



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

REFERENCIA: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 11001 31 05 022 2018 00377 01
DEMANDANTE: CARMEN ELISA RODRÍGUEZ GALINDO
DEMANDADO: COLPENSIONES

Bogotá D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2.021).

De conformidad con lo establecido en el inciso 4° del art. 140 del C.G.P., me permito poner en conocimiento de Sala, particularmente del Magistrado que sigue en turno Dr. Hugo Alexander Ríos Garay, que me encuentro impedido para conocer del proceso de la referencia, al amparo de la causal consagrada en el numeral 2° del art. 141 del C.G.P., por haber conocido del proceso en primera instancia en calidad de Juez Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

1

2

299



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO DE CARMEN ELISA RODRIGUEZ
GALINDO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIA DE
PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

AUTO

De las presentes diligencias se advierte que mediante auto de la fecha el Dr. HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA manifestó a la Sala estar incurso en la causal de impedimento consagrada en el numeral 2° del artículo 141 CGP, revisado el expediente se verifica que en efecto el proveído bajo estudio fue proferido por el citado Magistrado durante el periodo que ejerció como Juez Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., razón por la cual se encuentra fundado el impedimento manifestado y en consecuencia se acepta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL**



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: CARMEN ELISA RODRÍGUEZ GALINDO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.

RADICADO: 11001 31 05 022 2018 00377 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

AUTO

Teniendo en cuenta que la ponencia presentada por la suscrita presenta un salvamento de voto del magistrado dr. Hugo Alexander Ríos Garay y un impedimento del dr. Hernan Mauricio Oliveros Motta, se hace necesario que se convoque a un cuarto magistrado, en este caso de la Sala Sexta de Decisión para que dirima el empate. Integración que resulta viable de conformidad con lo establecido en la sentencia del 25 de mayo de 2005 proferida por la Sala de Casación Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente Dr. Jaime Alberto Arrubla Paucar, expediente C-7198.

Así las cosas, se hace necesario convocar a la Dra. Marleny Rueda Olarte para que integre esta sala de decisión, quien es la Magistrada que sigue en turno de la Sala 6, en el orden correspondiente.

De conformidad con lo anterior, se

RESUELVE

Convocar a la doctora Marleny Rueda Olarte para efectos de que conozca del asunto de la referencia y dirima el empate que se presenta actualmente, frente al proyecto presentado por la suscrita.

CÚMPLASE


ANGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: CARMEN ELISA RODRÍGUEZ GALINDO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.

RADICADO: 11001 31 05 022 2018 00377 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. HUGO ALEXANDER RIOS GARAY, HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver los recursos de apelación presentados por **PROTECCIÓN, OLD MUTUAL S.A.** y **COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 26 de agosto de 2020 por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Demandada COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare que la AFP Colmena hoy Protección incumplió con su deber legal de información al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva y comprensible a la demandante sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional, en consecuencia, se declare nula e ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada por la demandante, inicialmente a la AFP Protección y a la AFP Old Mutual por entenderse que la falta de información por parte de estas viciaron el consentimiento de la demandante; se declare que la demandante, se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en la actualidad por Colpensiones; se condene a la AFP Protección a registrar en su sistema de información que la afiliación en pensión de la demandante es nula e ineficaz; se condene a la AFP Old

Mutual a registrar en su sistema de información que la afiliación en pensión de la demandante es nula e ineficaz; se condene a la AFP Old Mutual a registrar en su sistema de información que la afiliación en pensión de la demandante es nula e ineficaz; a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual de la demandante incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar; condenar a Colpensiones, a activar la afiliación en pensión de la demandante, a recibir la totalidad de los aportes a pensión de la demandante incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar; a lo ultra y extra petita; a las costas y agencias en derecho.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: nació el 2 de febrero de 1963, inició sus aportes a pensión en el régimen de prima media con prestación definida administrado en la actualidad por Colpensiones, el 1 de julio de 1987; cotizó al ISS, hoy Colpensiones 596.14 semanas; se trasladó a la AFP Colmena, en la actualidad Protección, el 27 de julio de 1999; para la fecha del traslado tenía 36 años de edad. La demandante indica que a su lugar de trabajo se presentaron unos asesores comerciales de la AFP Colmena, quienes le informaron que el ISS sería liquidado, por lo que era necesario buscar una nueva entidad que se hiciera cargo de sus aportes a pensión; que la mejor opción para su futuro pensional era realizar su traslado ya que el fondo privado le garantizaba una mejor pensión a la que obtendría si permanecía afiliada al ISS; posteriormente, debido a la liquidación de la AFP Colmena, los aportes a pensión de la demandante fueron tomados por la AFP Santander; en el año 2003, decidió afiliarse a la AFP Colfondos; el 19 de septiembre de 2006, la demandante se afilió a la AFP Skandia, hoy Oldmutual.

