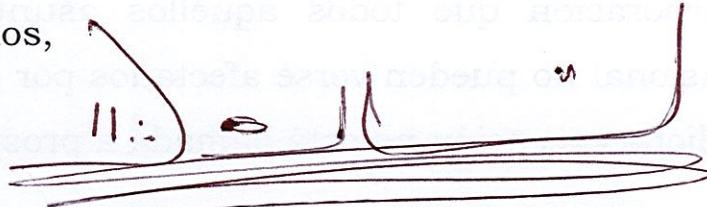
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de enero de 2020, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia, y en los términos establecidos en la sentencia STL10753-2020, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

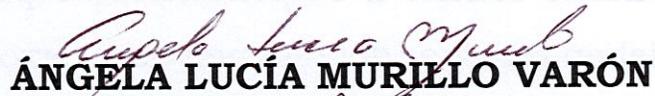
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'D.A.J. Correa Steer', written over a horizontal line.

DAVID A. J. CORREA STEER

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Ángela Lucía Murillo Varón', written over a horizontal line.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Hernán Mauricio Oliveros Motta', written over a horizontal line.

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA



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

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **ELSY JEANETTE GARZÓN MARTÍNEZ** en contra de **PROTECCIÓN S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, OLD MUTUAL S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

EXP. 11001 31 05 004 2018 00681 01.

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de la orden impartida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STL10449-2020 y de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunieron los Magistrados que integraban la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., con la finalidad de proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad o ineficacia de los traslados generados del Régimen de Prima Media con

Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y en consecuencia, se declare también que para todos los efectos legales siempre ha permanecido afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en cabeza de la Administradora Colombiana de Pensiones; que se ordene el traslado de los aportes que realizó en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; que se condene a los demandados al pago de las costas y que se tenga en cuenta el principio de la ultra y extra petita.

Para el efecto, manifestó que nació el 4 de septiembre de 1960, y cotizó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida un total de 875 semanas entre el 13 de octubre de 1980 y el 1.º de abril de 2007; que en mayo de 2007, se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, Fondo AFP Protección, y a partir del 29 de octubre 2012, al mismo régimen, Fondo A.F.P. Old Mutual, al cual se encuentra vinculada, completando un total de 1779.57 semanas cotizadas a ambos regímenes; que su decisión de cambiar de régimen pensional no fue una decisión informada, autónoma y consciente, ya que no se le brindó información completa, veraz e integral sobre las consecuencias del traslado en cuanto a la forma en que se impactaría su mesada pensional; que el 8 de febrero de 2016, radicó un derecho de petición ante A.F.P. Protección en procura de obtener copia del formulario de afiliación, así como la aclaración sobre las variables que se le tuvieron en cuenta para determinar el valor de la mesada pensional y una proyección del valor de la mesada que le correspondería en uno y otro régimen, recibiendo una respuesta que no fue integral frente a los interrogantes planteados; que igual petición presentó el mismo día a la A.F.P. Old Mutual, que le respondió que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a la edad de 57 años su mesada sería de \$1.933.000, y en el Régimen

de Prima Media con Prestación Definida, sería el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, aclarándole posteriormente que su pensión en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad sería de \$2.350.000 a la edad de 57 años, y reiterándole el mismo monto pensional en el Régimen de Prima Media; que la A.F.P. Old Mutual le indicó que el formulario n.º 612698 fue suscrito por ella en forma voluntaria, aceptando las condiciones y manifestándole que era ajena al primer traslado que hizo; que a cada una de las entidades demandadas solicitó la nulidad de los traslados, recibiendo respuesta negativa, solicitud con la que agotó la reclamación administrativa prevista en el artículo 6.º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 22 de noviembre de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 80).

Old Mutual Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías, se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de fondo la de prescripción, la de prescripción de la acción de nulidad y la de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación (f.º 92-107).

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.**, también se opuso a las pretensiones de la actora, alegando en su favor que el traslado fue ajustado a derecho sin ningún vicio en el consentimiento de la actora, además de que hubo períodos cotizados a otra administradora que nada tiene que ver con ella. Propuso las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y

falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones. (f.º 147-148).

La **Administradora Colombia de Pensiones - Colpensiones**, igualmente, manifestó su oposición a las pretensiones de la demanda, pues el traslado de la demandante fue libre, espontáneo y voluntario, además de carecer de fundamentos de hecho y de derecho. Invocó en su favor, las excepciones de validez de la afiliación del régimen de ahorro individual, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación y prescripción. (f.º 191-192).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 22 de agosto de 2019, absolvió a las demandadas Protección S.A., Old Mutual S.A., y Colpensiones de todas las pretensiones incoadas en su contra por la señora Elsy Jeannette Garzón, quien le impuso el pago de las costas.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandante, interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia proferida por el juez de primera instancia. En primer lugar, manifestó que del acervo probatorio allegado al proceso se podía concluir que nunca existió formulario de traslado, por lo cual no era posible ratificar este acto jurídico. Aclaró que el traslado de regímenes está debidamente regulado en el ordenamiento jurídico, y que es un acto que implica un consentimiento informado que debe ser plasmado en el formulario de afiliación respectivo.

Así las cosas, sin la existencia de este formulario no se podía ratificar la intención de la demandante de trasladarse de régimen. No obstante, el juez de primera instancia pese haberle restado valor probatorio al formulario de afiliación por no contener la firma de la demandante, (f.º 158) consideró que hubo una ratificación de voluntad.

Frente a los documentos de simulador Pensional efectuado a la demandante por A.F.P. Protección (f.º 224), y formulario de reasesoría pensional (f.º 225), la parte apoderada manifestó que no eran pruebas que tuvieran la suficiente entidad para considerarse como una ratificación de voluntad de traslado de la demandante.

Asimismo, afirmó que le correspondía a la A.F.P. protección cumplir con el deber de información y asesoramiento cuando se efectuó la reasesoría pensional en el año 2007, y percatarse de que no había un formulario firmado e informárselo a la demandante. Además, puso de manifiesto que el documento de simulación pensional da cuenta de que el traslado al régimen de ahorro individual afectaba gravemente el valor de la mesada pensional de la demandante. Por lo anterior, la apoderada consideró que era evidente el engaño de A.F.P. protección a su representada.

De otro lado, afirmó que hubo un desequilibrio en el desarrollo de las etapas del proceso, y se vulneró flagrantemente los principios de lealtad procesal y de igualdad entre las partes, debido a que la demandante fue sorprendida con un documento que no conocía, esto es el de reasesoría pensional, lo que generó nervios e inseguridad a la demandante cuando se le hizo el interrogatorio. Igualmente, indicó que la parte demandante no tuvo la oportunidad de interrogar a A.F.P. Protección sobre el documento.

Aclaró, que la conducta de la demandante constaba su convicción de estar afiliada al Instituto de Seguros Sociales – I.S.S., en el Régimen de Prima Media. Empero, las maniobras de A.F.P. Protección de reasesoramiento hicieron que permaneciera en el Régimen de Ahorro Individual sin su consentimiento.

Finalmente, manifestó que al caso le era aplicable los pronunciamientos jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a los que hizo referencia el juez, toda vez que el asesor experto ocultó información y persuadió a la demandante de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual sin expresarle los efectos adversos del traslado. En este orden, solicitó que se revocará la decisión, puesto que hubo indebida apreciación de una prueba, y se dio por demostrada la ratificación de voluntad de la demandante, pese a la existencia de un formulario no firmado.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará como problema jurídico, si el traslado de régimen pensional de la demandante, estuvo viciado de nulidad, por falta de información suficiente, con el fin de establecer si es viable declarar la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad en los términos establecidos en la sentencia STL10449-2020 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual se dejó sin efectos la sentencia proferida el 30 de julio de 2020, por esta Corporación, y ordenó dictar una nueva decisión de reemplazo, teniendo en cuenta las consideraciones del fallo de tutela.

