



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARCOS PUERTA PAYARES** en contra de **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** y **LA NACIÓN-MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO.**

EXP. 11001 31 05 024 2017 00634 01

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

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida el 17 de enero de 2020, por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se condene a las demandadas a reliquidar y pagar el monto de la primera mesada pensional de la pensión de jubilación de origen convencional, calculado sobre el promedio de lo devengado en el último año de servicios, incluyendo las primas recibidas en el mismo período, que se le liquide, reconozca y pague la diferencia entre lo pagado y lo que ha debido pagarse por mesadas causadas, incluyendo las adicionales de junio y diciembre junto con los ajustes anuales de Ley, desde el momento en que se le reconoció la pensión y hasta cuando se le reconozca el valor real en la nómina de pensionados (f.º 2).

Como sustento fáctico relevante de sus pretensiones, manifestó que Álcalis de Colombia Ltda., le otorgó una pensión mensual de jubilación de origen convencional mediante Resolución n.º 00126 del 23 de marzo de 1993, a partir del 16 de diciembre de 1992, en cuantía inicial de \$331.630,87, por haber prestado un poco más de 22 años de servicios hasta el 15 de diciembre de 1992; que el 23 de abril de 2004, se le reconoció la pensión de vejez a cargo de I.S.S. a partir del 5 de diciembre de 2002; que Álcalis de Colombia Ltda. compartió su pensión con el Instituto de los Seguros Sociales, cancelándole el mayor valor entre la pensión de jubilación y la de vejez; que para liquidar su primera mesada, tuvo en cuenta el promedio salarial devengado en el último año de servicios que ascendió a \$442.174,49, debiendo ser de \$471.467 mensuales, que incluye la prima de antigüedad y el salario en especie, para así obtener una pensión inicial de \$353.600,25; agotó la reclamación administrativa (f.º 2, 3).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 9 de febrero de 2018, ordenándose la notificación y traslado a las demandadas (f.º 27).

El Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y en su defensa propuso las excepciones de cobro de lo no debido, falta de causa y título para pedir, pago, prescripción, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos (f.º 34-40).

La Nación - Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, presentó oposición a las pretensiones incoadas y formuló como excepciones de mérito las denominadas inexistencia de la obligación y prescripción (f.º 41-43).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 17 de enero de 2020, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuestas por las demandadas; en consecuencia, las absolvió de todas las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas al demandante.

En lo que interesa a la alzada, concluyó que la parte actora no cumplió con la carga de la prueba que le correspondía para acreditar la existencia de la convención colectiva de trabajo, y por ende, no es válido reconocer derechos cuyo fundamento no ha sido aportado al proceso, pues esta convención es un acto solemne cuya prueba de su existencia debe estar presente en el expediente para que se constituya su poder vinculante; aunado a ello, no se logró acreditar sumas

diferentes a las liquidadas por la demandada, cuya verificación efectuada por el despacho conforme lo dispuesto en el artículo 73 del Decreto n.º 1848 de 1969, arrojó un valor inferior al reconocido por la extinta Álcalis de Colombia (f.º 74, 77).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El demandante, sostuvo que no se tuvieron en cuenta los \$6.200 que aparecen como salario en especie, ni los \$3.323 proporcionales a la última prima de antigüedad devengada por él; agregó, que de acuerdo con la jurisprudencia los montos anteriormente enunciados se deben incluir para la cuantía de la pensión, lo que se replica en los artículos 63 del Decreto n.º 1848 de 1969 y 42 del Decreto n.º 1042 de 1978.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará si le asiste o no, derecho al demandante a que se le reliquide la primera mesada pensional de carácter convencional en los términos solicitados.

En el presente proceso, está al margen de la discusión, que el actor prestó sus servicios para Álcalis de Colombia Ltda, del 11 de septiembre de 1970 al 15 diciembre de 1992, para un total de 22 años y 4 días de servicio, motivo por el que dicha entidad mediante Resolución n.º 00126 del 25 de marzo de 1993, esa entidad reconoció pensión de jubilación de origen convencional a partir del 16 de diciembre de 1992, en cuantía inicial de \$331.630.87, cómo se observa a f.º 13 y 14, prestación que con posterioridad fue compartida

con la de vejez otorgada por el extinto I.S.S. en la Resolución n.º 01206 de 2004 (f.º 15 y CDS f.º 31, 52 y 59).

Así las cosas, sería del caso proceder a verificar si los cálculos efectuados por la extinta empleadora en la resolución de reconocimiento pensional estuvieron correctos, no obstante, por una parte, en dicho acto administrativo se indicó que se tuvo en cuenta tanto lo dispuesto en el artículo 73 del Decreto n.º 1848 de 1969, que establece que el valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será el equivalente al 75% del promedio de los salarios y primas de toda especie, percibidas en el último año de servicios, como lo indicado en la Convención Colectiva de Trabajo vigente, que *«dispone que el trabajador que fuere pensionado por la empresa después de 15 o más años de servicios, tendrá derecho a que se le compute para efectos del cálculo de su pensión, la última prima de antigüedad que haya devengado, prima de antigüedad que se causa cada 5 años de servicios cumplidos»*, motivo por el cual, para obtener un I.B.L. promediado de \$442.174.49, la empleadora tuvo en cuenta los siguientes conceptos devengados en el último año: salario, prima legal, prima extra legal, prima de vacaciones, el auxilio de escolaridad, las vacaciones, las horas extras, las vigilancias, el recargo de turnos, así como la prima de antigüedad y el salario en especie, últimos dos conceptos que la parte actora echa de menos en los hechos 7.º y 8.º de su demanda (f.º 3); de manera que no habría lugar a incluir nuevamente la mencionada prima de antigüedad ni el salario en especie, porque en efecto, la empleadora tuvo en cuenta estos rubros.

Aunado a lo anterior, al verificar las liquidaciones de nómina que fueron aportadas en el plenario, se observa que frente algunos de los conceptos enunciados, la entidad tuvo en cuenta dentro del I.B.L. mayores valores a los registrados en la relación de factores de liquidación durante el tiempo comprendido en el último año de servicios.

Por otra parte, no se aportó el texto de la convención colectiva de trabajo en la que se basó la entidad para el reconocimiento pensional con el fin de verificar con certeza cuáles fueron los términos pactados entre las partes, para efectos de liquidar el I.B.L. pensional; y para resolver este aspecto, se considera importante recordar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples providencias ha explicado que la Convención Colectiva tiene el carácter de acto solemne, por lo que su prueba está sujeta a que se acredite que se cumplieron los requisitos exigidos por la ley para que se constituya en un acto jurídico válido, con poder vinculante; de modo que, si tal documento no se aporta al proceso, o se aporte de manera incompleta no podrá el juez del trabajo concluir que se acreditó la existencia del mismo y consecuentemente le está vedado reconocer eventuales derechos acordados a través del trámite de la negociación colectiva (CSJ SL, 24 abr. 2013 rad. 43043, SL8718-2014 y SL378-2018).

De esta manera, al encontrarse que del texto en el que se fundan las pretensiones no se probó en debida forma su existencia legal, las mismas no están llamadas a prosperar, pues la *a quo* no podía partir de la existencia de la norma sustancial, sin que sea válido invocar la aplicación de principios constitucionales de prevalencia del derecho sustantivo, o de la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho, porque no se puede suplir con ello, la falta de una exigencia prevista por la ley como condición imprescindible del acto solemne para que se constituya en un acto jurídico válido con poder vinculante, del cual se debe tener certeza de su existencia para que genere los efectos que se persiguen, precisamente con el propósito de garantizar sus derechos.

No obstante lo anterior, no existe información suficiente para determinar que el promedio de lo devengado en el último año de prestación de servicios sea de \$471.467 como se alega en el hecho 9.º de la demanda, y la información relacionada en los documentos aportados en físico y en medio óptico, no tienen la especificidad ni la contundencia necesarias para probar de una forma clara y precisa, que el ingreso base de liquidación deba ser ese monto; sin que sea viable emitir elucubraciones artificiosas para llegar a ese conocimiento, y muchos menos imponer de manera arbitraria ese valor, incluso aproximado, dado que no se cuenta con los elementos necesarios para ello.

En consecuencia, no es posible acceder a la pretensión de reliquidación invocada, ya que la parte demandante no cumplió con la carga probatoria que le competía, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 164 y 167 del Código General del Proceso, pues se recuerda que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, e incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas jurídicas que consagran el derecho perseguido (CSJ SL, 20 mar. 2013 rad. 45120 y SL, 6 sep. 2012 rad. 37804).