La AFP Colmena, hoy Protección, no desplegó ninguna actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado del Régimen de Prima Media administrado por el ISS, al Régimen de Ahorro Individual; omitió brindarle información completa y clara sobre los efectos y las consecuencias de su traslado de régimen pensional así como también de las características de ambos regímenes pensionales; los asesores no le entregaron a la demandante una proyección pensional que le mostrara cuál sería el monto de su pensión en comparación con la que podría ser reconocida por el ISS, tampoco le explicó cuáles debían ser las condiciones de sus aportes para poder elegir la edad de pensión; no le informó la probabilidad que tendría de pensionarse en cada régimen, no le informó en caso de tener derecho a la pensión de vejez, cuál sería el monto de su pensión de vejez; mediante proyecciones objetivas que le permitieran tomar una decisión informada y consiente sobre su traslado; no le informó la posibilidad que tenía de regresar al RPM o incluso de retractarse de su traslado a esta AFP; igualmente ISS hoy Colpensiones, no adelantó ninguna gestión tendiente a brindarse asesoría; por petición del 21 de febrero de 2018, Oldmutual, le informó que su mesada pensional a

los 57 años según la proyección realizada por ellos sería equivalente a \$1'414.700; el IBC de la demandante es de \$7'305.963 conforme a la liquidación elaborada por Addeco S.A.S.; debido a la evidente diferencia de la mesada pensional proyectada por el RAIS y la proyectada en el RPM; la demandante solicitó a las demandadas anular la afiliación. (fls. 54-63)

Frente a estas pretensiones, la **AFP OLD MUTUAL S.A.** se opuso a todas y cada una de ellas argumentando que se encuentra válidamente vinculada al RAIS, a través de la AFP, pues no le asiste razón a la accionante para considerar que su traslado del RPM al RAIS deba ser declarado nulo o inválido. En los hechos relatados por la parte actora, lo que está haciendo es alegando la propia culpa en su beneficio, toda vez que la actora se encontraba en la posibilidad de cotejar y ampliar la información que le fue suministrada al momento en el cual se produjo el traslado de régimen. Cosa diferente, en el marco de una actuación contraria a la de un buen padre de familia, decide no verificar o ampliar la información que se le proporcionó; así mismo, es indispensable señalar que no es viable que la demandante alegue hoy, transcurridos 19 años de su traslado inicial de régimen pensional, la voluntad de retornar al RPM, cuando teniendo la posibilidad de ejercer su derecho al retracto no lo hizo y, teniendo la posibilidad de trasladarse de régimen, resolvió trasladarse en 2 ocasiones de AFP, más no de régimen, ratificando así su voluntad de pertenecer a dicho régimen. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación. (Fls. 80-114)

Por su parte, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** manifestó que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de las AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo, no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante, al contrario se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente, en el presente caso el demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, para poderse trasladar de régimen en cualquier tiempo. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica. (fls. 145-174)

La demandada **PROTECCIÓN S.A.** se opuso a todas y cada una de las pretensiones argumentando que en el supuesto engaño u omisión de información ocurrida 19 años atrás, Protección carece de elementos que le

permitan controvertir con contundencia el tipo de información que le fue suministrado a la demandante en el año 1999, y que con base en el principio de buena fe, se debe presumir que la labor comercial fue llevada a cabo con apego a la normatividad vigente hasta tanto se demuestre fehaciente y objetivamente que ello no fue así; pues lo que se aprecia en la demanda son las exclusivas manifestaciones de la parte actora, las cuales carecen de fuerza probatoria. Ahora bien, es preciso tener en cuenta que todo lo que ahora reclama la parte actora se encuentra regulado por la Ley 100 de 1994, norma de orden público y cuyo tenor se presume legalmente conocido por todos, según las disposiciones del artículo 9 del Código Civil. No le es posible por ello al actor, alegar en su beneficio su propia negligencia puesto que el desconocimiento de la ley no lo releva de la responsabilidad que acarrea el haber celebrado de manera libre y espontánea un acto jurídico válido en derecho. Propuso como excepciones de fondo las de eficacia del traslado del régimen de prima media al RAIS; inexistencia de nulidades por no configurarse un vicio en el consentimiento; no pertenecer la demandante al grupo de personas que pueden regresar al RPM; prescripción y excepción genérica. (fls. 181-189)

La demandada **COLFONDOS S.A.** se opuso a todas y cada una de las pretensiones argumentando que la afiliación se presentó en virtud de su derecho a libremente escoger el fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS. Por lo anterior, no se puede concluir que el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad es nula, por cuanto el acto cumplió con todos los presupuestos de Ley, y el formulario de vinculación contiene la firma de la accionante, por lo que se establece que no existió presión ni coacción alguna para efectuar el traslado, y por ende no está viciado el consentimiento. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la demandante al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A. pensiones y cesantías, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago e innominada o genérica. (fls. 213-222)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 26 de agosto de 2020, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 29 de julio de 1999, incluido los traslados realizados dentro del mismo régimen; ordenó a Old Mutual S.A. a trasladar a Colpensiones, los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora; ordenó a Protección, Old Mutual y Colfondos a remitir a Colpensiones, los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo

que perduró la aparente afiliación a ese fondo; declaró no probada las excepciones propuestas por las demandadas; condenó en costas a las demandadas, Protección, Colfondos y Old Mutual a la suma de \$1'000.000 a cargo de cada una.