En tal sentido, se encuentra que el Tribunal de Cierre de esta jurisdicción, actuando como sentenciador constitucional, esgrimió en sus consideraciones, que para dilucidar el asunto bajo examen se deben acoger los siguientes razonamientos:

«(...) [E]l deber de información no se agota «con la simple enunciación de los beneficios del traslado, dado que es necesario realizar una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado.» Así, en la sentencia CSJ SLCSJ SL1452-2019, se precisó:(...) «la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acarree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados. (Subraya fuera de texto)» (...). »

Además, la Alta Corporación hizo referencia a las providencias SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL 1689-2019 y CSJ SL4426-2019.

De acuerdo con lo anterior, teniendo en cuenta que se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 4 de septiembre de 1960 (f.º 9); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 13 de octubre de 1980 hasta el 25 de agosto de 1994, 465.57 semanas (f.º 200 - 207); **iii)** que el 7 de noviembre de 2000 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Protección S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de diciembre de 2000 (f.º 158), **iv)** que el 29 de octubre de 2012 se trasladó a Skandia (f.º 108), donde actualmente se encuentra vinculada con un total de 1.779.57 semanas cotizadas en el Sistema General de Pensiones, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º 110 a 117; y **v)** que en los términos expuestos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el asunto bajo examen, la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad no demostró el cumplimiento del deber de información, por lo que hay lugar a declarar la nulidad del traslado de régimen reprochado en la demanda.

A su vez, en lo que toca a la prescripción, en términos del fallo de tutela que hoy se cumple, de tiempo atrás viene sosteniendo la Máxima Corporación que todos aquellos asuntos inherentes al derecho pensional no pueden verse afectados por este fenómeno, de suerte que dicha excepción no está llamada a prosperar.

En consecuencia, se revocará la sentencia de primer grado, para en su lugar, declarar la nulidad del traslado de régimen pensional de la demandante Elsy Jeanette Garzón Martínez, al Régimen de Ahorro Individual administrado inicialmente por Protección S.A., y como consecuencia, la AFP a la cual se encuentra actualmente afiliada la demandante, es decir, Old Mutual S.A. deberá devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, todas las

cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, rendimientos, frutos e intereses de la demandante, sin incluir los gastos de administración.

Sin costas en el cumplimiento del fallo de tutela referido, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada para en su lugar, **DECLARAR** la nulidad del traslado de Elsy Jeanette Garzón Martínez, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado el 7 de noviembre de 2000, en virtud de las razones expuestas en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a Old Mutual S.A., a trasladar a Colpensiones, aquellos valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, en su cuenta de ahorro individual como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, rendimientos, frutos e intereses, con la posibilidad de descontar los gastos de administración en que se incurrió, conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

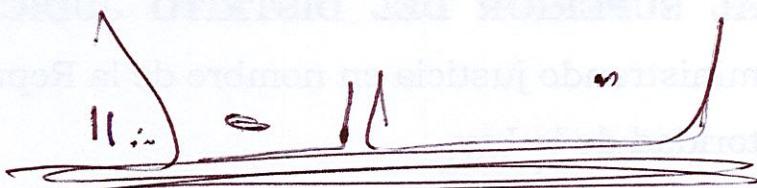
TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a aceptar los valores que reciba de Old Mutual S.A., y admita el traslado de régimen pensional

de la demandante, en virtud de la nulidad que se determinó en el numeral primero.

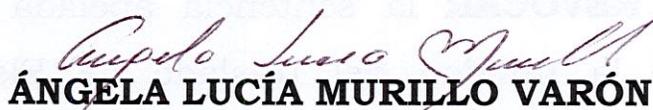
CUARTO: SIN COSTAS en ambas instancias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **CAMILO SOTO MONTOYA** en contra de **COLPENSIONES, OLD MUTUAL S.A. y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 005 2018 00247 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 30 de septiembre 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 declarara la nulidad de la afiliación con la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y que se declarara que se encuentra válidamente afiliado a Colpensiones. Consecuencialmente, que se ordenara a la A.F.P. Old Mutual a trasladar todos los aportes de la cuenta individual, junto con los rendimientos y bonos pensionales; a Porvenir S.A. a devolver los dineros cobrados por concepto de primas de seguros para atender los riesgos de invalidez y sobrevivientes, aportes a fondo de solidaridad pensional y gastos de administración, a lo que resultare probado en el proceso conforme a las facultades ultra y extra petita, y a las demandadas a las costas del proceso.

Para el efecto, manifestó que nació el 1º de agosto de 1959; que realizó cotizaciones al Régimen de prima Media con Prestación Definida desde el 1º de febrero de 1983 y hasta el mes de octubre del año 2002; que el 1º de noviembre de 2.002, mientras laboraba en el Instituto Nacional de Cancerología fue visitado por la asesora de Porvenir S.A., Luz Marina Corredor Azza quien sin verificar si le era conveniente el traslado, y sin tener en cuenta su edad y cotizaciones, le ofreció trasladarlo de régimen; que no fue orientado de manera adecuada; que no le dieron a conocer las características de cada régimen; que le afirmaron que podría pensionarse en cualquier tiempo, y que la mesada pensional que obtendría sería equivalente al 90% del último salario cotizado; que por dichos motivos accedió a firmar el formulario de afiliación; que el 4 de mayo de 2015, se trasladó a A.F.P. Old Mutual S.A., debido a que la asesora de esta administradora la ofreció mejor rentabilidad; que por su cuenta contrató una asesoría pensional en diciembre de 2017, en la que se proyectó que su mesada pensional en Colpensiones sería de

\$7.925.000, mientras que en el R.A.I.S. sería de \$ 3.927.493, presentándose una diferencia de \$ 4.068.092; que el 28 de febrero de 2018, solicitó a las demandadas realizar el traslado de régimen; que Colpensiones le negó la solicitud por encontrarse a menos de 10 años de cumplir la edad para pensionarse; que en la misma fecha solicitó a Old Mutual S.A. que le realizara una proyección pensional, y que la misma arrojó como mesada pensional en el R.A.I.S. \$3.724.000 (f.º 1 - 21).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 8 de junio de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 75).

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, se opuso a todas y cada una de las pretensiones del actor. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al Régimen de prima Media, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, saneamiento de la nulidad alegada, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación, ni de reajuste alguno, y no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria (f.º 81 - 91).

Porvenir S.A., también se opuso a las pretensiones del actor. Alegó en su favor las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir, buena fe, y enriquecimiento sin causa. (f.º 144 - 154).

Old Mutual S.A., igualmente se opuso a las pretensiones incoadas en su contra. Invocó las excepciones de prescripción, y buena fe (f.º 107 a 120).

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

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 30 de septiembre de 2019, declaró la nulidad del traslado de Régimen de Prima media al de ahorro individual a través de Porvenir S.A; ordenó a Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. que trasladara a Colpensiones el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses; condenó a Colpensiones a recibir los aportes del demandante procediendo a actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, y condenó en costas a Porvenir S.A. (f.º 201 a 206).

Esgrimió, que Porvenir S.A. no demostró que al momento del traslado pusiera en conocimiento del actor las diferencias entre ambos regímenes pensionales, así como que la A.F.P. tampoco tuvo en cuenta que el demandante se encontraba a la espera de cotizar menos 400 semanas más y alcanzar los 60 años para acceder a la pensión en el régimen de prima media, por lo que era claro que la A.F.P. había faltado al deber de información que le es exigible.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, aseveró que pese a que el demandante tuvo la oportunidad de retornar al Régimen de Prima Media no lo hizo, y que

este si fue debidamente asesorada. De otra parte, utilizó que la A.F.P. Old Mutual le correspondía reconocerle la pensión al demandante con los mismos beneficios que tendría en el R.P.M.

Porvenir S.A., señaló que en el interrogatorio de parte el actor admitió haber recibido información clara, precisa, y concreta de cada uno de los regímenes pensionales, e indicó que como el actor no recordaba la información recibida en la asesoría probamente si se le había informado sobre las condiciones y el capital requerido para pensionarse en el R.A.I.S., así como del derecho de retractarse de su decisión.

Finalmente, dijo que para la época en que el demandante se trasladó la ley no exigía que se realizaran simulaciones pensionales, por lo que bastaba con brindar la información de manera verbal, y suscribir el formulario correspondiente.

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 1.º de agosto de 1959 (f.º 22); **ii)** que a 1.º de abril de 1994, tenía un total de 582.42 semanas cotizadas, y 35 años (f.º 92); que cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 1.º de febrero de 1983 y el 31 de diciembre de 2002, 740.86 semanas cotizadas (f.º 92), **iii)** que el 1.º de noviembre de 2002, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por

Porvenir S.A., con fecha de efectividad desde el 1.º marzo de 2003 según reporte de Asofondos (f.º 155), **v)** y que el 4 de mayo de 2015, realizó traslado horizontal a Old Mutual S.A. (f.º 57), donde continua actualmente afiliado con un total de 1.557.57 semanas cotizadas de acuerdo con la historia laboral que obra de f.º 123 a 134.

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 afiliación' de la solicitud de vinculación n.º 10226000 diligenciada el 1.º de diciembre de 2002, se encuentra el siguiente texto 'preimpreso', encima de su firma como afiliado: *«Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia del Régimen de Ahorro Individual habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos propios de este en particular, sobre el régimen de transición, bonos pensionales, y las implicaciones de la decisión frente a los requisitos para acceder a la pensión; así mismo seleccionando a PORVENIR para que sea la única que administre mis aportes pensionales. También declaro que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos y que he sido informado suficientemente del derecho que me asiste de retractarme de mi decisión dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud. Autorizo expresa e irrevocablemente a Porvenir S.A. para que verifique toda la información contenida en esta solicitud»* (f.º 155). En el mismo sentido, el demandante suscribió el formulario de afiliación a OLD MUTUAL S.A. (f.º 57).

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

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

Y es que realmente surgen interrogantes como: ¿Qué tipo de efecto nocivo puede causarse al accionante quien contaba con 35 años de edad para el 1.º de abril de 1994, que para esa data tenía un total de 582.42 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 35 años, es decir, según la norma que se encuentra vigente -Ley 797 de 2003- le faltaban 27 años para cumplir la edad de 62 años, lo cual se traduce en que no contaba con esa expectativa legítima de adquirir el derecho para que pudiera predicarse válidamente que su afiliación inicial a Porvenir S.A. le cercenó ese derecho.

Por lo que se infiere, que con este acto se produjeron los efectos de traslado válido al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a Porvenir S.A. y a Old Mutual 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 admitió que su inconformidad con el R.A.I.S. surgió en el momento en que una abogada laboralista, que ni siquiera era asesora de las A.F.P. a las que estuvo afiliado, le informó que en Colpensiones podría pensionarse casi con el doble de lo que le reconocería el fondo privado. Igualmente se observa que el demandante ha pernoctado en el R.A.I.S por más de 18 años, sin que en ese lapso de tiempo se acercara a la A.F.P. Old Mutual 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 Porvenir S.A. incumplió el deber de información solo hasta el momento en que conoció el posible 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 las A.F.P Porvenir S.A. y Old Mutual S.A., en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil.

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

alguna hubiese atentado contra el derecho del trabajador a seleccionar el régimen pensional.

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

Ya la Corte Constitucional, en la sentencia C-345-2017, 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.

También, 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 2002, 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 Administradoras 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 bien, 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 en la oportunidad en la que realizó traslado de régimen y la movilidad entre administradoras del R.A.I.S.

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 Porvenir

S.A. y Old Mutual 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 18 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.

Por ende, 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, aspecto de índole legal, que fue publicitado por varios fondos, entre ellos, Porvenir S.A. y Old Mutual S.A., mediante publicación de comunicados de prensa en periódicos de amplia circulación nacional, como los que se acreditaron en este asunto (f.º 180 - 181).

Es de anotar también, que no se puede pasar por inadvertido que la inconformidad del demandante que motivó la presentación de

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

Así las cosas, si en gracia de discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido el 1.º de noviembre de 2002, el mismo tuvo que ser advertido en esa oportunidad, ante la información brindada, por lo que, indefectiblemente, partir de esa fecha, debía contarse el plazo de 4 años con el que contaba el afiliado para pedir la rescisión del acto jurídico de traslado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, y como no lo hizo, ese hecho debe tenerse como una ratificación tácita del acto, con lo que se sana cualquier nulidad que hubiese podido existir.

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

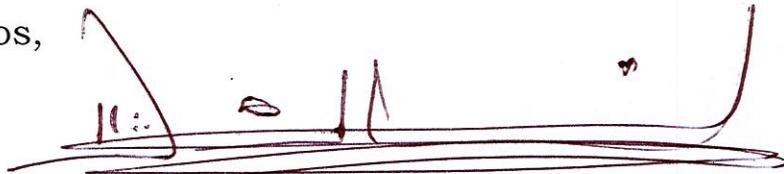
PRIMERO: REVOCAR la sentencia consultada y apelada, proferida el 30 de septiembre de 2019, por el Juzgado Quinto Laboral del

Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, a **PORVENIR S.A.** y a **OLD MUTUAL S.A.** de todas las pretensiones incoadas por **CAMILO SOTO MONTOYA**, 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)

SALVAMENTO DE VOTO

Demandante: Pilar Acevedo Olaya
Demandado: Colpensiones y otros
Radicado: 110013105 009 2018 00078 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 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada y, permite realizar una nueva en forma libre y espontánea.

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*

SALVAMENTO DE FOTO

El presente artículo se refiere a la posibilidad de salvamento de la fotografía en el caso de que el sujeto no sea el titular de la obra y se encuentre en posesión de ella.

En el presente artículo se trata de la posibilidad de salvamento de la fotografía en el caso de que el sujeto no sea el titular de la obra y se encuentre en posesión de ella. El artículo 145 del Código General del Proceso, que establece la posibilidad de salvamento de la fotografía en el caso de que el sujeto no sea el titular de la obra y se encuentre en posesión de ella, establece que el sujeto puede salvar la fotografía si demuestra haber pagado el precio de adquisición de la obra o si demuestra haber pagado el precio de adquisición de la obra o si demuestra haber pagado el precio de adquisición de la obra.

La posibilidad de salvamento de la fotografía en el caso de que el sujeto no sea el titular de la obra y se encuentre en posesión de ella, está regulada en el artículo 145 del Código General del Proceso. Este artículo establece que el sujeto puede salvar la fotografía si demuestra haber pagado el precio de adquisición de la obra o si demuestra haber pagado el precio de adquisición de la obra o si demuestra haber pagado el precio de adquisición de la obra.

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, pues está demostrado con la copia de cédula de ciudadanía de folio 3, que su natalicio ocurrió el 21 de junio de 1961 y se afilió al ISS desde el 14 de junio de 1984, según reporte de semanas cotizadas (f.º 98) y con anterioridad estuvo vinculada a la Secretaría Departamental de Educación de Santander desde el 13 de abril de 1978 hasta el 31 de julio de 1983 (f.º 35 a 40).

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, se encuentra probado que ello ocurrió el 16 de diciembre de 1997, pues así se observa en formulario de afiliación a la AFP Horizonte (f.º 116), el que se hizo efectivo en el mes de febrero de 1996 según reporte de Asofondos (f.º 117).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante, manifestó que es abogada especialista, precisó que superó un proceso de selección en un banco y al realizar el trámite de vinculación fue asesorada por un empleado de Horizonte quien le ofreció trasladarse asegurándole que el monto de la pensión en el RAIS sería superior al que podría obtener en el ISS, entidad que iban a liquidar y que de fallecer el dinero de la cuenta individual le sería entregado a sus hijos.

A solicitud de la parte actora fue practicado interrogatorio de parte a los representantes legales de las administradoras Protección S.A. señor Juan David Palacio González y Porvenir S.A., señor Juan Sebastián Velandia, el primero manifestó que no es cierto que a la demandante se le haya indicado que le convenía más estar afiliada al RAIS, señalando que lo que se le puso de presente fueron las características

de cada régimen. El segundo señaló que para la época en que se realizó el traslado no era obligatorio realizar proyecciones pensionales tan solo dar a conocer las características de los dos regímenes, señaló además que para el año 2004 la administradora puso en conocimiento a través de los periódicos nacionales el plazo de gracia que tenían las personas para regresar al régimen de prima media.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la **AFP Horizonte hoy Porvenir 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 podrían acceder a los recursos de la cuenta individual sus hijos 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).

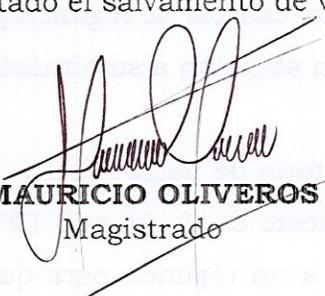
En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras, como reiteradamente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

Por tanto, la AFP PROTECCIÓN S.A. a la que se encuentra actualmente vinculada debe 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 el Juez 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 conformar 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 **PILAR ACEVEDO OLAYA** en contra de **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 009 2018 00078 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 Colpensiones y surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor, respecto de la sentencia proferida el 13 de septiembre de 2019, por el Juzgado 9.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante, que se declare la ineficacia del traslado al R.A.I.S. a través de Porvenir S.A., al no haberle proporcionado una información completa y comprensible acerca de su traslado, e incumplir con el deber del buen consejo; se declare que Protección S.A. y Porvenir S.A. omitieron su deber de información, por ende, debe estar afiliada al R.P.M.P.D. En consecuencia, se condene a Protección S.A., a trasladar a Colpensiones, los aportes cotizados en dicho régimen, y a su vez, a esta última a aceptar dichos aportes y registrarla como su afiliada sin solución de continuidad desde el 13 de abril de 1978 (f.º 63, 64).

Como fundamento fáctico relevante de sus pretensiones, señaló que se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 13 de abril de 1978, donde aportó 618 semanas; el 16 de diciembre de 1997, se afilió a la A.F.P. Horizonte hoy Porvenir S.A., no obstante, el asesor no le informó que el valor de su mesada pensional sería inferior al que recibiría del I.S.S., pues no le realizó una proyección pensional comparativa, simplemente utilizó como argumentos que podría pensionarse a cualquier edad y que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, tampoco le informó las desventajas de su traslado, por lo que consideró que esa información fue sesgada y parcializada.

Adujo, que alcanzó los 47 años estando afiliada a Protección S.A. pero esta administradora no le informó con anterioridad la oportunidad que podía regresar al régimen de prima media, ni la prohibición legal de hacerlo después de esta edad; actualmente cuenta con más de 1.327,72 semanas cotizadas en pensión; el 24 de agosto de 2017, radicó formulario de traslado a Colpensiones y el 21

de noviembre siguiente, solicitó a Porvenir S.A. invalidar la afiliación recibiendo respuesta negativa a sus peticiones (f.º 64-66).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 23 de marzo de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 80).

Colpensiones, se opuso a las pretensiones, para lo cual aceptó la afiliación al régimen de prima media, el número de semanas cotizadas en el I.S.S., la reclamación administrativa y su respuesta negativa, dado que a la demandante le falta menos de 10 años para pensionarse. En su defensa, propuso las excepciones de imposibilidad de declaratoria de nulidad del traslado, ausencia de vicios del consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, imposibilidad jurídica de activar la afiliación en Colpensiones, buena fe, prescripción y compensación (f.º 105-112).

Porvenir S.A., también se opuso al éxito de las pretensiones, dado que la demandante se trasladó al R.A.I.S. de manera voluntaria, sin embargo, cuando solicitó el traslado a Colpensiones la respuesta fue negativa. Formuló como excepciones las denominadas prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haberse tramitado el formulario de afiliación, debida asesoría del fondo, y prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo (f.º 124-130).

Protección S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones y adujo la demandante en la actualidad es su afiliada. En su defensa propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por

ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y compensación (f.º 148-167).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 82, 83).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 9.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 13 de septiembre de 2019, declaró la ineficacia del traslado de régimen de prima media al de ahorro individual a través de Horizonte Pensiones y Cesantías, hoy Porvenir S.A.; en consecuencia, ordenó a Protección S.A., trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos, sin descuento alguno por gastos de administración, ni seguros de invalidez y sobrevivencia; ordenó a Colpensiones a reactivar la afiliación y recibir los conceptos que le fueren trasladados; declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las demandadas.

Motivó la decisión, en que las administradoras del R.A.I.S. no demostraron haber brindado a la demandante la información completa, veraz y oportuna sobre las consecuencias que implicaba para su futuro pensional, el traslado de régimen (f.º 201, 202).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones, argumentó que no podía saber que el traslado de la demandante se encontraba viciado de nulidad, sumado a que tal decisión resulta gravosa para la sostenibilidad financiera del sistema que administra.

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 21 de junio de 1961 (f.º 3); **ii)** prestó servicios como docente a la Secretaría de Educación Departamental de Santander desde el 13 de abril de 1978 hasta el 31 de julio de 1983, tiempo cotizado al Instituto de Previsión Social de Santander (f.º 35-40); **iii)** se afilió al extinto Instituto de Seguros Sociales, en donde completó 225.57 semanas de cotización entre el 14 de junio de 1984 y el 31 de diciembre de 1997 (f.º 50, 51, 98-101); **iv)** que el 16 de diciembre de 1997, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Horizonte (f.º 116), con fecha de efectividad desde el mes de febrero de 1998 según reporte de Asofondos (f.º 117); **v)** que el 15 de septiembre de 1999, realizó traslado horizontal a la A.F.P. ING PENSIONES Y CESANTÍAS (f.º 147); **vi)** y que finalmente, el 21 de abril de 2008, se trasladó a Protección S.A., donde continúa actualmente afiliada, con un total de 1382.43 semanas de acuerdo con la historia laboral que obra de f.º 41 a 49 y 135 a 143.

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

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

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

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

En el presente proceso, ello ocurre precisamente si se observa que en el recuadro denominado ‘voluntad de la solicitud de vinculación a Horizonte Pensiones y Cesantías SA n.º 501728, diligenciado el 16 de diciembre 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 la he efectuad **en forma libre, espontánea y sin presiones**. Manifiesto que he elegido a Horizonte*

SA, para que administre mis aportes pensionales y que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos.» (f.º 116).

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

Y es que realmente surgen interrogantes como: ¿Qué tipo de efecto nocivo puede causarse a la accionante quien contaba con 32 años de edad para el 1.º de abril de 1994, que para esa data tenía un acumulado aproximado de 502 semanas entre cotizaciones efectivamente realizadas al I.S.S. y los tiempos de servicio público, y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?

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

válidamente que su afiliación inicial a Horizonte, 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 Horizonte, a ING y 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, no señaló haber sido coaccionada, amenazada u obligada a realizar el traslado de régimen, sino que indicó que previo a cada traslado realizado recibió asesoría de su fondo de pensiones correspondiente, con base en la cual tomó la decisión de trasladarse en forma horizontal entre fondos, admitió que le informaron en forma individual, mientras se estaba vinculando laboralmente por primera vez al Banco Unión Cooperativa UNAL, que podría pensionarse antes de la edad respectiva, que el I.S.S. se liquidaría, mientras que en el I.S.S. se podía pensionar con un número determinado de semanas de cotización y únicamente al alcanzar dicha edad; también le informaron acerca de la posibilidad de trasladarse todo el dinero recaudado a su nombre en el fondo a sus hijos, en caso de que falleciera. Afirmó, que se trasladó a Protección porque consideró que era el fondo más fuerte, y que el asesor le ofreció darle un mejor servicio, así como remitirle extractos con la información de sus cuentas, y tramitar directamente el traslado del dinero del I.S.S. a ese fondo, para lo cual, le explicó acerca del bono pensional. Así que de su dicho se puede concluir el conocimiento de ciertas características propias del R.A.I.S., lo que denota su convicción sobre el traslado de régimen, la asesoría recibida.

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, y en caso de fallecimiento, heredar el saldo de su cuenta de ahorro individual a sus familiares sobrevivientes, 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, antes por el contrario, realizó dos traslados horizontales, incluso 2 meses antes de cumplir 47 años de edad pernoctando en el R.A.I.S. durante casi 20 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.

De manera que, no es de recibo para la Sala mayoritaria, el hecho de que la demandante consideró que Horizonte, hoy Porvenir S.A. incumplió el deber de información solo hasta el momento en que conoció el posible monto de su pensión, sin que hubiese manifestado inconformidad alguna durante el tiempo en que estuvo afiliada a los 3 fondos mencionados. Así las cosas, se tiene que hubo una ratificación tácita del acto jurídico de traslado, con el pleno cumplimiento de las solemnidades legales.

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

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

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

hoy Porvenir S.A., en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil.

Se considera entonces, que no existen elementos de juicio que permitan establecer coacción, error o inducción al mismo como vicios del consentimiento, la deficiencia de la asesoría que se aduce, menos aún el dolo consistente en artificios o engaños para obtener el consentimiento en el traslado, pues lo que está claro es que la demandante fue asesorada, y estuvo de acuerdo con la información suministrada, por lo tanto, no habría lugar a declarar ni la nulidad de la afiliación a la A.F.P. Horizonte 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 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 de los fondos fue cumplida en la medida en que es la misma demandante quien en el

interrogatorio de parte aceptó que se le entregó asesoría en la oportunidad en la que realizó traslado de régimen y la movilidad entre administradoras del R.A.I.S.

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, por lo que la información ofrecida por Horizonte, hoy Porvenir S.A. 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 a estos fondos de pensiones, no acudió a los mismos 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 20 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, indicando que ese traslado sin respetar los términos señalados en las normas vulnera los principios de equidad y sostenibilidad financiera.

En dicha sentencia, expuso la Corte lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

elección dependerá su futuro pensional; aquí como se vio la demandante fue negligente frente a este aspecto, que decidió voluntariamente cambiarse de régimen, y desde ese momento no acudió a su fondo de pensiones ni para conocer en qué situación se encontraba su derecho pensional, ni para constatar el dicho del asesor, 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, aspecto de índole legal, que fue publicitado por varios fondos, entre ellos, Porvenir S.A., Horizonte y Protección S.A., mediante publicación de comunicados de prensa en periódicos de amplia circulación nacional, como los que se acreditaron en este asunto (f.º 122, 123).

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 16 de diciembre

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

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

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

En consecuencia, 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 de la demandante.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia consultada y apelada, proferida el 13 de septiembre de 2019, por el Juzgado 9.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar **absolver** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** de todas las pretensiones incoadas por **PILAR ACEVEDO OLAYA**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

(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 **AURORA AGUDELO ASCENCIO** en contra de **COLPENSIONES** y **COLFONDOS**.

EXP. 11001 31 05 011 2018 00322 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 parte demandante contra la sentencia proferida el 17 de octubre de 2019, por el Juzgado 11 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 al R.A.I.S. en la A.F.P. Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías. Consecuencialmente, que se ordenara a la A.F.P. a realizar el traslado de todos los recursos existentes en la cuenta individual correspondiente a cotización y rendimientos; a Colpensiones a recibirla como su afiliada; se le reconocieran los demás derechos a que haya lugar de conformidad con las facultades ultra y extra petita, y que se condenara en costas a las demandadas.

De manera subsidiaria, solicitó que se declarara la ineficacia e inoperancia de los efectos del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al R.A.I.S. al no poderse predicar la existencia de consentimiento informado, y que se declarara la ilegalidad del traslado por el incumplimiento de los presupuestos de permanencia mínima en un régimen.

Para el efecto, manifestó que cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 2 de septiembre de 1991; que el 24 de enero de 1996, se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con la A.F.P Colfondos S.A.; que no le fueron informadas las implicaciones de su decisión; que no le informaron sobre sus derechos pensionales; que no le pusieron de presente las características de cada régimen, sus ventajas y desventajas para el caso particular teniendo en cuenta su edad, semanas cotizadas y realidad económica; que tampoco le realizaron proyecciones futuras de pensión, y solicitó a Colpensiones tener como ilegal, nulo e ineficaz el traslado, solicitud que le fue negada (f.º 4 - 16).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 5 de septiembre de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 71).

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la actora. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho para ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, y no procedencia de costas en instituciones de seguridad social (f.º 75 - 90).

Colfondos S.A., también se opuso a las pretensiones. En su defensa, invocó las excepciones de validez de la afiliación al R.A.I.S. con Colfondos, validez de la afiliación por haberse solucionado el conflicto de múltiple vinculación, la de buena fe, prescripción, e inexistencia de vicio del consentimiento o error de derecho

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

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., en sentencia de 17 de octubre 2019, absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra; declaró probados lo hechos sustento de las excepciones de validez de la afiliación al R.A.I.S. con Colfondos, buena fe, inexistencia de vicio de consentimiento por error de derecho, y las de inexistencia del derecho para regresar al R.P.M. e inexistencia de causal de nulidad, y condenó en costas a la parte actora.

Aseveró, que en el formulario de afiliación suscrito por la demandante, existe un cuadro en el que la demandante manifestó su voluntad de afiliarse de manera libre espontánea y sin presión, además que había elegido a Colfondos S.A.; esgrimió, que en el interrogatorio de parte, la demandante manifestó que la decisión de trasladarse de régimen fue tomada de manera libre y voluntaria, aunado al hecho de que reconoció que la asesoría le fue realizada de manera personal pero que no le formuló ninguna pregunta al asesor.

Finalmente, esgrimió que como la afiliación se dio de manera libre, espontánea, sin presiones y con el cumplimiento de las solemnidades legales el traslado era válido.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La parte demandante, interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia en su totalidad. Esgrimió que no se consideró el hecho de que la demandada no demostró haber brindado la información conforme a lo dispuesto en el Decreto 720 de 2994, esto es de forma amplia y suficiente; que el juez no tuvo en cuenta lo consagrado en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero respecto a la obligación de informar de manera clara y transparente sobre las diferentes alternativas del mercado, ni tampoco lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, según la cual el traslado debe ser libre.

Adujo, que no existía prueba alguna que demostrara que a la demandante se le brindó información sobre las implicaciones del traslado de régimen pensional, y expresó que la demandante fue engañada al habersele omitido información determinante para su futuro pensional, hecho que puede considerarse como una conducta dolosa.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículos 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 19 de julio de 1962 (f.º 40); **ii)** que a 1.º de abril de 1994, tenía un total de 46.57 semanas cotizadas, como quiera que no registra cotizaciones entre el 1.º de enero de 1994 y el 1.º de mayo de 1995, y tenía 32 años (f.º 46); **iii)** que cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 10 de febrero de 1993, y el 30 de noviembre de 2000 50.86 semanas (f.º 46); **iv)** que el 24 de enero de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos S.A., con fecha de efectividad desde el 1.º de febrero del mismo año (f.º 121), **vi)** y que actualmente se encuentra vinculada a Colfondos S.A. con un total de 1223.43 semanas cotizadas en esa A.F.P, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º 50 a 55.

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, ello precisamente ocurrió, si se observa que en el recuadro denominado ‘*voluntad de selección y afiliación*’ de la solicitud de afiliación y traslado a fondo de pensiones obligatorias n.º 707910 de A.F.P. Colfondos S.A. diligenciado el 24 de enero de 1996, se encuentra el siguiente texto ‘preimpreso’, encima de su firma como trabajadora: *«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 de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. Colfondos para que administre mis aportes pensionales y que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos»* (f.º 121).

Entonces, en principio, se tiene claramente que la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación

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

Y es que realmente surgen interrogantes como: ¿Qué tipo de efecto nocivo puede causarse a la accionante quien contaba con 32 años de edad para el 1.º de abril de 1994, que para esa data tenía un total de 46.57 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 32 años, es decir, según la norma que se encuentra vigente -Ley 797 de 2003- le faltaban aproximadamente 25 años para cumplir la edad de 57 años, lo cual se traduce en que no contaba con esa expectativa legítima de adquirir el derecho para que pudiera predicarse válidamente que su afiliación inicial a 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 la suscripción de los mencionados formularios no fueron objeto de reproche de su parte; por el contrario, en su interrogatorio de parte, admitió que se trasladó de forma voluntaria a Colfondos S.A. por cuanto nadie la obligó; que firmó el formulario de afiliación; que nadie la obligó, y que la asesoría recibida por dicha A.F.P. fue personal, pero que no recordaba haberle hecho preguntas al asesor. Igualmente, se observa que de los 24 años que lleva afiliada a la A.F.P. solo asistió una vez al fondo para averiguar sobre 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.

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

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

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

Así como 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. Colfondos S.A., en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil.

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

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

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes desde el año 1996, en la medida en que las partes realizaron las actuaciones (sucesivamente) correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a las 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 de los fondos fue cumplida en la medida en que es la misma demandante quien en el interrogatorio de parte aceptó que se le entregó asesoría en la oportunidad en la que realizó 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. Así que la información ofrecida por la A.F.P. Colfondos S.A., además de ser cierta, fue suficiente y oportuna, sin embargo, la actora, le restó importancia a dicha información, lo que a la postre la llevó a continuar afiliada al régimen de ahorro individual 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 la demandante no hubiera recibido información sobre el régimen de ahorro individual, pues como es bien sabido, es deber de quien decide efectuar esta clase de actuaciones definir las condiciones y términos de los mismos, las ventajas y desventajas que traerán sus determinaciones, dado que el acto de la afiliación o no, depende de la persona natural y no del fondo.

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

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

En dicha sentencia, expuso la Corte lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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, y desde ese momento no acudió a su fondo de pensiones ni para conocer en que situación se encontraba su derecho pensional, ni para constatar el dicho del asesor, 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; aspecto de índole legal, que fue publicitado por varios fondos, entre ellos, Colfondos S.A., mediante publicación de comunicados de prensa en periódicos de amplia circulación nacional, como los que se acreditaron en este asunto (f.º 135 y 136).

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

Así las cosas, si en gracia de discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido el 24 de enero de 1996, 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 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, hay lugar a **confirmar** la sentencia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

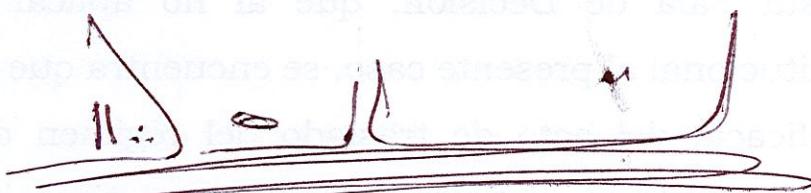
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de octubre de 2019, por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

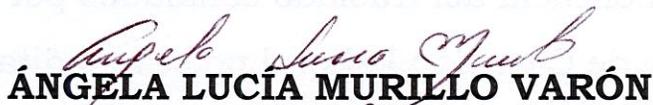
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera serán a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

(Con salvamento de voto)

SALVAMENTO DE VOTO

Demandante: Martha Lucía González Piñeros
Demandado: Colpensiones y otros
Radicado: 110013105 016 2018 00253 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*

DECLARACIONES DE VOTO

Elaborado por: Sr. Juan Carlos Pérez
Elaborado por: personas y otros
Fecha: 11/01/10 a las 00:53:01

Con el acatamiento respectivo, me permito expresar la decisión adoptada, al considerar que en el caso bajo estudio, la administración del régimen de ahorro individual con solididad demandada, incurre en el deber que impone el artículo 145 del Código General del Proceso, respecto por razón expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, que se debe haber cumplido al momento del momento de la adopción o con posterioridad, una transmisión clara, completa y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, 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 solididad, tal como lo advierte en la penúltima línea.

Lo anterior, se edita en que las características fundamentales para la selección de régimen pensional es que la prima 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 del mismo código dispone que el traslado, al pasar de un régimen de prima media a un régimen de ahorro individual con solididad, debe ser libre, espontáneo y sin presiones. Por su parte, el artículo 171 de la misma ley señala, no obstante las sanciones pecuniarias por no haberse cumplido con el deber de afiliar al afiliado a solididad, que no afecta el deber de afiliar al afiliado a un régimen de ahorro individual con solididad.

En consecuencia, se declara que la administración del régimen de ahorro individual con solididad demandada, incurre en el deber que impone el artículo 145 del Código General del Proceso, respecto por razón expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, que se debe haber cumplido al momento del momento de la adopción o con posterioridad, una transmisión clara, completa y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, 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 solididad, tal como lo advierte en la penúltima línea.

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 39, que su natalicio ocurrió el 11 de abril de 1960 y se afilió al ISS desde el 1° de mayo de 1995, según reporte de semanas cotizadas (f.° 73) y con anterioridad estuvo vinculada al Departamento de Cundinamarca entre marzo de 1983 y mayo de 1985 (f.° 19 y 20), a la Empresa de Licores de Cundinamarca como trabajadora oficial desde el 19 de agosto de 1986 hasta el 4 de enero de 1995 y como empleada pública desde el 4 de agosto de 1997 y hasta 6 de noviembre de 1998 (f. | 21 a 24).

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 1° de abril de 1997, así se observa en formulario de afiliación a la AFP Colmena AIG (f.° 96), el que se hizo efectivo en el mes de junio de 1997 según reporte de Asofondos (f.° 97).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante, manifestó que es abogada especialista en derecho administrativo y que en la empresa donde labora fue abordada por varios asesores entre ellos el de Colmena, el cual le indicó que el ISS se iba a acabar y que podía perder todo lo que había cotizado hasta el momento y que en el fondo se podía pensionar no por la edad sino por el ahorro que hiciera. También manifestó que se cambió entre administradoras del RAIS pues creyó en el ofrecimiento que le hicieron.

A solicitud de la parte demandante fue practicado el testimonio de Martha Esperanza Quiroga Garzón, quien manifestó haber sido compañera de trabajo de la

demandante desde el año 1997 hasta el año 2002, en la Caja de Compensación Campesina, señaló que allí eran auxiliares del departamento de recursos humanos. Precisó que los asesores de las AFP los visitaban diciéndoles que el ISS se iba acabar, a veces llegaban a puesto de trabajo y otras veces hacían reuniones grupales. No obstante dijo no tener claro en qué fecha se trasladó la demandante, ni el fondo al cual lo hizo, pues no estuvo presente en el momento de la suscripción del formulario correspondiente.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la **AFP COLPMENA AIG hoy 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).

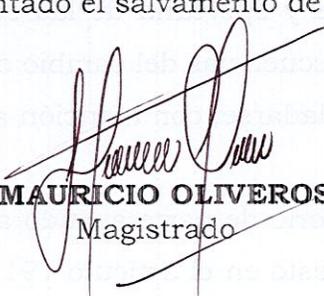
En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras, como reiteradamente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

Por tanto, la AFP Colfondos S.A. a la que se encuentra actualmente vinculada 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 el Juez 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 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 **MARTHA LUCÍA GONZÁLEZ PIÑEROS** en contra de **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.**

EXP. 11001 31 05 016 2018 00253 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 los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Colfondos S.A. y Colpensiones, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta última, respecto de la sentencia proferida el 1.º de octubre de 2019, por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad de la afiliación con Protección S.A., en consecuencia, se ordene a Colfondos, trasladar a Colpensiones, las cotizaciones de su cuenta pensional, más los cobros y gastos de administración que hubieran sido descontados de sus aportes; a su vez, Colpensiones debe aceptar su vinculación al R.P.M.P.D. como si nunca se hubiere traslado de régimen, así como los aportes, rendimientos financieros y gastos de administración (f.º 49-51).

Como sustento de sus pretensiones, adujo que prestó sus servicios a diferentes empleadores del orden público y privado desde el año 1979 hasta la fecha, los vendedores o asesores contratados por Colmena, hoy Protección S.A., la indujeron de manera equivocada a trasladarse al régimen de ahorro individual, indicándole que no perdería los beneficios pensionales del régimen de prima media con prestación definida y sin explicarle los riesgos que el traslado implicaría, pues no le suministraron información idónea, suficiente y veraz, que le permitiera tomar una decisión objetiva; tampoco le realizaron una simulación pensional.

Expuso que desde la fecha de su afiliación ha gestionado ante la A.F.P. Protección el traslado al Régimen de Prima Media, no obstante, esta realizó sin su consentimiento el traslado de su cuenta a la A.F.P. Colfondos quien es su actual administradora, precisando aquí que no le informó a su empleador sobre el cambio de régimen pensional; la pensión que recibirá en el R.A.I.S. equivale a un 60% del valor que recibiría en el régimen de prima media, lo que afectaría la irrenunciabilidad de los beneficios laborales; el 9 de agosto de 2017, reclamó ante la A.F.P. Colfondos su desvinculación quien

contestó de forma negativa; el 15 de agosto de 2017, solicitó a la A.F.P. Protección su desvinculación del R.A.I.S., recibiendo el 4 de septiembre siguiente respuesta negativa, y el 6 de julio de dicha anualidad, elevó reclamación ante Colpensiones, de la cual no recibió contestación (f.º 46 a 49).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 11 de julio de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 64).

Colpensiones, se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, y buena fe (f.º 77-86).

Protección S.A., también se opuso al éxito de las pretensiones y planteó las excepciones de validez de la afiliación a Protección, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho y prescripción (f.º 102-113).

Colfondos S.A., igualmente, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En defensa de sus intereses propuso las excepciones de validez de la afiliación con Colfondos, inexistencia de la obligación en cabeza de la A.F.P., buena fe, prescripción y las declarables oficiosamente (f.º 153-162).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 65, vto).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 1.º de octubre de 2019, declaró la ineficacia del traslado de régimen de prima media al de ahorro individual realizado el 1.º de abril de 1997, a través de Colmena Pensiones y Cesantías, hoy Protección S.A; en consecuencia, ordenó a Colfondos S.A., a transferir a Colpensiones, la totalidad de los valores que integran la cuenta individual de la demandante, junto con los frutos, rendimientos e intereses y sin descontar gastos de administración. Declaró que la única afiliación válida en el sistema de seguridad social de la demandante es la que realizó al Instituto de Seguros Sociales, por lo tanto, condenó a Colpensiones a recibir la totalidad de los recursos trasladados y restablecer el historial laboral de cotizaciones; declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las demandadas.

Sustentó su decisión, en que la A.F.P. no demostró haber brindado información a la demandante, la que no puede presumirse con la simple suscripción del formulario de afiliación (f.º 181, 182).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Colpensiones, señaló que no se realizó un estudio del caso en concreto, pues la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, la prueba de la asesoría dada no solo es el formulario de afiliación, sino que además en el interrogatorio de parte la demandante confesó que firmó el formulario de manera libre y voluntaria, y en todo caso el mismo cumple con lo dispuesto en la Ley 692 de 1994, además se dejó de lado que en este documento se le informó a la accionante sobre la posibilidad de retractarse de su decisión de trasladarse; de igual forma, se debe tener en cuenta que para la época del traslado, la demandante era abogada y manifestó

que recibió asesoría individualizada por parte del personal de la administradora de pensiones.

Por su parte, Colfondos S.A., sostuvo que se debe tener en cuenta lo manifestado por la demandante al absolver interrogatorio de parte, en donde recibió información específica y que por su calidad de abogada y conocedora del área de nómina de una caja de compensación podía saber las implicaciones del traslado, además la testigo dio cuenta de que se les brindó información. En forma subsidiaria, solicitó revocar la condena relacionada con los gastos de administración, pues las implicaciones de la declaratoria de nulidad o ineficacia son diferentes en materia civil y en materia laboral, y en esta última se deben preservar las situaciones consolidadas, por lo que no deben ser devueltos dineros que se utilizaron para obtener los réditos de la cuenta individual.

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 11 de abril de 1960 (f.º 39); **ii)** prestó servicios públicos a la Contraloría General del Departamento de Cundinamarca, de manera interrumpida entre el 1.º de marzo de 1983 y el 1.º de mayo de 1985 (f.º 19, 20), y a la Empresa de Licores de Cundinamarca como trabajadora oficial desde el 19 de agosto de 1986 hasta el 4 de enero de 1995 (f.º 21-24), de los cuales no se

registran cotizaciones; **iii)** se afilió al extinto Instituto de Seguros Sociales, e hizo cotizaciones del 1.º de mayo de 1995 al 31 de mayo de 1996, por 46.57 semanas (f.º 73, 74); **iv)** que el 1.º de abril de 1997 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la A.F.P. Colmena A.I.G., hoy Protección S.A. (f.º 96), el cual tuvo efectividad a partir del 1.º de junio de 1997, según reporte de Asofondos (f.º 97); **v)** y finalmente, que el 15 de mayo de 2002, se afilió a la A.F.P. Colfondos S.A. (f.º 138), donde continúa actualmente afiliada (f.º 140-146).

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, ello ocurre precisamente si se observa que en el recuadro denominado ‘voluntad de selección y afiliación’ de la solicitud de vinculación a la A.F.P. Colmena A.I.G. n.º 1010323308 diligenciada el 1.º de abril de 1997, se encuentra el siguiente texto ‘preimpreso’, encima de su firma como afiliada: *«De acuerdo con el Decreto 692 de 1994 artículo 11, 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 Cesantías y Pensiones colmena AIG, para que administre mis aportes pensionales y que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos.»* (f.º 96).

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 33 años de edad para el 1º de abril de 1994, que para esa data tenía un tiempo de servicios en el sector público, equivalente aproximadamente a 496,12 semanas de cotización, y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?

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

Por lo que se infiere, que con este acto se produjeron los efectos de traslado válido al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a Colmena A.I.G., y posteriormente a Colfondos S.A., fuera ineficaz o estuviera viciado de nulidad como lo afirmó la parte demandante, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando la suscripción del mencionado formulario no fue objeto de reproche de su parte; por el contrario, en su interrogatorio de parte, admitió que impuso su firma de manera libre y voluntaria, sin presiones, después de haber recibido asesoría de manera individual en su lugar de trabajo con los asesores de la A.F.P. Colmena, hoy Protección S.A., quienes le dijeron que se trataba de un ahorro con el cual podía pensionarse a cualquier edad, lo que dependía de los ahorros que realizara; y posteriormente también se

cambió a I.N.G. PENSIONES, y luego a la A.F.P. Colfondos S.A., ya que estaba convencida de lo que inicialmente le habían ofrecido; aceptó que desde el año 1983, funge como abogada, y para el momento en que realizó su afiliación a COLMENA, trabajaba como Asistente de Recursos Humanos en la Caja de Compensación Familiar Campesina, en donde debía estar pendiente de todos los movimientos de personal y de nómina; y que solo hasta el año 2010, solicitó afiliarse a Colpensiones, pero fue rechazada la solicitud por faltarle menos de 10 años para pensionarse. Manifestaciones estas, 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.

Adicional a lo anterior, se recibió la declaración de Martha Esperanza Quiroga Garzón, quien fue compañera de trabajo y tuvo el mismo cargo que la demandante en la Caja de Compensación Familiar Campesina, y en tal calidad le consta que en el año 1997, llegaron a dicha oficina, asesores de varios fondos privados a ofrecer vinculaciones, y daban la información en forma individual puesto por puesto, u otras veces, hacían reuniones con grupos pequeños de trabajadores, con autorización de Talento Humano, para lo cual recuerda, se alcanzaron a hacer 3 reuniones grupales; sin embargo, ella, la testigo nunca quiso trasladarse de régimen por lo que continúa afiliada a Colpensiones.

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

definida, que la actora manifestó conocer según su dicho, por lo que desvirtúa el deseo de permanecer en el régimen de prima media o de retornar a él, lo cual se concluye porque pese a las diversas oportunidades de trasladarse no optó por tal situación, antes por el contrario, pernoctó en el R.A.I.S. durante un poco más de 21 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.

De manera que, no es de recibo para la Sala mayoritaria, el hecho de que la demandante consideró que Colmena, hoy Protección S.A. incumplió el deber de información solo hasta el momento en que conoció el posible el monto de su pensión, sin que hubiese manifestado inconformidad alguna durante el tiempo en que estuvo afiliada, ni cuando realizó los traslados horizontales entre distintas administradoras del RAIS. Así las cosas, se tiene que hubo una

ratificación tácita del acto jurídico de traslado, con el pleno cumplimiento de las solemnidades legales.

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

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

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

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

la afiliación a la A.F.P. Colmena, hoy Protección S.A., ni la ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se acreditó que persona alguna hubiese atentado contra el derecho 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, indicándose 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 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 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 de los fondos fue cumplida en la medida en que es la misma demandante quien en el interrogatorio de parte aceptó que se le entregó asesoría, y de su dicho se puede extraer el conocimiento de características propias del R.A.I.S. tales como la posibilidad de pensionarse sin el cumplimiento del requisito de la edad exigido en el R.P.M., sino dependiendo de lo ahorrado en su cuenta de ahorro individual.

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, por lo que la información ofrecida por Colmena, hoy Protección S.A. a la demandante, además de ser cierta, fue suficiente y oportuna, sin embargo, la actora, le restó importancia a dicha información, lo que a la postre la llevó a continuar afiliada al régimen de ahorro individual por más de 21 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, indicando que ese traslado sin respetar los términos señalados en las normas vulnera los principios de equidad y sostenibilidad financiera.

En dicha sentencia, expuso la Corte lo siguiente:

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

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

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

“...los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno

el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”.

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

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

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

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

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

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

Lo anterior, sin pasar por alto que en la actualidad existe un criterio jurisprudencial mayoritario, no unificado, en nuestro Órgano de Cierre en relación con la temática que hoy absorbe el conocimiento de esta Sala, por lo que se considera que la afiliada no está exonerada de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuida en su capacidad para celebrar actos y contratos, y teniendo en cuenta que de su elección dependerá su futuro pensional; aquí como se vio con lo manifestado en el interrogatorio de parte, la demandante fue negligente frente a este aspecto, que decidió voluntariamente cambiarse de régimen y desde ese momento no acudió a ninguna de las administradoras a las que estuvo afiliada para conocer el estado de su situación pensional, ni realizó ningún esfuerzo para corroborar la información suministrada por los fondos, 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, aspecto de índole legal, que fue publicitado por varios fondos, entre ellos, Colfondos S.A. y Protección S.A., mediante publicación de comunicados de prensa en periódicos de amplia circulación nacional, como los que se acreditaron en este asunto (f.º 151, 152).

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

Así las cosas, si en gracia de discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido el 1.º de abril de 1997, el mismo tuvo que ser advertido en esa oportunidad, ante la información brindada, por lo que, indefectiblemente, partir de esa fecha, debía contarse el plazo de 4 años con el que contaba la afiliada para pedir la rescisión del acto jurídico de traslado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, y como no lo hizo, ese hecho debe tenerse como una ratificación tácita del acto, con lo que se sana cualquier nulidad que hubiese podido existir.

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

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

Por lo anterior, como en ningún vicio del consentimiento, ni causa de nulidad o ineficacia se incurrió en el traslado de régimen pensional surtido por la demandante, quien se 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 de la demandante.

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

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

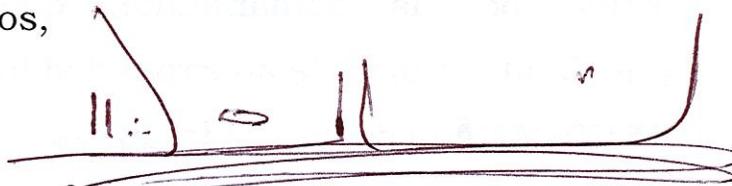
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y consultada, proferida el 1.º de octubre de 2019, por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar **absolver** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, de todas las pretensiones incoadas por **MARTHA LUCÍA GONZÁLEZ PIÑEROS**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

(Con salvamento de voto)