Bajo esa perspectiva, ante la notable la orfandad probatoria y la incuria del gestor al no aportar todos los elementos de juicio que respaldaran su pedimento, no le queda más remedio a la Sala que **confirmar** la sentencia apelada. Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

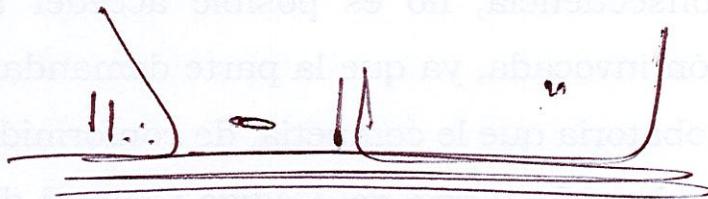
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida el 17 de enero de 2020, por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá D. C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

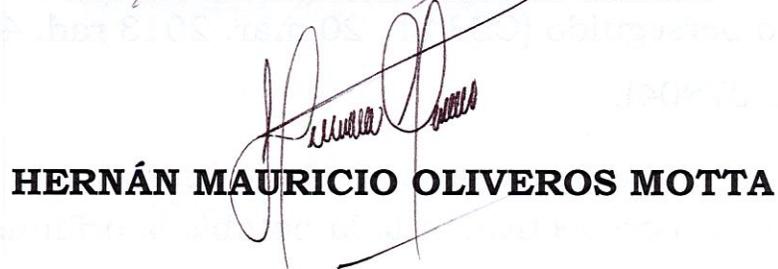
Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA



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

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JORGE ALBERTO MARTÍNEZ DÍAZ** en contra de **COLPENSIONES, y Porvenir SA.**

EXP. 11001 31 05 030 2018 00657 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 Porvenir S.A. y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 10 de octubre de 2019, por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare la ineficacia del traslado realizado al R.A.I.S., y que para todos los efectos legales, siempre ha permanecido afiliado en el R.P.M.D.; en consecuencia, se disponga el traslado de los aportes realizados en el R.A.I.S. al régimen de prima media con prestación definida (f.º 40).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 30 de noviembre de 1956, y cotizó al régimen de prima media con prestación definida desde el 1.º de junio de 1979 hasta el 1.º de abril de 1994, un total de 431.42 semanas; ha cotizado en el R.A.I.S. más de 1.100 semanas, por lo que cuenta con 1.550 semanas; el 20 de abril de 1994, solicitó el traslado del régimen de prima media al R.A.I.S. a través de la A.F.P. Porvenir S.A., el cual se hizo efectivo a partir del 1.º de mayo de 1994, pero esta decisión no fue tomada de manera informada, autónoma y consciente, al no habersele brindado información completa, integral y veraz sobre sus consecuencias, ni la forma en que el mismo impactaría su mesada pensional; expuso, que la A.F.P. se limitó a señalar que en el R.A.I.S. no importaba la edad ni el tiempo de cotización para acceder a la pensión, pero no le indicó el capital que se requería para ello, tampoco que la tasa de reemplazo era diferente a la ofrecida en el régimen de prima media con prestación definida, pues lo que le puso de presente es que el I.S.S. se iba a acabar, información esta que le generó angustia acerca de su expectativa para pensionarse.

Finalmente, narró que el 8 de marzo de 2018, solicitó a Porvenir copia de los documentos e información relacionadas con el traslado, y declarar la nulidad o ineficacia del mismo, la cual fue negada por la A.F.P., al indicar que la asesoría fue brindada de manera verbal, por

lo que no existían soportes escritos, y que el en R.A.I.S. su mesada sería de \$883.800 a los 62 años de edad, mientras que a la misma edad en el R.P.M.P.D. la prestación sería de \$1.857.800; en la misma fecha radicó petición a Colpensiones, que resuelta de manera negativa (f.º 40-42).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 7 de noviembre de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 49).

Colpensiones, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, y buena fe (f.º 53-61).

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 73-81).

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

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 10 de octubre de 2019, declaró ineficaz el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual adelantado por el accionante el 1.º de mayo de 1994, por ende, el demandante se encuentra válidamente afiliado a Colpensiones; condenó a la A.F.P.

Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones, debidamente indexados todos los valores existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los costos cobrados por gastos de administración desde la mencionada fecha hasta cuando se haga efectivo el traslado; a su vez, ordenó a Colpensiones, actualizar la historia laboral a fin de garantizar el derecho pensional; condenó en costas a Porvenir S.A., y declaró no probadas las excepciones planteadas.

Argumentó su decisión, en que si bien el traslado fue realizado por la demandante de manera consiente y voluntaria, lo cual se evidencia con la firma del formulario, lo cierto es que Porvenir no acreditó que la decisión que tomó la actora, al afiliarse al R.A.I.S. la tomó de manera informada.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir S.A., sostuvo que no se logró probar que haya mediado algún vicio del consentimiento en la suscripción del formulario de afiliación, máxime cuando el demandante conoce las particularidades del sistema como los aportes a una cuenta de ahorro individual y los rendimientos que constituirían el capital necesario para financiar su pensión y también lo atinente a la devolución de saldos. Precisó, que el fondo dio pleno cumplimiento a la normativa vigente para la época del traslado, la cual no exigía que la asesoría debía ser impartida por actuarios; así que debe ser absuelta, pues el demandante contaba con meras expectativas de su derecho pensional al trasladarse de régimen del cual conocía los elementos esenciales.

Finalmente, adujo que la devolución de gastos de administración afecta los derechos y seguridad jurídica de la entidad, por ende, no se deberían devolver los rendimientos financieros y si se

tienen que trasladar no tendrían que cobrarse los gastos de administración que permitieron obtener los mismos durante 25 años; en consecuencia, solicitó que en forma subsidiaria se ordene la devolución de los aportes solamente indexados.

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)** la demandante nació el 30 de noviembre de 1956 (CD f.º 69); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 25 de junio de 1979 y el 30 de abril de 1994, 409.86 semanas (CD f.º 69); **iii)** que el 20 de abril 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 1.º de mayo de 1994 (f.º 3483, 84), donde actualmente se encuentra vinculada con un total de 1528 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º 19 a 33 y la certificación de f.º 82.

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

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado,

quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

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

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

En el presente proceso, ello ocurre precisamente, si se observa que en el recuadro denominado ‘voluntad de afiliación’ de la afiliación a fondo de pensiones obligatorias n.º 142891 diligenciado el 14 de febrero de 2002, se encuentra el siguiente texto ‘preimpreso’, encima de su firma como afiliada: «Hago constar que ***realizo en forma voluntaria, libre, espontánea y sin presiones*** la escogencia al régimen de ahorro individual, así como la selección de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, para que sea la única que administre mis aportes pensionales. También declaro que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos.» (f.º 34, 83).

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 38 años de edad para el 1.º de abril de 1994, que para esa data tenía un total de 409,57 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 38 años, es decir, según la norma que se encuentra vigente -Ley 797 de 2003- le faltaban aproximadamente 24 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., 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, pese a no haber leído el formulario diligenciado por la asesora de Porvenir S.A., Pilar Serna, quien también era hija de sus vecinos, quien le informó en su propia casa que él recibiría un dinero adicional por cada afiliado que refiriera, que se podía pensionar antes de los 57 años de edad [sic], que el fondo le podía devolver todo lo que había ahorrado después de que completara cierto capital y podía hacer lo que quisiera con el dinero, motivo por lo que se le hizo más fácil que en el I.S.S., ya que se le mejorarían las cosas, lo cual le llamó mucho la atención para poder retirar ese capital en determinado momento.

Agregó el absolvente, que la asesora le explicó que el dinero de los aportes se destinaba en una cuenta de ahorro individual a su nombre y que por tal razón, la empresa para la cual trabajaba aportaba una parte del dinero y le descontaba otra parte de su sueldo para consignarlo en el fondo, y con dichos aportes, se podría aumentar el bono pensional por rendimientos financieros, mientras que en el I.S.S. la pensión solo podría obtenerla hasta cumplir cierta edad, aunado a que dicha entidad se iba a liquidar. Señaló, que 5 o 7 años después se remitió a una oficina ubicada en la Carrera 13 con Calle 26 en Bogotá, y allí recibió la misma asesoría, a diferencia que la edad pensional que le informaron en ese momento era de 62 años y que para esa época contaba con \$170.000.000 ahorrados, que

estaban esperando que el I.S.S. les enviara el bono pensional, y como le hacían falta unas semanas, la asesora en esta ocasión le dio un documento con el fin de reclamar dichos períodos.

Señaló, que en alguna otra oportunidad se acercó nuevamente a la mencionada oficina de Porvenir, y le dijeron que no podía trasladarse a Colpensiones porque le faltaban menos de 10 años para pensionarse, y que ya estaba listo el bono pensional; adujo, que todas estas manifestaciones se las repitieron en otra asesoría que recibió en una oficina de Porvenir ubicada en Cúcuta, y le indicaron que siguiera cotizando con un monto más alto; aceptó que recibió extractos en donde observó tablas y porcentajes que no entendía, pero sí verificó que hubo una cifra que iba aumentando cada vez; admitió que posteriormente recibió una proyección pensional, con la cual debía continuar cotizando, lo cual no aceptó y en su lugar solicitó la devolución de todo su dinero; motivo por el cual, consideró que la información suministrada por Porvenir S.A. era confiable, pero no suficiente.

Así, las cosas, todas estas manifestaciones denotan su convicción sobre el traslado de régimen, la asesoría y reasesorías recibidas al interior de oficinas de Porvenir visitadas por el demandante en Bogotá y Cúcuta, y el conocimiento de características propias del régimen pensional al que se trasladó.

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

definida, que el actor manifestó conocer según su dicho, por lo que desvirtúa el deseo de permanecer en el régimen de prima media o de retornar a él, lo cual se concluye porque pese a las diversas oportunidades de trasladarse no optó por tal situación, antes por el contrario, pernoctó en el R.A.I.S. por más de 20 años.

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

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

Lo anterior, por cuanto dichas obligaciones generales y especiales que establecen los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, a cargo de los fondos de pensiones, relativas al deber de información para con los afiliados, se suple con aquellas previsiones que se reitera, fueron aceptadas por 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*.

Así mismo, se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en el demandante para su afiliación, por parte de la A.F.P. 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 el demandante fue asesorado, y estuvo de acuerdo con la información suministrada, por lo tanto, no había lugar a declarar ni la nulidad de la afiliación a la A.F.P. Porvenir, ni la ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se acreditó que persona

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

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

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

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

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

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

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

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

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

embargo, el actor, le restó importancia a dicha información, lo que a la postre lo llevó a continuar afiliado al régimen de ahorro individual.

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

También, en el análisis del presente caso, es relevante tener en cuenta que el demandante es una persona que se encuentra *ad portas* de exigir el derecho a la pensión, y respecto a esta situación, la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C-1024-2004 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 que fue publicitado por varios fondos, entre ellos, Porvenir S.A., mediante publicación de comunicados de prensa en periódicos de amplia circulación nacional, como los que se acreditaron en este asunto (f.º 107, 108).

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 20 de abril de 1994, el mismo tuvo que ser advertido en esa oportunidad, ante la información brindada, por lo que, indefectiblemente, partir de esa fecha, debía contarse el plazo de 4 años con el que contaba el afiliado para pedir la rescisión del acto jurídico de traslado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, y como no lo hizo, ese hecho debe tenerse como una ratificación tácita del acto, con lo que se sana cualquier nulidad que hubiese podido existir.

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

En conclusión, se tiene el pleno convencimiento para la mayoría de esta Sala de Decisión, que al no aplicar la jurisprudencia constitucional al presente caso, se encuentra que declarar la nulidad o ineficacia del acto de traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual vulnera los principios constitucionales de equidad, solidaridad y sostenibilidad financiera del régimen de

pensiones; al tener en cuenta que los criterios jurisprudenciales para declarar la ineficacia del traslado señalados por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no se acreditan, además de que no se probaron los vicios del consentimiento consagrados en las normas legales antes citadas.

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

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

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

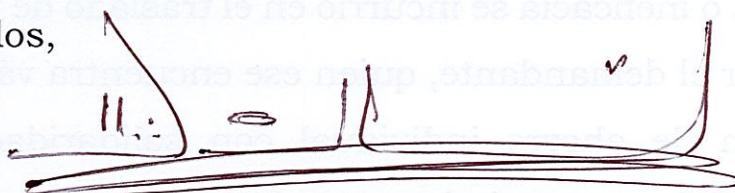
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y consultada, proferida el 10 de octubre de 2019, por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA**, de todas las pretensiones incoadas por **JORGE ALBERTO MARTÍNEZ DÍAZ**, 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

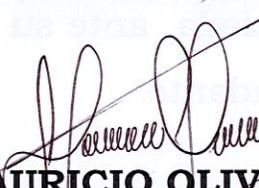
Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

(Con salvamento de voto)



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

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **FLORENTINO MALAVER RODRÍGUEZ** en contra de **COLFONDOS S.A.** y **COLPENSIONES.**

EXP. 11001 31 05 032 2018 00572 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 23 de octubre de 2019, por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante, que se declarara la anulación por ineficacia del traslado del Régimen del Prima Media al Régimen de Ahorro Individual. Consecuencialmente, que se ordenara su traslado a Colpensiones; a Colfondos S.A., a trasladar a Colpensiones los aportes efectuados, junto con los rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración; que de reconocerse la pensión por la A.F.P. esta se continúe pagando hasta que se sean trasladados todos los recursos a Colpensiones, más todos los derechos que se encuentren probados en virtud de las facultades *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

Para el efecto manifestó que el 16 de noviembre de 1982, se afilió a la Caja de previsión Social y el 23 de septiembre de 1991, al Instituto de Seguros Sociales; que el 21 de noviembre de 2003, se vinculó al fondo de pensiones Colfondos S.A., por gestión de un asesor que se limitó a diligenciar el formulario preestablecido, sin proporcionarle información veraz, completa, adecuada, cierta, suficiente, oportuna y objetivamente verificable, pues no realizó proyecciones que le permitieran comparar los dos regímenes, enterándose ahora que la pensión en Colpensiones sería de \$5.026.803 mientras que en el R.A.I.S. tan solo alcanza a ser de \$1.221.474, y que solicitó a la A.F.P. la entrega de copia de documentos con los cuales se verificara la información entregada al momento del traslado, los cuales no recibió, así como tampoco le dieron respuesta sobre la solicitud de nulidad de la afiliación.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 18 de septiembre de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas.

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, se opuso a las pretensiones relacionadas con el traslado a esta administradora y la condena en costas. Propuso las excepciones de validez de la afiliación al R.A.I.S., la de buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción, y las demás declarables de oficio (f.º 219 - 228).

Colfondos S.A., también se opuso a las pretensiones del actor, e invocó las excepciones de validez de la afiliación al RAIS con Colfondos, la buena fe, prescripción, inexistencia de la obligación en cabeza de Colfondos y las demás declarables de oficio (f.º 249 - 256).

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

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., en sentencia de 23 de octubre de 2019, declaró la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizada por el demandante a la administradora Colfondos S.A; declaró que el demandante se encuentra afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y condenó a la A.F.P. Colfondos a trasladar con destino a Colpensiones la totalidad de los aportes en cuenta individual junto con los rendimientos y sin efectuar descuento alguno

por gastos de administración, y condenó en costas a Colfondos y absolvió por este concepto a Colpensiones (f.º 299 - 300).

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

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, argumentó que frente al objeto del debate no existe un precedente judicial, por lo que deben ser observadas las circunstancias particulares del caso en el cual el demandante no es beneficiario del régimen de transición. Manifestó, que el demandante era una persona con suficientes estudios para conocer las consecuencias de la decisión que tomó; que en el interrogatorio de parte confesó que conoció ciertos aspectos comparativos de los regímenes, hecho este que demuestra que Colfondos si cumplió con el deber de informar al actor la información necesaria para que tomara una decisión libre, y que el actor se trasladó en una época en la cual la A.F.P. no estaba obligada a realizar proyecciones.

Colfondos S.A., aseveró que no era procedente declarar la ineficacia del traslado de régimen, por cuanto se demostró que brindó al demandante la información suficiente, de forma previa a la suscripción del formulario por este. Aunado a ello, dijo que no se podía ordenar el traslado de aportes más rendimientos sin lugar a descontar gastos de administración, pues de conformidad con la Ley 100 de 1993, debía realizar unos descuentos para efectos de cubrir los seguros previsionales de los riesgos de invalidez y muerte para

poder contar con las sumas adicionales para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes.

De otra parte, señaló que no podía ordenarse la devolución de cuotas de administración, como quiera que de conformidad con el artículo 1746 del Código Civil cuando se declara la nulidad y las restituciones mutuas cada una de las partes se hace responsable de la pérdida de las especies, de los intereses y los frutos, por lo que en el presente asunto apenas debe ordenarse el traslado de los dineros en cuenta individual pero no de los gastos de administración.

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)** el demandante nació el 31 de enero de 1957 (f.º 65); **ii)** que a 1.º de abril de 1994 tenía un total de 208 semanas cotizadas, y 37 años de edad (f.º 50); **iii)** que estuvo vinculado laboralmente con la Contraloría General de la República entre el 16 de noviembre de 1982, y el 15 de enero de 1984, efectuado aportes a Cajanal; **iv)** que el 23 de septiembre de 1993 se afilió al I.S.S. cotizando 502.42 semanas (f.º 47 - 51), **iv)** y que el 21 de noviembre de 2003, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Colfondos, con fecha de efectividad desde el 1.º de enero de 2004 (f.º 257), donde continua actualmente afiliado con un total de más de 1.300 semanas cotizadas en ambos regímenes (f.º 261 - 274).

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 afiliación - Pensiones*

obligatorias' de la solicitud de vinculación a A.F.P. Colfondos S.A. n.º 8370976, diligenciado el 21 de noviembre de 2003 se encuentra el siguiente texto 'preimpreso', encima de su firma como afiliado: «Hago constar bajo la gravedad de juramento que la selección del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones. Manifiesto que he elegido a la compañía colombiana - Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. Colfondos para que administre mis aportes pensionales, que los datos aquí reportados son verídicos, acreditando la verificación de la información suministrada» (f.º 257).

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

Y es que realmente surgen interrogantes como: ¿Qué tipo de efecto nocivo puede causarse al accionante quien contaba con 37 años de edad para el 1.º de abril de 1994, que para esa data tenía un acumulado aproximado de 208 semanas según su historia laboral (f.º 50), así como la certificación emitida por la Contraloría General de la

República (f.º 47), y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?

Así las cosas, para el año de 1994, el demandante contaba con 37 años, es decir, según la norma que se encuentra vigente -Ley 797 de 2003- le faltaban aproximadamente 25 años para cumplir la edad de 62 años, lo cual se traduce en que no contaba con esa expectativa legítima de adquirir el derecho para que pudiera predicarse válidamente que su afiliación inicial a 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 del mencionado formulario no fue objeto de reproche de su parte; por el contrario, en su interrogatorio de parte, no señaló haber sido coaccionado, amenazado u obligado a realizar el traslado de régimen, sino que indicó que si recibió asesoría de Colfondos S.A., con base en la cual tomó su decisión de trasladarse al R.A.I.S., toda vez que le indicaron que en este régimen se podría pensionar antes y que podría mejorar su mesada pensional. Aunado a ello, admitió que era consiente de que se estaba trasladando de un fondo de pensiones público a uno privado, y que no le parecía mal.

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

edad, y aumentar el monto de la mesada pensional, etc., situaciones estas que son excluyentes del régimen de prima media con prestación definida, que el demandante manifestó conocer según su dicho, por lo que desvirtúa el deseo de permanecer en el régimen de prima media o de retornar a él, lo cual se concluye porque pese a las diversas oportunidades de trasladarse no optó por tal situación, si no que permaneció afiliado en Colfondos S.A. por 16 años, sin que en ese lapso de tiempo se acercara a dicha A.F.P. para averiguar su situación pensional.

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

De manera que, no es de recibo para la Sala mayoritaria, el hecho de que el demandante consideró que Colfondos 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 este fondo. Así las cosas, se tiene que hubo una ratificación tácita del acto jurídico de traslado, con el pleno cumplimiento de las solemnidades legales.

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

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

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

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

demandante fue asesorado, y estuvo de acuerdo con la información suministrada, por lo tanto, no habría lugar a declarar ni la nulidad de la afiliación a Colfondos S.A., ni la ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se acreditó que persona alguna hubiese atentado contra el derecho del trabajador a seleccionar el régimen pensional.

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

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

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

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 2003, en la medida en que las partes realizaron las actuaciones (sucesivamente) correspondientes para tal fin, al punto que sus empleadores, han realizado los aportes a la respectiva Administradora en los periodos en que el demandante se vinculó a ella.

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

Ahora, si en gracia de discusión, se analizara la causal de ineficacia del acto de traslado por incumplimiento al deber de información asignado a las administradoras de pensiones, que se reitera deviene de la jurisprudencia, se encuentra en el presente caso, que la carga de la prueba bajo la responsabilidad del fondo 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.

Aunado a ello, la jurisprudencia de la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL19447-2017, SL1452, SL1688 y SL1689 últimas de 2019, entre otras), reitera que la suscripción del formulario a lo sumo acredita el consentimiento, y en este caso, se encuentra que el documento suscrito además de acreditar el

consentimiento prueba la información entregada al demandante, lo cual se corrobora con la exposición realizada en el interrogatorio de parte que absolvió, por lo que la información ofrecida por Colfondos, además de ser cierta, fue suficiente y oportuna, sin embargo, el actor, le restó importancia a dicha información, de tal manera que durante el tiempo que permaneció afiliado al fondo de pensión, no acudió a este para conocer el estado de su situación pensional, lo que a la postre lo llevó a continuar afiliado al régimen de ahorro individual durante aproximadamente 16 años.

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

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

En dicha sentencia, expuso la Corte lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

medios de comunicación mediante publicación de comunicados de prensa en periódicos de amplia circulación nacional, como los que se acreditaron en este asunto (f.º 158, 159, 160, 161, 162, 163, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, y 174).

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

Así las cosas, si en gracia de discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido el 21 de noviembre de 2003, 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 el afiliado para pedir la rescisión del acto jurídico de traslado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, y como no lo hizo, ese hecho debe tenerse como una ratificación tácita del acto, con lo que se sana cualquier nulidad que hubiese podido existir.

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

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

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

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

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

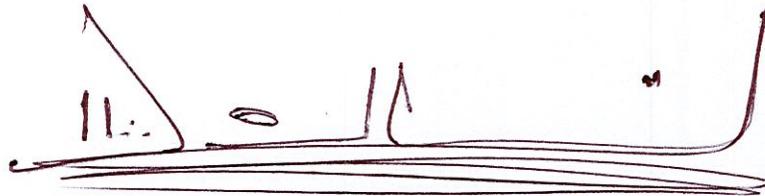
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia consultada y apelada, proferida el 23 de octubre de 2019, por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, y a **COLFONDOS S.A.** de todas las pretensiones incoadas por **FLORENTINO MALAVER RODRÍGUEZ**, 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)

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

Demandante: Tatiana Duarte Quintero
Demandado: Corporación Club el Nogal
Radicado: 110013105 033 2016 00461 01

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que en este caso si es procedente no hay cosa juzgada y es procedente decretar el contrato realidad, con el consecuente pago de las acreencias laborales e indemnizatorias ordenadas en la sentencia de primera instancia, como lo advertí en la ponencia inicial.

1. De la cosa juzgada

En relación con la transacción, señala el artículo 2469 del Código Civil que es un contrato amistoso a que llegan las partes con el fin de terminar un litigio surgido entre ellas o para precaver un litigio eventual. A diferencia de la conciliación, la transacción no se realiza con la intervención de alguna autoridad, sino que basta la manifestación escrita de las partes de que llegaron a un acuerdo sobre el punto litigioso o eventualmente litigio, para que esta tenga plena validez.

Por su parte, el artículo 15 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que en los asuntos del trabajo la transacción es válida salvo que se trate de derechos ciertos e indiscutibles. Por ello, no tendrá ningún valor la transacción que implique renuncia o menoscabo de aquellos derechos del trabajador sobre los cuales no pueda existir ninguna duda por haberlos contemplado la ley expresamente.

Así las cosas, existen unos presupuestos cuyo cumplimiento es indispensable para que proceda la aprobación de la transacción, esto es, que: **(i)** exista entre las partes un derecho litigioso eventual o pendiente de resolver; **(ii)** el objeto a negociar no tenga el carácter de un derecho cierto e indiscutible; **(iii)** el acto jurídico sea producto de la voluntad libre de las partes, es decir, exenta de cualquier vicio del consentimiento, y **(iv)** lo acordado genere concesiones recíprocas y mutuas para las partes, eso sí, en tratándose de asuntos laborales, que no sean abusivas o lesivas de los derechos del trabajador.

Aquí conviene recordar lo adocinado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia respecto de los derechos ciertos e indiscutibles, al respecto en sentencia con Radicación 32051 de 2009, traída a colación recientemente en AL1761-2020, se puntualizó:

“(...) esta Sala de la Corte ha explicado que (...) “el carácter de cierto e indiscutible de un derecho laboral, que impide que sea materia de una transacción o de una conciliación, surge del cumplimiento de los supuestos de hecho o de las condiciones establecidas en la norma jurídica que lo consagra. Por lo tanto, un derecho será cierto, real, innegable, cuando no haya duda sobre la existencia de los hechos que le dan origen y exista certeza de que no hay ningún elemento que impida su configuración o su exigibilidad. Lo que hace, entonces, que un derecho sea indiscutible es la certeza sobre la realización de las condiciones para su causación y no el hecho de que entre empleador y trabajador existan discusiones, diferencias o posiciones enfrentadas en torno a su nacimiento, pues, de no ser así, bastaría que el empleador, o a quien se le atribuya esa calidad, niegue o debata la existencia de un derecho para que éste se entienda discutible, lo que desde luego no se correspondería con el objetivo de la restricción, impuesta tanto por el constituyente de 1991 como por el legislador, a la facultad del trabajador de disponer de los derechos causados en su favor; limitación que tiene fundamento en la irrenunciabilidad de los derechos laborales consagrados en las leyes sociales” (Sentencia del 14 de diciembre de 2007, radicación 29332). (subraya fuera del texto)

Al amparo de lo expuesto, una vez revisado el documento de folios 73 y 74, denominado “ACUERDO TRANSACCIONAL” se advierte que las partes dejaron consignado que:

*“No obstante lo anterior, y como de todas maneras se han presentado diferencias en cuanto a la naturaleza jurídica de la relación contractual que los vinculó, las partes han decidido esas posibles diferencias en la suma de **TRECIENTOS MIL PESOS M/CTE (300.000,00)** que será imputable a cualquier acreencia que llegare a resultar con ocasión del desarrollo o terminación del vínculo contractual” (Subrayas fuera de texto).*

Visto lo anterior, de conformidad con el criterio de la Corte suprema de Justicia citado en precedencia, no basta entonces la discusión de la existencia del contrato de trabajo para que el derecho se entienda discutible. Por tal motivo, no es posible declarar automáticamente la cosa juzgada en virtud del referido acuerdo transaccional celebrada entre las partes, pues, nada impide validarse indefectiblemente la existencia del contrato de trabajo, dado que es en últimas lo pretendido por la demandante en este proceso.

2. De la existencia del contrato de trabajo

Para abordar el punto, se advierte que el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, señala que para que se estructure la existencia de un contrato de trabajo se requiere la concurrencia de tres elementos a saber: *i)* la actividad personal o prestación del servicio, que implica de quien reclama la existencia del contrato, demostrar que la actividad o servicio lo realizaba por sí mismo; *ii)* la dependencia o continuada subordinación, entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo, cantidad, calidad de trabajo e imponerle reglamentos, facultad que debe mantenerse por el tiempo de duración del contrato, y *iii)* la retribución de la prestación del servicio, pues el mismo tiene un carácter retributivo y oneroso.

Igualmente, ha decantado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que una vez demostrada la prestación personal del servicio por parte del trabajador, a la demandada es a quien corresponde desvirtuar la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ya sea mediante la demostración de un nexo contractual diferente al de trabajo o bajo la acreditación de ausencia de subordinación. Es decir, que no es necesario que el empleado demuestre la subordinación o dependencia propia de una relación laboral, como tampoco la remuneración a la misma. Criterio reiterado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia (CSJ rad. 24476 de 7 de julio de 2005; SL 16528-2016, SL2480-2018 y SL2608-2019).

De otro lado, a efectos de tenerse por desvirtuada la presunción de existencia del contrato de trabajo, no basta las denominaciones que una o ambas partes asignen al vínculo, o atenerse al rótulo que aparece en los documentos suscritos o creados para tal fin, sino que es necesario acudir a la naturaleza misma de la relación y la forma como se ejecutó el servicio personal, para hallar lo esencial del contrato en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas previsto en el artículo 53 de la Constitución Nacional.

En el presente asunto, no existe duda que la promotora del juicio prestó sus servicios personales a la demandada a partir de 15 de agosto de 2014 hasta

el 15 de febrero de 2015, pues así lo aceptó la demandada al dar respuesta al hecho segundo de la demanda, no obstante, precisó que las partes estuvieron vinculadas por un contrato de naturaleza civil y no laboral.

Así las cosas, acreditada la prestación personal del servicio se presume la existencia de la subordinación jurídica laboral, por lo tanto, corresponde ahora al empleador desvirtuarla demostrando que el trabajo se realizó de manera autónoma e independiente.

Para el efecto, la Corporación Club el Nogal aporta la oferta de prestación de servicios suscrita por la demandante el 1° de agosto de 2014 (f.° 78); la copia del contrato de prestación de servicios n.° 233 emanado de las partes el 15 de agosto de 2014, en el que acordaron que la accionante con plena autonomía técnica, administrativa y financiera, se obligaba a prestar sus servicios de estética facial y corporal, así como demás actividades anexas y complementarias en el spa ubicado en las instalaciones del Club (f.° 69 a 72). Igualmente, allegó certificación emitida el 27 de abril de 2017, en la que indica que la actora le prestó servicios entre el 15 de agosto y el 21 de diciembre de 2014 (f.° 75); también anexa certificación suscrita por la Directora Tecnología Informática y Comunicación del Club en la que indica que en sus instalaciones se cuenta con un sistema de seguridad donde las personas que ingresan (contratistas, empleados, socios, concesionarios, invitados etc) deben dirigirse al personal asignado el cual procede a realizar el registro con el número de cédula correspondiente (f.° 76).

A solicitud de la demandada, la accionante absuelve interrogatorio de parte en el cual manifiesta que se vincula a la Corporación Club El Nogal, mediante contrato de prestación de servicios para desempeñarse como esteticista, con una asignación de honorarios por la suma de \$1.177.000 y que firmó acuerdo transaccional con la encartada. Respecto de sus funciones indica que las mismas consistían en realizar tratamientos faciales y corporales a los clientes del Club, masajes, limpiezas faciales y tratamientos de relajación con elementos proporcionados por el spa. Adujo que tenía dos horarios, uno de 7:00 a.m. a 3:00 p.m. y el otro, de 2:00 p.m. a 9:30 p.m. de lunes a domingo, pero que cuando se trabajaba en día domingo le daban un día de descanso entre semana. Refiere que

para ausentarse debía pedir permiso a la jefe inmediata de nombre Isabel Cristina Ríos, quien además estaba siempre pendiente de la ejecución de las funciones y el cumplimiento de los tiempos de atención. Explica que llegaba al spa en el horario que le correspondiera y atendía a los clientes quienes ya tenían sus citas que eran agendadas por la secretaria del spa.

Así mismo, por pedido de la accionada fue decretado y practicado el testimonio de **Angie Katherine Barragán Pineda** en su calidad de Directora Jurídica de la Corporación Club El Nogal, la cual dijo haber visto algunas veces a la demandante en el “Nogalito” y que fue vinculada en el año 2014 mediante contrato de prestación de servicios para desempeñarse como esteticista. Asegura que la promotora del juicio no tenía jefe porque los procedimientos a su cargo se realizaban en cabinas a las cuales sólo entraba ella y el paciente, precisa que había un interventor del contrato que velaba por el cumplimiento de las obligaciones.

La referida declarante explica que cuando el Spa inició en el Club, hubo días en los que no operaba por lo que se decidió contratar por prestación de servicios a las esteticistas, pues no se sabía en qué horario podían abrir o no y, no querían que se tergiversara la relación, además que ya cuando la oficina y el spa empezaron a funcionar como debía ser, decidieron *“que estas personas que habían prestado bien sus servicios, decidimos que como íbamos a poner horarios, teníamos que poner como un control de este servicio, decidimos que íbamos a emplearlas, entonces hicimos un contrato de transacción en el que ella estuvo de acuerdo y posteriormente ella fue contratada por planta en el Club”*. Señala la deponente que la accionante firmó la transacción en la notaría sin hacer ninguna manifestación y que la misma tenía como objeto cerrar el capítulo anterior, respecto del cual podía generarse alguna discusión con el fin de iniciar una relación de empleada. Refiere que no se condicionó la vinculación laboral a la firma del acuerdo.

Ahora, por petición de la accionante se decretaron y practicaron los testimonios de Gina Paola Rodríguez González y Gina Paola Sabogal. La primera, indica que conoce a la demandante desde el año 2014, dado que las dos eran esteticista en el Club El Nogal y que prestaban sus servicios por turnos

programados por Isabel Cristina Rios de lunes a sábado de 7:00 a.m. a 4:00 p.m., y el siguiente turno era de 2:00 a 9:00 p.m., refiere que si requerían algún permiso debían pasar la solicitud con anticipación a esta persona. Relata que una vez la demandante se ausentó, la regañaron fuertemente y fue amonestada, pues *“debía cumplirse la agenda y el horario”*, además narra que si querían ir al baño debían informarlo a las recepcionistas. Describe que llegaban depositaban sus cosas en el locker y luego iban al 5 piso, dejaban el celular en la recepción y se entraban al *“cuartico”* y allí esperaban las llamadas de las recepcionistas que agendaban los turnos, a veces les tocaba hacer aseo en la cabina, doblar toallas, dosificar productos, porque a la jefe, Isabel Cristina Ríos no le gustaba que estuvieran sin hacer nada; indica que tenían una hora de almuerzo, pero como la agenda era apretada a veces les daban 10 o 20 minutos.

Asegura la declarante que la jefe llegaba a las 7:00 a.m. y se iba a las 7:00 p.m., las citaba a reuniones constantemente, les indicaban como saludar a los clientes, además precisa que a través de empresas contratadas por el Club eran capacitadas en protocolos que debían seguir al pie de la letra. Expuso que las esteticistas realizaban tratamientos faciales y corporales a las personas que les eran indicadas, pues no podían escoger sus clientes y ejecutaban sus labores con la materia prima que les daba el Club y portando el uniforme que les era proporcionado también por El Nogal, el cual además recibía el pago por los servicios prestados por la accionante.

Refiere que en una reunión el abogado *“Hoyos les dijo a las esteticistas que a partir del año 2015 iban a ser miembros del Club, que debían firmar un documento en el que renunciaban a los derechos que teníamos a demandar al Club y si no firmábamos ese documento ya no íbamos a ser parte del Club”*. Asegura al punto que *“si firmábamos el documento podíamos continuar en El Nogal, si no, no”*. Luego cuando se le pregunta si objetaron la firma de la transacción, señala refiriéndose a ella y a la demandante: *“si señora, ese día fuimos a la notaría cuando acabamos de leer el documento le dijimos al señor Hoyos que obviamente eso no era lega, él nos dice que nos va a dar un monto menor a \$1.000.000 que lo recibamos, que es lo mejor que podíamos hacer para continuar en El Nogal, que era la mejor empresa de Bogotá y que no fuéramos bobas y que firmáramos el papel”*. Finalmente, dice que la demandante estaba en libertad de no firmar el

documento, sino que quería seguir en el Club y expuso que al vincularse directamente a esa asociación lo único que cambió es que podían almorzar en el restaurante el Nogalito, pues antes lo hacían en el cuarto de la ropa sucia.

Por su parte, la testigo **Gina Paola Sabogal** quien se desempeñó como esteticista al servicio de la demandada desde el 11 de enero de 2011 hasta el año 2016, asegura que tuvo dos contratos uno como prestadora de servicios y otro como empleada fija del Club. Dijo que para pasar de un contrato a otro las llevaron ante el Ministerio de Trabajo a firmar un documento para desistir como contratistas y firmar el nuevo contrato, señalando que en el paso de un contrato a otro las funciones continuaron siendo las mismas. Precisa sobre el particular *“Que yo misma le pregunté al doctor Hoyos ¿si uno quisiera demandar con este documento no se podría hacer? Y el respondió enojado y me dijo si usted quiere demandar entonces no firme este contrato y pues no hay más contrato en el Club”*. No obstante, la testigo precisa que no fue el mismo día que la demandante suscribió el documento.

Igualmente, sostuvo que prestaban sus servicios en turno asignados por Isabel Cristina Ríos y si no había clientes para atender debían estar presentes de todos modos, pues en este tiempo tenían que organizar toallas, el baño aseado, organizar las camillas y eran las recepcionistas quienes controlaban esto. Indica que cada tratamiento tenía un protocolo que debía ser cumplido al pie de la letra, empezando por el saludo del socio y la explicación del ritual, así como el acompañamiento constante. Asegura que no podían tomar la decisión de un día no presentarse, a menos que tuvieran incapacidad médica o un permiso pedido con anterioridad, para luego recuperar las horas de ausencia. Señala que no sabía de llamados de atención a la demandante salvo cuando se demoraba en el baño los que eran impartidos por Isabel Cristina Ríos o las recepcionistas.

En ese horizonte, analizadas en conjunto las pruebas obrantes en el plenario conforme el artículo 61 del Código de Procedimiento del Trabajo, estima la Sala que la parte demandada no logra demostrar la ausencia de subordinación durante la ejecución de las labores efectuadas por la promotora del juicio, pues no prueba que la señora Tatiana Duarte Quintero ejerció su actividad de esteticista de forma autónoma e independiente mediante un contrato de

prestación de servicios como lo sostuvo al contestar la demanda y al interponer el recurso de apelación.

En efecto, véase como se demuestra con el relato de los testigos Gina Paola Rodríguez González y Gina Paola Sabogal, quienes fueron compañeras de trabajo de la accionante y además desempeñaban las mismas funciones, que acataban las órdenes impartidas por Isabel Cristina Ríos, debían cumplir un horario establecido por turnos en el cual atendían los clientes que la demandada indicara, sin opción de escoger, aplicaban los procedimientos ofrecidos por el Club, con acatamiento de los protocolos determinados por esta corporación y en uso de las instalaciones, las camillas y productos que la demandada le proporcionaba, además que si no había usuarios les eran asignadas funciones como doblar toallas, envasar productos, también debían solicitar permisos para ir al baño y para ausentarse.

De lo anterior, esa dable concluir que la accionante si estuvo subordinada a las órdenes, los protocolos y tiempos establecidos por la demandada para la atención de usuarios en el spa, además que ejecutó sus labores con elementos y productos de la demandada, pues nada diferente demostró en juicio la Corporación Club El Nogal, pues brilla por su ausencia la demostración la autonomía propia de los contratistas o la demostración real y verídica de un nexo contractual diferente al laboral; por el contrario, queda demostrado que era la demandada la que coordinaba y ejecutaba el servicio en su planta física, en uso de los bienes y productos de su propiedad, era quien cobraba los rituales o procedimientos que se ofrecían y realizaban a sus socios o personas que el Club determinaba.

Así las cosas, como quiera que la realidad se impone a las formas contractuales asumidas o acordadas por las partes, según lo dispuesto por el artículo 53 de la Constitución Nacional, se debe declarar la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y la demandada, a partir del 15 de agosto de 2014 y hasta el 21 de diciembre de la misma anualidad, como acertadamente lo concluyó el *a quo*.

3. De la sanción moratoria

De otra parte, argumenta la demandada que la condena por concepto de sanción moratoria no opera de manera automática y en el presente caso debe tenerse en cuenta que desde el primer día con la oferta presentada por la demandante y con el desarrollo del vínculo, consideraba que estaba frente a un verdadero contrato de prestación de servicios cuya existencia fue confesada de manera pura y simple por la demandada al absolver interrogatorio de parte, además de reconocer también la existencia del contrato de transacción.

En relación con este tópico, se anota que la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, no es una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo no cubra al trabajador los salarios y prestaciones sociales, de allí que la misma procede cuando quiera que, en el marco del proceso, el empleador no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta. En ese sentido, ha decantado la jurisprudencia laboral que el juez debe adelantar un examen riguroso del comportamiento asumido por el empleador en su condición de deudor moroso; y de la globalidad de las pruebas y circunstancias que rodearon el desarrollo de la relación de trabajo, en aras de establecer si los argumentos expuestos por la defensa son razonables y aceptables (CSJ SL, 5 mar. 2009, rad. 32529, SL8216-2016 y SL3936-2018).

Paralelamente, ha puntualizado la Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia, que el juez laboral no puede asumir reglas absolutas ni esquemas preestablecidos en el momento de analizar la procedencia de dicha indemnización o de justificar la mora, dado que es su deber examinar las condiciones particulares de cada caso y con arreglo a ellas definir lo pertinente. Es decir que, además de que la sanción por mora no puede imponerse de manera automática e inexorablemente, tampoco puede excluirse o excusarse de manera mecánica, ante la presencia de ciertos supuestos de hecho, como es el caso en el que se discute la naturaleza jurídica del contrato de trabajo (CSJ SL 39695, 2 ago. 2011; CSJ 44218, 27 nov. 2012 y CSJ SL8077-2015, reiteradas en CSJ SL16884-2016, CSJ SL3936-2018 y SL2873-2020).

Pues bien, en el presente caso pese a que la parte demandada manifestó en su defensa que el vínculo que lo unió con la demandante fue un contrato de prestación de servicios, tal convencimiento no la exonera del pago de la sanción moratoria, como quiera que habiéndose determinado con las pruebas descritas precedentemente, que la relación entre las partes fue de orden laboral, su única excusa no se ubica en los postulados de buena fe, ni le resulta suficiente para justificar el hecho de haberse abstenido de cancelar a la actora las prestaciones sociales.

Quedó suficientemente acreditado que la demandada, excusada en la realización de un contrato de prestación de servicios, pretendió evadir la aplicación de la ley laboral, con lo cual atentó contra el derecho de la trabajadora a obtener un empleo digno y ajustado a la legislación social. De manera que no es atendible el argumento expuesto por el Club de obrar bajo la convicción de un contrato de prestación de servicios ratificado por la transacción, para relevarse de la indemnización moratoria, pues dada la naturaleza de la labor, la continuidad de los servicios personales, los actos subordinantes dimanantes de esa corporación, la utilización de los elementos de trabajo y espacios físicos suministrados, es inequívoco que se trataba de una relación laboral con todas sus características distintivas, por lo que no incurrió el juez de primera instancia en ningún desacierto.

Así las cosas, en mi criterio no era procedente la revocatoria de la decisión proferida en primera instancia.

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 **TATIANA DUARTE QUINTERO** en contra de **CORPORACIÓN CLUB EL NOGAL**.

EXP. 11001 31 05 033 2016 00461 01

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

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, nuevamente se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia proferida el 13 de noviembre de 2019, por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 15 de agosto y el 21 de diciembre de 2014; en consecuencia, se condene a la demandada a reconocer y pagar las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio y vacaciones causadas a lo largo del vínculo, más las sanciones consagradas en los artículos 65 del Código Sustantivo del Trabajo y 99 de la Ley 50 de 1990, y la indexación (f.º 4, 17, 18, 84, 85).

Como sustento relevante de sus pretensiones, manifestó que el 15 de agosto de 2014, se vinculó con la demandada para desempeñarse en Bogotá, como esteticista, y realizar tratamientos corporales y faciales ordinariamente ofrecidos por el club con elementos suministrados por el mismo; cumplió un horario de 8 horas establecido por turnos entre las 7 a. m. y las 4 p. m. y de las 12 m. a las 9 p. m., el cual era controlado con identificación de huellas dactilares, que de no ser observado generaba llamados de atención e incluso por este hecho fue suspendida; no podía ausentarse del lugar de trabajo sin pedir permiso y recibió órdenes de Isabel Cristina Ríos, jefe del spa, así como Marlene Díaz, jefe de bienestar y belleza.

Adujo, que el 2 de febrero de 2015, fue conminada a firmar acuerdo transaccional, pues de no hacerlo no se le renovarían el contrato, sin embargo, refiere que el acuerdo vulnera derechos ciertos e indiscutibles; que en vigencia de la relación, la demandada no le canceló las acreencias reclamadas y devengó \$1.167.000 mensuales (f.º 2-4, 12-14, 81-84).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, la demanda se admitió el 18 de enero de 2017, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 39); su reforma se admitió en auto del 14 de septiembre de 2017 (f.º 95).

La demandada, contestó el libelo principal y su reforma, con oposición con el argumento de que se implementó el control biométrico de ingreso debido a un atentado terrorista que sufrió el club, empero que entre las partes medió un contrato de prestación de servicios de naturaleza civil; y en su defensa, propuso las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, cobro de lo debido, buena fe, compensación, prescripción, y cosa juzgada, última que la propuso de carácter mixto (f.º 50-68, 96-115); sin embargo, en audiencia del artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se dejó su estudio para el momento de la sentencia (f.º 144-146).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 13 de noviembre de 2019, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 15 de agosto y el 21 de diciembre de 2014, en consecuencia, condenó a la demandada al pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria y costas; declaró probada la excepción de compensación por \$300.000, no probados los demás medios exceptivos y absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Para sustentar su decisión, indicó inicialmente en lo que

interesa a la alzada, que la demandante logró demostrar la prestación personal del servicio y la demandada no desvirtuó que la misma hubiese estado revestida de autonomía, por el contrario, encontró probado el cumplimiento de horario, la utilización de elementos y productos de la demandada para ejecutar sus funciones y la imposibilidad de la accionante de atender usuarios diferentes a los asignados por el club. Para terminar, manifestó que no operó la cosa juzgada, porque la transacción sólo es válida mientras no se vulneren derechos ciertos e indiscutibles, sin embargo, declaró probada la compensación respecto del monto cancelado en virtud de dicha transacción; y ordenó el pago de la moratoria tras encontrar acreditados los elementos propios de la subordinación (f.º 154, 155).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandada, dijo que se omitió realizar un verdadero análisis acerca de la cosa juzgada, en atención al contrato de transacción suscrito entre las partes, respecto del cual apenas concluyó que no podía ser celebrado, empero en materia laboral está permitida esa figura siempre que la misma no verse sobre derechos ciertos e indiscutibles, y en virtud del mismo, las partes hicieron recíprocas concesiones para evitar un litigio o terminar uno ya iniciado.

De manera que, cuando la demandante suscribió la transacción renunció a derechos inciertos y discutibles, ya que solo con el presente proceso se estableció que entre las partes existió un contrato de trabajo a la luz de la primacía de la realidad, pero eso no se sabía en febrero de 2015 cuando fue firmado el contrato transaccional, y al no haber sido tenido en cuenta tal aspecto, se atenta contra la seguridad jurídica y la cosa juzgada, máxime cuando la transacción no tiene ningún monto mínimo, por lo que es equivocado señalar que el acuerdo no podía ser inferior a \$1.055.037.

Agregó, que se declaró la existencia de un contrato de trabajo pero con base en meros indicios que se desvirtúan con la clase de trabajo que realizaba la demandante, siendo así que era procedente fijar unos turnos que fueron acordados y coordinados entre las partes, la utilización de elementos de propiedad del Club porque la demandante no podía trasladar por toda la ciudad las toallas, las camillas y las instalaciones del spa, aunado a que se debían cumplir normas de bioseguridad y salubridad por orden de la Secretaría Distrital de Salud y no de la demandada; además, el cobro de los procedimientos estéticos se hacían directamente por el club porque estaba en la capacidad de recibir pagos con tarjetas crédito o débito de parte de sus socios, y después se le reembolsaba a la contratista, quien nunca recibió órdenes e instrucciones de cómo ejecutar sus labores profesionales de esteticista en las cabinas, en forma independiente y autónoma.

Argumentó, que las empresas pueden contratar con terceros la ejecución de actividades misionales ya que no hay norma que lo prohíba; la accionante no tenía cláusula de exclusividad y si quería podía en su tiempo libre atender fuera del club a sus clientes, sin embargo, por las características de la empresa solamente podía atender a los miembros socios. Finalmente, alegó que en gracia de la discusión, la sanción moratoria no opera de manera automática, y en el presente proceso se demostró que desde el primer día de vinculación se entendió que la relación era netamente amparada por un contrato de prestación de servicios civil, el cual fue firmado en forma voluntaria por la demandante.

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 inicialmente y por cuestiones de método, si en el presente asunto opera o no el fenómeno de la cosa juzgada en virtud de la transacción suscrita entre las partes, para posteriormente, verificar si se estructuran los elementos constitutivos de un contrato de trabajo, y si es viable la imposición de la indemnización moratoria.

El artículo 303 del Código General del Proceso, establece que para que se configure la cosa juzgada, el nuevo conflicto debe versar sobre el mismo objeto, tener la misma causa y debe existir identidad de partes; sea el caso advertir que las decisiones finales que haya resuelto el primer litigio, adquieren el carácter de definitivas e inmutables, lo que confiere a las partes en contienda seguridad jurídica respecto de lo resuelto, pues justamente uno de los propósitos de la figura estudiada es evitar que sobre los mismos hechos se dicten decisiones contrarias o que un mismo conflicto se resuelva en tiempos diferentes y en formas inversas.

En este asunto, se advierte que la excepción de cosa juzgada se propone con fundamento en el acuerdo transaccional celebrado entre las partes el 2 de febrero de 2015 (f.º 73, 74); por lo que vale la pena señalar en este punto, que según el artículo 2469 del Código Civil, este documento es un contrato que suscriben las partes con el fin de terminar un litigio surgido entre ellas o para precaver un litigio eventual, y a diferencia de la conciliación, la transacción no se realiza con la intervención de alguna autoridad, sino que basta la manifestación escrita de las partes de que llegaron a un acuerdo sobre el punto litigioso o eventualmente litigio, para que esta tenga plena validez, así que se encuentra acreditado que en el caso de autos existe identidad de partes.

De otra parte, el artículo 15 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que en los asuntos del trabajo la transacción es válida salvo

que se trate de derechos ciertos e indiscutibles; y según la jurisprudencia ordinaria laboral estos corresponden a aquellos cuya previsión normativa resulta inequívoca, concurriendo además los supuestos de hecho exigidos a favor de quien los reclama, de suerte que, cuando no existe norma que expresamente los contemple, o una imprecisión, oscuridad, ambigüedad, confusión o vacío en estas, o simplemente no haya medio de prueba, o con suficiente entidad que acredite sus supuestos de hecho, o precepto alguno que exima de aportarlos al proceso, o cuando no obstante aparecer como acreditadas sus exigencias su reconocimiento pueda verse afectado por hechos que impidan su nacimiento, o lo modifiquen o, incluso lo extingan (CSJ SL., 4 jul. 2012 rad. 48101); es decir, el carácter de cierto e indiscutible de un derecho que impide que sea materia de transacción o de conciliación, no surge automáticamente porque esté contemplado en una norma jurídica, sino que el interesado o beneficiario cumpla los supuestos de hecho o las condiciones establecidas en esa norma que lo consagra, por lo que, en ese sentido, un derecho se considera cierto, real, o innegable, cuando no exista duda sobre la existencia de los hechos que le dan origen, y se establezca con certeza de que no hay ningún elemento que impida su configuración o su exigibilidad (CSJ SL., 14 dic. 2007 rad. 29332).

La transacción estructura sus límites sobre la base de los principios de irrenunciabilidad e indisponibilidad, los cuales básicamente hacen referencia a la imposibilidad de renunciar, sin recibir nada a cambio, a los derechos y prerrogativas que conceden las normas legales (artículo 14 del Código Sustantivo del Trabajo), y la imposibilidad de negociar los derechos laborales que consagra el orden público, pero en el entendido de que ese derecho se tenga, porque es obvio que un trabajador no puede disponer, ni renunciar a lo que no tiene, o de lo que no posee certeza de que ineludiblemente debe ingresar a su patrimonio.

En el presente caso, previo a dicha transacción, se aportó la oferta de prestación de servicios técnicos profesionales de estética y cosmetología suscrita por la demandante el 1.º de agosto de 2014 (f.º 78); la copia del contrato de prestación de servicios n.º 233 y el acuerdo de corretaje comercial anexo al mismo, documentos emanados de las partes el 15 de agosto de 2014, en los que acordaron que la accionante con plena autonomía técnica, administrativa y financiera sin injerencia alguna por parte del Club, se obligaba a prestar sus servicios de estética facial y corporal a los socios, así como demás actividades anexas y complementarias en el spa ubicado en las instalaciones del Club (f.º 69-72), documentos estos que dicho sea de paso, la demandante admitió en su interrogatorio de parte haberlos firmado sin problema alguno; igualmente, se allegó certificación emitida el 27 de abril de 2017, por el Gerente General de la demandada, en la que indicó que la actora le prestó los mencionados servicios, en calidad de contratista autónoma entre el 15 de agosto y el 21 de diciembre de 2014 (f.º 75).

Ahora bien, frente a la identidad de objeto y de causa, debe decirse que si bien no son, en estricto sentido iguales, en el presente proceso, Tatiana Duarte, solicita entre otras cosas, que se declare que en ese interregno sostuvo una relación laboral con la demandada, y en el acuerdo transaccional aducido se puso de presente la existencia del reseñado contrato de prestación de servicios, sus extremos temporales, y se adujo que las actividades fueron desarrolladas por la contratista sin subordinación alguna del Club, sin que hubiera sido sometida a horarios o reglamentos, *«[n]o obstante lo anterior, y como de todas maneras se han presentado diferencias en cuanto a la naturaleza jurídica de la relación contractual que los vinculó, las partes han decidido transar esas posibles diferencias en la suma de TRECIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$300.000,00) que será imputable a cualquier acreencia que llegare a resultar con ocasión del desarrollo o terminación del vínculo contractual»*, suma por la que las partes pactaron que una vez recibida por parte de la contratista, esta

declararía a la demandada a paz y salvo por todo concepto de la relación contractual que los vinculó, *«especialmente en cuanto a su naturaleza jurídica y los derechos y obligaciones derivados del mismo»*; y más adelante, indicaron que el documento no se trataba de algún formulario o forma preestablecida, y que como *«este acuerdo no vulnera derechos ciertos e indiscutibles, las partes aceptan y acogen el valor de la cosa juzgada definitiva del acuerdo en los términos del artículo 15 del CST y el 2469 del CC; 3. Que las partes hemos elaborado y discutido el contenido, el alcance y consecuencias de este acto jurídico»* (f.º 73, 74).

Y en el interrogatorio de parte, la demandante admitió que transigió libremente con la Corporación Club El Nogal, cualquier diferencia que pudiera derivar de la naturaleza jurídica del contrato de servicios que sostuvo con el club.

Así las cosas, se pactó entre las partes la superación de una controversia ligada a la naturaleza jurídica de la relación contractual que las vinculo y que de común acuerdo calificaron como contrato de prestación de servicios de naturaleza civil, lo que fue aceptado por la demandante, y que, en todo caso, devino en el reconocimiento de una suma de dinero que no implicó la renuncia a unos derechos laborales, sino la compensación económica para precaver cualquier litigio eventual frente al tema.

Es que, la naturaleza jurídica del vínculo que unió a las partes, no era un derecho cierto e indiscutible, al punto que, de lo que se trata el presente proceso es de demostrar la existencia de una relación laboral, en el que no se acreditaron circunstancias que den lugar a declarar la nulidad del acuerdo transaccional, máxime cuando en el mismo la demandante dejó plasmada de manera expresa su manifestación de cara a su autonomía, ausencia de horario y de injerencia de la empresa, reglamento o subordinación.

De manera que, para la Sala mayoritaria, es claro que dicho documento firmado por ambas partes, y autenticado en Notaría por la demandante 2 días después, tiene como naturaleza jurídica la de ser un acuerdo o contrato de transacción regida por el artículo 2483 del Código Civil, que produce cosa juzgada y, por ende, no resulta viable que el juez ordinario entre a reabrir debates sobre los aspectos controvertidos en dicha actuación, menos cuando la parte demandante no pidió su ineficacia o nulidad por algún defecto sustancial.

En este punto, es preciso traer a colación un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, efectuado en los siguientes términos: *«Pertinente es señalar, además, que en la transacción es dable distinguir un doble cometido y, por ende, que sus efectos se irradian también en dos sentidos o direcciones: por una parte, no hay duda que el referido negocio, recta vía, atañe al derecho sustancial de quienes lo celebran, pues como lo resaltó la Corte en la sentencia anteriormente reproducida, mediante él se muda o cambia una relación jurídica dudosa o incierta en otra, distinta o diversa, que se caracteriza por la perfecta definición de los elementos que la conforman y de sus alcances, desapareciendo así la controversia que, precisamente, mediante la transacción se deja solucionada; de otra parte, la aludida negociación jurídica abarca también la actividad litigiosa de sus partícipes, sea que entre ellos ya exista un proceso judicial o que aún no se haya dado inicio al mismo. En el primer supuesto, la transacción ocasionará la terminación de la correspondiente desavenencia, en la forma que regula el artículo 340 del Código de Procedimiento Civil; en el segundo, impedirá a los contratantes, en línea de principio, llevar al órgano jurisdiccional su desacuerdo»* (CSJ SC de 29 jun. 2007 rad. 6428, reseñada en la SL2833-2017).