RECURSO DE APELACIÓN

Protección presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente en lo relativo al numeral tercero que hace relación a la devolución de los gastos de administración y frente a las costas, por cuanto la entidad actuó conforme a derecho para la época de afiliación de la demandante.

Old Mutual también presentó recurso de apelación, con sustento en que **i)** la demandante decidió mantenerse voluntariamente en el régimen de ahorro individual, como se evidencia en sus múltiples traslados dentro del mismo régimen; **ii)** la insatisfacción se centra en el monto de la mesada pensional que no da lugar a declarar la ineficacia y/o nulidad del traslado; **iii)** para la fecha de traslado se cumplió con lo establecido en la ley; y **iv)** no se deben devolver los gastos de administración.

Colpensiones interpuso recurso de apelación por cuanto se debe dar aplicación a la ley 797 de 2003 y no a la jurisprudencia, que es un criterio auxiliar de la ley; la inconformidad con el valor de la mesada pensional no puede afectar la validez del traslado; se cumplió el deber de información por parte de las AFP; Colpensiones no debería responder por la responsabilidad de los negocios jurídicos de terceros.

ALEGACIONES

Los apoderados del demandante, Old Mutual, Protección y Colpensiones presentaron alegatos de conclusión.

La apoderada de COLPENSIONES presentó poder de sustitución, en consecuencia, se le reconoce personería para actuar a la Dra. LINDA VANESA BARRETO SANTAMARIA, identificada con la C.C. 1.013.637.319 y T.P. 280.300.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 3, cédula de ciudadanía que da cuenta la demandante nació el 2 de febrero de 1963.
- A folios 15, 190, formulario de vinculación AFP Colmena, 27 de julio de 1999.
- A folios 16-17, formulario de vinculación AFP Colfondos, 11 de septiembre de 2003.
- A folios 18, 115, formulario de vinculación AFP Skandia, 19 de septiembre de 2006.
- A folios 19-31, 116-132, 192-193, 224, resumen cuenta, resumen semanas cotizadas, historia laboral.
- A folios 32-35, proyección del régimen de ahorro individual, Oldmutual.
- A folio 36, proyección del régimen de prima media.
- A folios 37-50, 133-136, 194-195, reclamaciones administrativas y respuestas.
- A folios 51-53, concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia.
- A folio 137, concepto de la Superintendencia Financiera administradoras de fondos de pensiones, deber de asesoría e información al consumidor financiera.
- A folio 191, constancia de traslado de aportes Protección.
- Interrogatorio de parte

Caso Concreto

Frente a la decisión de primera instancia, las demandadas PROTECCIÓN, OLD MUTUAL y COLPENSIONES presentaron recurso de apelación contra la declaración de nulidad del acto de traslado, la condena por gastos de administración y costas del proceso.

En el caso de auto está probado que la demandante a la edad de 36 años se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, contando con 596,14 semanas cotizadas al sistema (fol. 19), no estaba incurso en las causales de exclusión señaladas en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993, por cuanto a la entrada en vigencia del sistema no tenía 50 años de edad ni se acredita que gozara de una pensión por invalidez; sumado a que se trasladó de régimen de manera voluntaria como se deduce de lo expuesto en el interrogatorio de parte y se constata en el formulario que obra a folios 15 y 190.

De lo anterior, se puede dar por cierto lo argumentado por los recurrentes en cuanto señalaron que el acto del traslado al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió, y cumple con los presupuestos legales para su validez señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, norma que permitía que el trámite se realizara con documentos preimpresos, sin que se

encuentre prueba de la que se deduzca que el fondo debía negar la solicitud de traslado, ya que no puede olvidarse que a estas entidades les estaba prohibido rechazar la vinculación de cualquier persona que cumpliera con los requisitos, de acuerdo a lo estipulado en los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

En la demanda se pretende la nulidad e ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual porque la AFP incumplió el deber legal de información al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetivo y comprensible a la demandante sobre las características y consecuencias del traslado.