Así las cosas, resultaba procedente declarar probada la excepción de cosa juzgada, por cuanto que el acuerdo de transacción produce efectos de cosa juzgada y presta mérito ejecutivo por presumirse auténtico a la luz del Código General del Proceso, sin que el juez ordinario pueda inmiscuirse en el mismo, salvo que alguna de

las partes alegue algún defecto sustancial en su contenido, lo cual aquí, por supuesto, no aconteció, ni con la reforma a la demanda; y sobre ese acto no hizo ninguna manifestación.

En ese orden, no hay más alternativa que **revocar** la sentencia apelada, para en su lugar negar las pretensiones de la demanda al configurarse el fenómeno de la cosa juzgada entre las partes.

Dado el resultado del proceso, se hace innecesario emitir pronunciamiento alguno en relación con los subsiguientes problemas jurídicos aquí planteados, por sustracción de materia. 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,

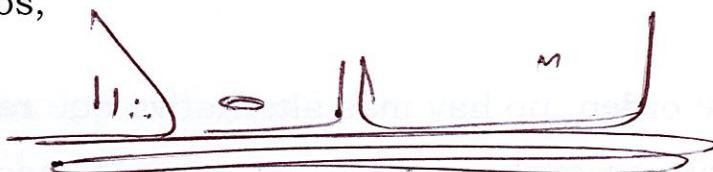
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 13 de diciembre de 2019, para en su lugar **declarar probada** la excepción de cosa juzgada propuesta por la Corporación Club El Nogal, y en consecuencia, **absolver** a la demandada de la totalidad de las pretensiones incoadas por Tatiana Duarte Quintero, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

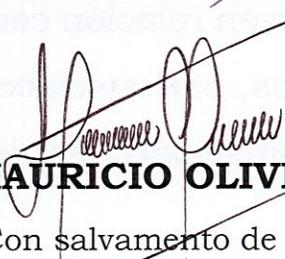
Los Magistrados,



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 **ROSA IRENE VELOSA ESCOBAR** en contra de **COLPENSIONES, y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 039 2018 00587 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 y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 29 de noviembre de 2019, por el Juzgado 39 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 Porvenir S.A., por no haber tomado la decisión de manera informada, autónoma y consciente. Por consiguiente, se ordene el retorno a Colpensiones, con el consecuente traslado de aportes y los rendimientos por parte de Porvenir S.A., con el respectivo detalle de los aportes; así mismo se ordene a Colpensiones, activar la afiliación en el R.P.M.D. (f.º 3, 4).

Como fundamento de sus pretensiones, señaló que nació el 9 de junio de 1964, y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde 1985 hasta el 1.º de enero de 1997, cuando se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad con la A.F.P. Porvenir S.A., quien antes de afiliarla no le brindó la información adecuada y completa sobre las ventajas y desventajas del cambio de régimen pensional; reclamó administrativamente en septiembre de 2018 (f.º 4, 5).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 15 de febrero de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 46).

Colpensiones, se opuso a todas y cada una de las pretensiones, y en su defensa, propuso las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado y de intereses moratorios o indexación, prescripción, la buena fe y compensación (f.º 60-68).

Porvenir S.A., también se opuso al éxito de las pretensiones, y para enervarlas planteó las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (f.º 77-82).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 51, 52).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 29 de noviembre de 2019, declaró la ineficacia del traslado de régimen de prima media al de ahorro individual a través de la A.F.P. Porvenir S.A., con efectividad a partir del 1.º de enero de 1997, por ende, se debe entender que la demandante nunca lo hizo; en consecuencia, ordenó a Porvenir S.A., devolver a Colpensiones el valor de las cotizaciones junto con los rendimientos y comisiones por administración, sin deducir suma alguna por seguros de pensión de invalidez y de sobrevivientes. Igualmente, dispuso que Colpensiones reciba dichos rubros y reactive la afiliación de la demandante, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a Porvenir S.A.

Motivó su decisión, en que se debió demostrar que la decisión de la demandante para trasladarse de régimen fue libre y voluntaria, sin que baste para el efecto la firma en el formulario de afiliación, sino que debe probarse que se brindó una información, amplia y suficiente por parte del asesor de la AFP, lo que aquí no se acreditó (f.º 127-131).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Las demandadas apelaron así:

Porvenir S.A., señaló que se deben tener en cuenta los traslados que la demandante realizó dentro del R.A.I.S., y que adujo en el interrogatorio de parte, que tenía algunos conocimientos pensionales que le permitían escoger entre los dos regímenes y que tuvo la oportunidad de estar en varias reuniones en las cuales se le brindó la información pertinente. En gracia de la discusión, no es procedente la devolución de intereses o rendimientos que se generaron en la cuenta de ahorro individual, pues los mismos se encuentran previstos en la Ley 100 de 1993.

Colpensiones, refirió que la demandante se trasladó de manera libre y voluntaria, y ahora no puede regresar a Colpensiones, dado que no es beneficiaria del régimen de transición, aunado a que en el proceso de afiliación no se demostró tener vicios de consentimiento de acuerdo con los artículos 1508, 1509 y 1510 del Código Civil.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional 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 9 de junio de 1964 (f.º 18, vto); **ii)** se afilió al extinto Instituto de Seguros Sociales el 30 de septiembre de 1985, y

realizó cotizaciones hasta el 1.º de noviembre de 1990, por un total de 70.86 semanas (f.º 20-24, 103, 104, CD f.º 59, 69); **iii)** que el 15 de noviembre de 1996, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Porvenir S.A., con fecha de efectividad desde el 1.º de enero de 1997 (f.º 37, 84, 85, 101, 102), donde actualmente continúa afiliada, con un total de 1143 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º 38 a 45, 86 a 100 y la certificación de f.º 83.

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 se observa en el recuadro denominado ‘voluntad de afiliación’ de la solicitud de vinculación a Porvenir n.º 816740 diligenciada el 15 de noviembre de 1996, en donde se encuentra el siguiente texto ‘preimpreso’, encima de su firma como trabajadora: *«Hago constas que **realizo en forma libre, espontánea y sin presiones** la escogencia del régimen de ahorro individual, así como la selección de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, para que sea la única que administre mis aportes pensionales. También declaro que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos.»* (f.º 37, 101, 102).

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

pensión bajo las previsiones del sistema de prima media con prestación definida.

Y es que realmente surgen interrogantes como: ¿Qué tipo de efecto nocivo puede causarse a la accionante quien contaba con 29 años de edad para el 1º de abril de 1994, que para esa data tenía un total de 70.86 semanas cotizadas, y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?

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

Por lo que se infiere, que con este acto se produjeron los efectos de traslado válido al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a Porvenir S.A., fuera ineficaz o estuviera viciado de nulidad como lo afirmó la parte demandante, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando la suscripción del mencionado formulario no fue objeto de reproche de su parte; por el contrario, en su interrogatorio de parte, admitió que impuso su firma de manera libre y voluntaria, sin presiones, después de haber recibido 3 visitas de los asesores de Porvenir S.A. en el despacho en donde fungía como Juez Penal, y allí se le suministró información. También indicó que los asesores le manifestaron que tendría mejores beneficios en el R.A.I.S. que en el I.S.S., ya que la estabilidad de las entidades privadas era mayor que las del Estado, sumado a que sus aportes pensionales generarían rendimientos año

a año, lo que incrementaría el monto de su pensión, situación que verdaderamente la motivó a afiliarse a Porvenir, luego de leer el formulario; que los aportes realizados en el ISS, los trasladarían al fondo privado; que debido a su profesión de abogada, supo que con la Ley 100 de 1993 se había transformado el sistema de seguridad social en salud y pensiones; y admitió que recibe extractos de Porvenir S.A. y lee algunos de ellos. 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.

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. por casi 23 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 actora 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 afiliada. Así las cosas, se tiene que hubo una ratificación tácita del acto jurídico de traslado, con el pleno cumplimiento de las solemnidades legales.

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

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

en error de hecho, al considerar que se encontraba celebrando un acto jurídico distinto, según lo previsto en el artículo 1510 *ídem*.

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

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

Por lo anterior, 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 la Administradora en los periodos en que la demandante se vinculó a ella.

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

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

Aunado a ello, la jurisprudencia de la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL19447-2017, SL1452, SL1688 y SL1689 últimas de 2019, entre otras), 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 Porvenir 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.

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, contando con la oportunidad de trasladarse nuevamente de régimen en los términos dispuestos en la Ley 797 de 2003, antes de que le faltaran 10 años o menos para arribar a la edad mínima pensional, y no lo hizo, a pesar de que este aspecto de índole legal fue publicitado por varios fondos, entre ellos, Porvenir S.A., mediante publicación de comunicados de prensa en periódicos de amplia circulación nacional, como los que se acreditaron en este asunto (f.º 105, 106).

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 15 de noviembre de 1996, 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 sanea cualquier nulidad que hubiese podido existir.

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

En conclusión, se tiene el pleno convencimiento para la mayoría de esta Sala de Decisión, que al no aplicar la jurisprudencia

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

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 por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, el 29 de noviembre de 2019, para en su lugar **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, y a la **SOCIEDAD**

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. de todas las pretensiones incoadas por **ROSA IRENE VELOSA ESCOBAR**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

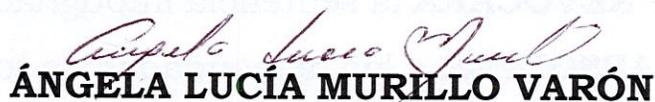
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera serán a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

(Con salvamento de voto)