Como el sustento de la nulidad es la falta de información sobre los aspectos legales, es de anotar que según la definición doctrinal el error que se refiere "*a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico*"¹, es un error de derecho, porque este error es el que recae sobre las definiciones legales de los derechos y obligaciones que le acarrearán a los contratantes la suscripción de determinado acto jurídico, que en el presente caso sería el llamado a presentarse porque según la actora la afiliación no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo, y la ilustración solo podía versar sobre los aspectos que regulan cada régimen pensional, los cuales se encuentran claramente definidos en la Ley.

El mencionado error, conforme con el artículo 1509 del Código Civil, no vicia el consentimiento de quien lo presta.

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

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

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

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

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

No se alega la existencia de dolo o fuerza, ni el traslado de régimen se constituye en un objeto o causa ilícitos por lo que se colige que en el presente caso no se configuran vicios que den lugar a declarar la nulidad del acto de traslado de régimen pensional, tal como lo señala la parte recurrente.

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

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

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

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

Ahora respecto de la causal de ineficacia en sentido estricto que se ha construido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por la falta de información al momento del traslado, se encuentra que ese marco jurisprudencial asigna la carga de la prueba de la información otorgada al demandante a las administradoras de pensiones,

información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado, (sentencia proferida en el radicado 68838), que en este caso en particular serían las que regían para el año 1999, máxime si se tiene en cuenta que en materia laboral de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe indicar que según la misma jurisprudencia es una forma de atentar contra el derecho del trabajador a una afiliación libre, lo cual se consagra en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852) y en ese caso no le compete a la jurisdicción definir su ocurrencia o no por el mismo mandato legal.

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

En la anterior sentencia reitera lo expuesto en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 y en las que "... precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la *ineficacia en sentido estricto* o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando *«el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto»*.

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

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

De tal manera que al aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga la reiteración la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

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

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

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

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes desde el

año 1999, en la medida en que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a las Administradoras en los periodos en que el demandante se vinculó a ellas.

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

Llama la atención a la sala que la razón genuina para promover la presente acción se contrae en la inconformidad sobre el monto de la posible mesada pensional, pues esto se manifiesta tanto en los hechos de la demanda como en el interrogatorio de parte, y sobre el particular, es de anotar que en cualquiera de los regímenes el monto de la pensión se define al momento de causar o exigir la pensión una vez cumplido los requisitos y no al momento de la vinculación, en la medida en que dicho monto depende de varios factores que se presentan durante la vida laboral de la persona; en el Régimen de Prima Media del cumplimiento de requisitos, tiempo de cotizaciones y salarios base de cotizaciones y en el Régimen de Ahorro Individual de los aportes a la cuenta individual, bonos pensionales, aportes voluntarios, rendimientos, edad que se escoja de retiro, etc.; de tal manera que cualquier proyección que se realice al momento de la afiliación como lo define la norma es solo un presupuesto basado en variables futuras inciertas y la falta de dicho presupuesto no tiene la virtualidad de afectar la voluntad del afiliado ni la eficacia del acto jurídico del traslado que se presentó en el año 1999, porque no era un requisito exigido por la ley.

Respecto del argumento relacionado con el hecho de que la situación pensional de la demandante se encuentra inmersa dentro del periodo de prohibición señalado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, es de anotar que le asiste razón a la parte recurrente, porque de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional el traslado en dicho periodo afecta principios constitucionales como la equidad, solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema de pensiones.

En sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993, expuso la Corte lo siguiente: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago*

de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.

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

En la Sentencia C-401/16 consideró: “... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos - se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”

Y en la sentencia C-083/19, señaló que “el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

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

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene

un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional^[30], y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación^[31], de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales se colige, al igual que las entidades demandadas, 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.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1 de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral antes de dicha fecha, de acuerdo con el requisito de semanas exigidos para esa anualidad, porque en la actualidad la proporcionalidad sería de 18 años o más en la medida que el número de semanas para adquirir el derecho son 1300.

Por lo anterior, habría lugar a revocar la sentencia de primera instancia, de no ser porque la Corte Suprema de Justicia Salas de Casación Laboral y Penal ha dejado sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral, como se puede constatar en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020 y STP 677-2021, entre otras, y por esta razón hay lugar a CONFIRMAR la decisión de primera instancia.

En relación con la condena sobre la devolución de los gastos de administración, en aplicación al precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima. (SL2611-202 Radicación n.º 67972 del 1 de julio de 2020, donde rememora la sentencia SL17595-2017, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a confirmar la decisión por las mismas razones.

Por último, con relación con las costas, punto de apelación de la demandada, la Sala debe recordar que estas son la erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial de conformidad con el artículo 365 del Código General del Proceso, y comprende las expensas y las agencias en derecho.

Ahora bien, en cuanto a las agencias en derecho, las mismas solo pueden ser controvertidas mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas, siendo extemporáneo el recurso sobre este tópico en esta etapa procesal, todo lo anterior, al tenor de lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de agosto de 2020 por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

(Declaración de impedimento)
HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrado