



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: HARBEY NASAYO CASAS

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 023 2019 00843 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de mayo de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, 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 el recurso de apelación presentado por los apoderados de la parte demandada contra la sentencia proferida el 21 de enero de 2022, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que: PORVENIR no brindó información, suficiente, clara, precisa, exacta respecto de los beneficios y desventajas de la decisión de trasladarse del régimen público de pensiones al régimen privado de pensiones; el traslado de régimen realizado es ineficaz por habersele ocultado información que le permitiera realizar una elección objetiva, razonada, clara, coherente y por no habersele indicado las consecuencias que sufriría en detrimento de su derecho pensional. Se condene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con

todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que hubiere causado; se condene a COLPENSIONES a recibir y restablecer la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación definida, sin solución de continuidad, a reconocer y pagar las costas y agencias en derecho.

Como sustento de las pretensiones, señaló que: nació el 17 de junio de 1957, se afilio al ISS el 14 de abril de 1980; se trasladó de régimen el 1 de mayo de 1998; entre los beneficios por su afiliación le ofrecieron prestamos en bancos del grupo AVAL con intereses preferenciales; la posibilidad de pensionarse anticipadamente y con una mayor pensión porque las cotizaciones eran manejadas por expertos financieros que permitirían obtener grandes ganancias sobre el capital ahorrado; el ISS era inviable; presentó reclamación administrativa; que las mesadas en los dos regímenes son diferentes en su valor.

COLPENSIONES contestó la demanda, se opuso a las pretensiones formuladas en su contra porque el demandante se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad de manera libre y voluntaria ejerciendo el derecho a la libre escogencia de régimen. Si se presentó un error de derecho este no vicia el consentimiento, aunado a que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, el demandante se encuentra incurso en la prohibición legal contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, aunado a que el traslado afecta el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema.

Presentó las excepciones de mérito de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la Seguridad Social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto Legislativo 1 de 2004, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción e innominada o genérica.

PORVENIR contestó la demanda con oposición a las pretensiones porque la afiliación de la parte demandante con PORVENIR se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de una amplia asesoría sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP. Voluntad que se ratificó con la vinculación a HORIZONTE en el año 2004, se

le garantizó el derecho de retracto como se establece en la Ley 797 de 2003 porque la entidad informó a través de comunicados de prensa la posibilidad con que contaban los afiliados para trasladarse entre regímenes. El vicio de consentimiento deriva de una nulidad relativa susceptible de saneamiento como se dispone en el artículo 1741 del C.C., tampoco procede la ineficacia del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, aunado a que a la parte actora le aplica la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Presentó las excepciones previas de falta de integración del litisconsorcio necesario; y de mérito de prescripción; buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

PROTECCIÓN contestó la demanda con oposición a cualquier tipo de declaración en su contra porque se está ante un acto existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; y de ello, dejó constancia en el formulario. No es posible afirmar que la forma como se liquide la pensión en el RAIS hace ineficaz o nula la afiliación, porque la forma esta consagrada legalmente. Presentó las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, traslado de aportes a la AFP PORVENIR, traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFP convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver la prima previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; e innominada o genérica.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 21 de enero de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PROTECCIÓN y por ende a PORVENIR, condenó a PROTECCIÓN a trasladar todos los valores que hubiere recibido entre el 1 de mayo de 1994 al 31 de mayo de 1998, del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubiere causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por otro concepto, autorizó el descuento del dinero que transfirió a PORVENIR. Condenó a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, de manera

indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago. Declaró que el demandante se encuentra afiliado a COLPENSIONES. Declaró no probadas las excepciones, condenó en costas a PROTECCIÓN.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación respecto de los siguientes puntos:

PROTECCIÓN: respecto del numeral segundo que se refiere a la devolución de las cuotas de administración y de seguro previsional porque se causaron pro virtud de la ley por ello se generaron los rendimientos, y de los seguros previsionales no procede porque se pagaron a la compañía de seguros por mandato legal y no es legal ni igualitario que cubierto el riesgo se desconozca el contrato de seguros, aunado a que respecto de la devolución de los gastos de administración opera la prescripción.

PORVENIR: interpone recurso contra la sentencia porque no se demostró las causales de nulidad y/o ineficacia, porque se cumplió con el requisito legal del formulario para la fecha de la vinculación, documentos que por demás no fueron tachados de falso. La permanencia de la parte actora en el RAIS y el conocimiento de las implicaciones del traslado permite deducir que el demandante conocía de las implicaciones del traslado. Los gastos de administración no hacen parte de la pensión y son procedentes para la administración y se ejecutó una buena administración, aunado a que esos gastos operan en ambos regímenes.

COLPENSIONES: argumenta que no se realizó una valoración de la prueba porque existe inconsistencias en la exposición del interrogatorio de parte rendido por el demandante; la prueba idónea del traslado se aportó al proceso y consiste en el formulario de vinculación, documental idóneo para demostrar la información, el motivo para retornar al régimen de prima media con prestación definida es el monto de la mesada, lo cual da lugar a la descapitalización del sistema pensional.

ALEGACIONES

El apoderado de la parte demandada PORVENIR presentó escrito de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y si no procede la condena de devolución de los gastos de administración y seguros previsionales.

Elementos de prueba relevantes:

- Fotocopia de la cédula de ciudadanía, indica que nació el 17 de junio de 1957.
- Reporte de semanas cotizadas a COLPENSIONES, 675,86 semanas.
- Historia laboral consolidada PORVENIR.
- Reclamación administrativa y respuesta.
- Certificación de trasladado a otro fondo expedida por COLPENSIONES.
- Reporte SIAFP.
- Formulario solicitud de vinculación a PORVENIR el 2 de abril de 1998.
- Formulario de solicitud de vinculación o traslado a HORIZONTE el 23 de noviembre de 2004.
- Comunicados de prensa.
- Relación histórica de movimientos de PORVENIR.
- Relación de aportes en PORVENIR.
- Historia laboral bono pensional.
- Formulario de vinculación a COLMENA el 27 de abril de 1994.
- Reporte SIAFP.
- Constancia de traslado de aportes de PROTECCIÓN A PORVENIR.
- Reporte estado de cuenta PROTECCIÓN,
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

Los apoderados de la parte demandada presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, COLPENSIONES con el objeto de que se revoque la misma porque la valoración de la prueba, en especial, el interrogatorio de parte, permite concluir que se generaría la descapitalización del sistema pensional porque el objetivo de la demanda es monetario. PROTECCIÓN y PORVENIR consideran que no procede la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales. Adicionalmente, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que el demandante se encontraba afiliado al Régimen de Prima Media a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 675,86 semanas cotizadas y 37 años de edad

para la fecha del traslado de régimen pensional, no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 55 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que reconoció en el interrogatorio que la firma del formulario fue de manera libre.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que el traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Ahora, respecto del argumento de apelación presentado por COLPENSIONES sobre la descapitalización del sistema porque la demandante se encuentra incurso en la prohibición legal contemplada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, es de anotar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2º. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: *“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, cuando consideró que: “... 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, cuando 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 y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, 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 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 1º 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.

Las anteriores razones, serían suficientes para revocar la sentencia de primera instancia porque la decisión vulnera principios constitucionales y legales del sistema de seguridad social en pensiones, pero adicionalmente se ha de tener en cuenta que la juez de primera instancia sustenta su decisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, para declarar la ineficacia en sentido estricto por falta de información al momento del traslado.

La construcción jurisprudencial y reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la parte 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), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

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.

Obsérvese 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 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 no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto 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, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

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.

De otro lado, no se puede desconocer que la razón genuina para promover la presente acción se contrae en la inconformidad de la parte demandante sobre el monto de la posible mesada pensional, lo cual se deduce de los hechos de la demanda que hacen referencia a las mesadas pensionales entre los dos regímenes.

Respecto de esa conclusión, es de anotar que no tiene la connotación para declarar ineficaz el traslado porque 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 1994, porque no era un requisito exigido por la ley.

Por lo anterior, no sería viable la ineficacia del traslado.

No obstante, no se puede desconocer que la Sala de Casación Laboral y Penal, han 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, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio

público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público....”

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

“(...) [...] la información necesaria implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

Lo anterior, con el fin de lograr la mayor transparencia, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definatorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).”

Sobre la carga de la prueba de consentimiento informado, señaló:

“En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.

En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo. ... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).”

Y respecto de que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, indicó que,

“en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas.”

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial se CONFIRMARA la decisión de primera instancia.

Frente al punto de apelación de PROTECCIÓN y PORVENIR, relacionado con la condena por devolución de los **gastos de administración, la prescripción y seguros previsionales**, es de anotar que se debe indicar que 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 y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep.

2008, rad. 31989), respecto de lo cual no procede la prescripción, y, en consecuencia, hay lugar a confirmar la decisión por las mismas razones jurisprudenciales.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por no encontrarse comprobadas de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

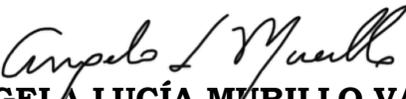
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de enero de 2022, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas

SEGUNDO: Sin Costas en la presente instancia, por las razones expuestas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MÚRILLO VARÓN
Magistrada


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
Aclaración voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO

ACLARACIÓN DE VOTO

Magistrada ponente: Ángela Lucía Murillo Varón

Radicación n° 11001 31 05 023 2019 00843 01

De: HARBEY NASAYO CASAS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Aunque comparto el sentido de la sentencia, en tanto se confirma la declaración de ineficacia del traslado, estimo necesario aclarar mi voto. Ello obedece a que a pesar de que se invoca el precedente de la Sala de Casación Laboral y se decide «*en aplicación*» al mismo, a lo largo de la providencia se desarrolla una tesis contraria a la doctrina del órgano de cierre; la única circunstancia que motiva lo resuelto, es que las Salas de Casación Laboral y Penal, por vía de tutela, han dejado sin efectos algunos fallos proferidos por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia.

En mi sentir, el proveído carece de congruencia, por cuanto el abordaje dado a la problemática planteada, no soporta el peso de lo resuelto. Me asiste el convencimiento de que la plena sujeción a las enseñanzas jurisprudenciales, impone desarrollar las temáticas propuestas en la apelación, y las que surjan en virtud del grado jurisdiccional de consulta, a la luz de lo ya decantado, pues para exponer lo contrario existen otros mecanismos como la aclaración de la ponencia.



LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LIGIA VARGAS CALLEJAS

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 024 2020 00264 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de mayo de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, 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 el recurso de apelación presentado por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida el 11 de febrero de 2022, por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que: se afilió al extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a partir del mes de marzo de 1985 hasta el mes de septiembre de 1999, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS a través de PROTECCIÓN a partir del mes de octubre del año de 1999, mediante la suscripción del formulario de afiliación a esa entidad al ser inducida a error por parte del asesor de ese fondo privado; había cotizado al ISS 674,86 semanas; contaba con una expectativa legítima de causar su derecho pensional en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, PROTECCIÓN omitió su deber de informar y asesorar de manera suficiente a la demandante sobre las ventajas y desventajas al disponer su afiliación al

Régimen de Ahorro Individual; el traslado de régimen es nulo y como consecuencia se debe disponer que las cosas vuelvan al estado anterior, ordene a COLPENSIONES a reactivar la afiliación, PROTECCIÓN devuelva a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, gastos de administración, frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., se condene a lo ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho.

Como sustento de las pretensiones, señaló que: nació el 10 de junio de 1964, hacia el mes de septiembre de 1999 le ofrecieron la opción de trasladarse al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PROTECCIÓN, el asesor le indicó que podía acceder a una pensión en fecha anterior a la prevista por el ISS, en cuantía superior, que el régimen administrado por el ISS sería reformado y que se incrementarían los requisitos para acceder al derecho pensional por vejez frente a la edad y semanas mínimas de cotización requeridas, además, que reduciría la tasa de reemplazo; solicitó proyección pensional a PROTECCIÓN y como resultado se indicó que la pensión ascendería a la suma de \$828.116 y en el Régimen de Prima Media a la suma de \$1.567.886, solicitó el traslado a las entidades y fue negado.

PROTECCIÓN contestó la demanda con oposición a cualquier tipo de declaración en su contra porque su actuar fue conforme a la ley y a la voluntad de la demandante de afiliarse a la entidad de manera libre, voluntaria y exenta de cualquier fuerza o vicio del consentimiento. La formalización de la afiliación es un contrato entre las partes que generó derechos y obligaciones recíprocos, porque se hizo con sustento en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 respetando el derecho a la libre elección de régimen consagrado en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993. Además, la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal que consagra la Ley 797 de 2003 por estar a menos de 10 años de cumplir la edad límite de pensión por lo que no puede regresar a dicho régimen.

Presentó las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restituciones mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; e innominada o genérica.

COLPENSIONES contestó la demanda, se opuso a las pretensiones formuladas en su contra, porque la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003, disposición que protege el principio de sostenibilidad financiera del sistema, el traslado se realizó de manera libre y voluntaria, y fue voluntad de la demandante que su mesada estuviera regida por las características propias del régimen de Ahorro Individual ; aunado a que la ignorancia de la ley no sirve de excusa.

Presentó las excepciones de mérito de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la Seguridad Social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto Legislativo 1 de 2004, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción e innominada o genérica.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 11 de febrero de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS a través de PROTECCIÓN S.A. el 1 de octubre de 1999; que para todos los efectos la demandante nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, contrario a ello, siempre estuvo en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ordenó a PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C. esto es, con los rendimientos que se hubieran causado, es decir, lo que tenga la demandante en la actualidad en su cuenta de ahorro individual o al momento de realizarse el traslado junto con los gastos de administración; ordenó a COLPENSIONES a recibir a la demandante como su afiliada, actualizar y corregir la historia laboral una vez reciba los dineros de PROTECCIÓN, declaró no probados los hechos sustento de las excepciones; no condenó en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación respecto de los siguientes puntos:

DEMANDANTE: de manera parcial con el objeto de que se revoque el numeral sexto porque la parte vencida en juicio debe ser condenada en costas de conformidad con los artículos 365 y 366 del C.GP.

PROTECCIÓN: de manera parcial respecto de la devolución de los gastos de administración porque se causaron por virtud legal y su destinación también lo es por virtud legal, aunado a que se reconocen al fondo por la gestión realizada que generó los rendimientos en la cuenta de la demandante; la devolución da lugar a un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES.

COLPENSIONES: argumenta que no hay lugar a la inversión de la carga de la prueba por cuanto no se reúnen los requisitos del precedente jurisprudencial, no existió vicio del consentimiento, aunado a que la demandante permaneció vinculada al Régimen de Ahorro Individual por más de veinte años y solo hasta hace tres años tuvo la intención de trasladarse a COLPENSIONES con el objeto de aumentar la mesada pensional.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes demandante y demandada PROTECCIÓN presentaron sendos escritos de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y si no procede la condena de devolución de los gastos de administración.

Elementos de prueba relevantes:

- Registro civil de nacimiento y copia de la cédula de ciudadanía que indica que nació el 10 de junio de 1964.
- Historia laboral de PROTECCIÓN.
- Reporte de semanas cotizadas a COLPENSIONES, 654,86
- Derechos de petición y respuestas.
- Reporte de estado de cuenta.
- Resumen historia laboral bono pensional.
- Reporte SIAFP.
- Formulario de solicitud de vinculación a PROTECCIÓN el 1 de octubre de 1999.

- Comunicados de prensa.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

Los apoderados de la parte demandada presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, COLPENSIONES con el objeto de que se revoque la misma porque no se acreditan vicios del consentimiento, el objeto de retornar al Régimen de Prima Media es aumentar la mesada pensional y no se dan los presupuestos para invertir la carga de la prueba. PROTECCIÓN considera que no procede la devolución de los gastos de administración, y la parte DEMANDANTE considera que se debe condenar en costas de manera objetiva a la parte demandada.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 654,86 semanas cotizadas y 35 años de edad para la fecha del traslado de régimen pensional, no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 50 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que reconoció en el interrogatorio que la firma del formulario fue de manera libre.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que el traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Ahora, respecto del argumento de defensa presentado por COLPENSIONES sobre la descapitalización del sistema porque la demandante se encuentra incurso en la prohibición legal contemplada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, es de anotar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2º. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: “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, cuando consideró que: “... 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, cuando 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 y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, 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 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 1º. 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.

Las anteriores razones, serían suficientes para revocar la sentencia de primera instancia porque la decisión vulnera principios constitucionales y legales del sistema de seguridad social en pensiones, pero adicionalmente se ha de tener

en cuenta que la juez de primera instancia sustenta su decisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, para declarar la ineficacia en sentido estricto por falta de información al momento del traslado.

La construcción jurisprudencial y reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la parte 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), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

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.

Obsérvese 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 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 no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto 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, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

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.

De otro lado, no se puede desconocer que la razón genuina para promover la presente acción se contrae en la inconformidad de la parte demandante sobre el monto de la posible mesada pensional, lo cual se deduce de los hechos de la demanda que hacen referencia a las mesadas pensionales entre los dos regímenes.

Respecto de esa conclusión, es de anotar que no tiene la connotación para declarar ineficaz el traslado porque 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.

Por lo anterior, no sería viable declarar la ineficacia del traslado.

No obstante, no se puede desconocer que la Sala de Casación Laboral y Penal, han 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, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la

calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público....”

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

“(...) [...] la información necesaria implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

Lo anterior, con el fin de lograr la mayor transparencia, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definatorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).”

Sobre la carga de la prueba de consentimiento informado, señaló:

“En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.

En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es

quien está en posición de hacerlo. ... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).”

Y respecto de que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, indicó que,

“en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas.”

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial se CONFIRMARA la decisión de primera instancia.

Frente al punto de apelación de PROTECCIÓN, relacionado con la condena por devolución de los **gastos de administración**, es de anotar que se debe indicar que 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 y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), y, en consecuencia, hay lugar a confirmar la decisión por las mismas razones jurisprudenciales.

En relación con el argumento del recurso de apelación respecto de las costas, es de anotar que si bien las mismas son impuestas a la parte vencida en juicio, es de anotar que de conformidad con los numerales 5 y 8 del artículo 365 del CGP el juez puede abstenerse de imponer las mismas señalando las razones para ello, lo cual fue expuesto por el juez de primera instancia para negarlas, aunado a que las mismas se deben encontrar causadas en la medida de su comprobación y en el presente caso si el juez no las encontró causadas no había lugar a su imposición, en consecuencia, se confirmara la decisión de primera instancia.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por no encontrarse comprobadas de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

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 11 de febrero de 2022, por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas

SEGUNDO: Sin Costas en la presente instancia, por las razones expuestas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
Aclaración voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO

ACLARACIÓN DE VOTO

Magistrada ponente: Ángela Lucía Murillo Varón

Radicación n° 11001 31 05 024 2020 00264 01

De: LIGIA VARGAS CALLEJAS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Aunque comparto el sentido de la sentencia, en tanto se confirma la declaración de ineficacia del traslado, estimo necesario aclarar mi voto. Ello obedece a que a pesar de que se invoca el precedente de la Sala de Casación Laboral y se decide «*en aplicación*» al mismo, a lo largo de la providencia se desarrolla una tesis contraria a la doctrina del órgano de cierre; la única circunstancia que motiva lo resuelto, es que las Salas de Casación Laboral y Penal, por vía de tutela, han dejado sin efectos algunos fallos proferidos por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia.

En mi sentir, el proveído carece de congruencia, por cuanto el abordaje dado a la problemática planteada, no soporta el peso de lo resuelto. Me asiste el convencimiento de que la plena sujeción a las enseñanzas jurisprudenciales, impone desarrollar las temáticas propuestas en la apelación, y las que surjan en virtud del grado jurisdiccional de consulta, a la luz de lo ya decantado, pues para exponer lo contrario existen otros mecanismos como la aclaración de la ponencia.


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: CARMEN BEATRIZ VARGAS CASTILLO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS, vinculados OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 032 2019 00366 02

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de mayo de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, 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 el recurso de apelación presentado por el apoderado de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 23 de febrero de 2022, por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad del traslado y de la afiliación en pensiones con la AFP COLFONDOS por cuanto la misma contenía los vicios del consentimiento del error y el dolo; como consecuencia, COLFONDOS debe trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos a COLPENSIONES; puede solicitar el reconocimiento de su pensión de vejez a COLPENSIONES; se condene a COLFONDOS a enviar a COLPENSIONES el detalle del traslado de aportes; a COLPENSIONES activar la afiliación, aceptar y recibir el traslado de los aportes, se condene a COLFONDOS a pagar las costas y agencias de derecho y todo lo que resulte probado extra y ultra petita.

Sustentó las pretensiones de la demanda en que nació el 24 de junio de 1958, para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se encontraba afiliada a CAJANAL contando con 35 años de edad que la hacía beneficiaria del régimen de transición; los asesores de los fondos de pensiones, entre ellos, COLFONDOS S.A. realizaron sin la debida claridad y sin informar a sus probables afiliados de las ventajas y desventajas que el traslado del régimen significaría en el futuro; los argumentos esgrimidos eran distantes de la verdadera realidad; ofrecían pensión a cualquier edad y al monto elegido; adicionalmente, se instó al pánico a informar que el ISS se iba a quebrar.

COLPENSIONES procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra porque el traslado de régimen efectuado se encuentra ajustada a derecho y se realizó de forma libre y voluntaria por la demandante. Propuso las excepciones de validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 1 de 2005, compensación, prescripción, e innominada o genérica.

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. contestó la demanda no se opuso ni se allanó a las pretensiones al considerar que el cambio de régimen no se realizó por su intermedio y por ende no le correspondía pronunciarse. Presentó las excepciones de fondo de buena fe, genérica y pago.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS presentó escrito de allanamiento a la demanda, en consecuencia, no se opuso a las pretensiones, a excepción de la condena en costas.

Mediante auto de 10 de marzo de 2020, se declaró ineficaz el allanamiento presentado por COLFONDOS y se tuvo por no contestada la demanda por PORVENIR.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 23 de febrero de 2022, declaró no probadas las excepciones formuladas por COLPENSIONES; declaró la ineficacia del traslado al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante a través de COLFONDOS S.A. el 28 de noviembre de 1994, así como los posteriores traslados entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Condenó a PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas que hayan descontado por concepto de

gastos de administración de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliada a esas administradoras, de manera indexada; condenó a COLFONDOS S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración, debidamente indexados. Ordenó a COLPENSIONES a recibir a la demandante como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin solución de continuidad y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado que se declara ineficaz. Condenó en costas a COLFONDOS y tasó como agencias en derecho la suma de 3 smlmv.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación respecto de los siguientes puntos:

COLPENSIONES: la decisión afecta el principio de relatividad jurídica, porque los actos de la demandante y las administradoras de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con solidaridad solo debe tener efectos entre ellas, y deben asumir los efectos del incumplimiento de sus obligaciones.

PORVENIR S.A., SKANDIA y COLFONDOS: respecto de la decisión de ordenar la devolución de los gastos de administración debidamente indexados porque el descuento tiene una causa legal aunado a que se cumplió el objetivo para el cual fue destinado los gastos de administración. Aunado COLFONDOS presentó recurso de apelación respecto de la condena en costas, porque se allanó a las pretensiones.

ALEGACIONES

Los apoderados de la parte demandante y de la demandada PORVENIR presentaron escrito de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, si dicha decisión afecta el principio de relatividad jurídica, si hay lugar a la devolución de gastos de administración, y si no hay lugar a la imposición de costas a COLFONDOS.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 19-23, detalle días acreditados COLFONDOS.
- A folio 24-31, resumen de historia laboral COLFONDOS.
- A folio 32-33, extracto COLFONDOS.
- A folio 34-36, certificación de salarios.
- Expediente administrativo COLPENSIONES.
- Estado de cuenta en SKANDIA.
- Certificación de vinculación y traslado emitida por SKANDIA.
- Formulario de vinculación a SKANDIA.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

La apoderada de COLPENSIONES presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma, por vulnerar el principio de relatividad jurídica, y los apoderados de las Administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual presentaron recurso porque consideran que no hay lugar a la devolución de los gastos de administración y COLFONDOS, adicionalmente, respecto de la decisión de condena en costas.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y se deduce de los hechos de la demanda y el acervo probatorio que para el momento del traslado de régimen pensional no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 50 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que según su dicho en el interrogatorio de parte se vinculó al Régimen de Pensiones de Ahorro Individual de manera voluntaria, al igual que los diferentes traslados entre administradoras.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que el traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Ahora, respecto de la excepción presentada por COLPENSIONES sobre la inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 1 de 2005, es de anotar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la 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: *“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, cuando consideró que: *“... 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, cuando 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 y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, 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 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 1º. 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.

Las anteriores razones, serían suficientes para revocar la sentencia de primera instancia porque la decisión vulnera principios constitucionales y legales del sistema de seguridad social en pensiones, pero adicionalmente se ha de tener en cuenta que la juez de primera instancia sustenta su decisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, para declarar la ineficacia en sentido estricto por falta de información al momento del traslado.

La construcción jurisprudencial y reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la parte 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), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

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.

Obsérvese 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 reconocida en el interrogatorio de

parte, 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 no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto 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, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

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.

De otro lado, no se puede desconocer que la razón genuina para promover la presente acción se contrae en la inconformidad sobre el monto de la posible mesada pensional, lo cual se deduce de lo expuesto en el interrogatorio por la demandante cuando señaló que en el fondo privado hay una proyección y si se acaba la plata ya no tiene la calidad de pensionada, por eso se dio cuenta que era más favorable COLPENSIONES que el fondo privado.

Respecto de esa conclusión, es de anotar que no tiene la connotación para declarar ineficaz el traslado porque 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 1994, porque no era un requisito exigido por la ley.

Por lo anterior, no sería viable declarar la ineficacia del traslado.

No obstante, no se puede desconocer que la Sala de Casación Laboral y Penal, han 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, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de

establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público....”

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

“(...) [...] la información necesaria implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

Lo anterior, con el fin de lograr la mayor transparencia, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definatorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).”

Sobre la carga de la prueba de consentimiento informado, señaló:

“En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.

En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a

que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo. ... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019)."

Y respecto de que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, indicó que,

"en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas."

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial se CONFIRMARA la decisión de primera instancia.

Frente al punto de apelación de las AFP PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y COLFONDOS relacionado con la condena por devolución de los **gastos de administración**, es de anotar que se debe indicar que 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 y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a confirmar la decisión por las mismas razones jurisprudenciales.

En relación con el argumento del recurso de apelación respecto de las costas, es de anotar que las mismas son impuestas a la parte vencida en juicio, aunado a que si el juez de primera instancia las encontró acreditadas hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia, máxime si se tiene en cuenta que el allanamiento a las pretensiones presentado por COLFONDOS fue declarado ineficaz mediante auto de 10 de marzo de 2020.

En conclusión, en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se confirmará la decisión de primera instancia.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por no encontrarse comprobadas de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

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 23 de febrero de 2022 por el Juzgado Treinta y dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas

SEGUNDO: Sin Costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
Aclaración voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO

ACLARACIÓN DE VOTO

Magistrada ponente: Ángela Lucía Murillo Varón

Radicación n° 11001 31 05 032 2019 00366 02

De: CARMEN BEATRIZ VARGAS CASTILLO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS, vinculados OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.

Aunque comparto el sentido de la sentencia, en tanto se confirma la declaración de ineficacia del traslado, estimo necesario aclarar mi voto. Ello obedece a que a pesar de que se invoca el precedente de la Sala de Casación Laboral y se decide «*en aplicación*» al mismo, a lo largo de la providencia se desarrolla una tesis contraria a la doctrina del órgano de cierre; la única circunstancia que motiva lo resuelto, es que las Salas de Casación Laboral y Penal, por vía de tutela, han dejado sin efectos algunos fallos proferidos por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia.

En mi sentir, el proveído carece de congruencia, por cuanto el abordaje dado a la problemática planteada, no soporta el peso de lo resuelto. Me asiste el convencimiento de que la plena sujeción a las enseñanzas jurisprudenciales, impone desarrollar las temáticas propuestas en la apelación, y las que surjan en virtud del grado jurisdiccional de consulta, a la luz de lo ya decantado, pues para exponer lo contrario existen otros mecanismos como la aclaración de la ponencia.


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: CESAR ANTONIO VILAR VESGA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 035 2020 00272 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de mayo de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, 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 el recurso de apelación presentado por el apoderado de COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. contra la sentencia proferida el 21 de enero de 2022, por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad absoluta del traslado de régimen pensional efectuado a través de PORVENIR y como consecuencia se declare que estuvo válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida a cargo del ISS hoy COLPENSIONES y que no surtió los efectos legales y jurídicos que implica el traslado; que cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, COLPENSIONES debe reconocer y pagar la pensión de vejez de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, pues tiene

más de 57 años y aproximadamente 1600 semanas. Se condene a COLPENSIONES a solicitar el traslado del capital ahorrado.

Sustentó las pretensiones de la demanda en nació el 24 de enero de 1957, realizó cotizaciones inicialmente en el ISS hasta el año 2000 cuando fue trasladado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el traslado fue realizado con vicio en el consentimiento a la AFP PORVENIR, el 7 de noviembre de 2017 solicitó a la AFP le informara porque no le comunicó el impacto negativo que tuvo hacer el traslado de régimen pensional; presentó otras peticiones y a COLPENSIONES sobre el traslado de régimen y obtuvo respuesta negativa.

COLPENSIONES contestó la demanda, se opuso a las pretensiones formuladas en su contra, porque en el expediente no obra prueba alguna de que efectivamente la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP o de que se este en presencia de un vicio del consentimiento, tampoco se evidencia nota de protesta o anotación alguna de la que se pueda inferir con probabilidad de certeza que hubo inconformidad por parte del demandante, al contrario se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho y que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria. Adicionalmente, no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062-2010, ni procede el traslado de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Presentó las excepciones de mérito de: errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, 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, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de COLPENSIONES, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria e innominada o genérica.

PORVENIR contestó la demanda con oposición a las pretensiones porque la vinculación del demandante es completamente válida por cuanto se le brindó la información pertinente y necesaria, ya que estuvo precedida de una asesoría oportuna, profesional, informada y con elementos de juicio objetivos, para la toma de una decisión lo más informada posible de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. La parte demandante no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia de la afiliación por lo cual se encuentra válidamente afiliado al RAIS. Aunado a que no es viable, transcurridos 21 años del traslado inicial de régimen

pensional, la voluntad de retornar al RPM cuando teniendo la posibilidad del retracto no lo hizo y continuó realizando sus aportes al RAIS.

Presentó las excepciones de mérito de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral de Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 21 de enero de 2022, declaró la ineficacia del traslado efectuado por el Demandante al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP PORVENIR y como consecuencia ordenó trasladar a COLPENSIONES todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos. Condenó a PORVENIR a pagar con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión de la actora por los gastos de administración, conforme al tiempo que éste permaneció afiliado. condenó a COLPENSIONES a afiliarse en el RPM al demandante y recibir todos los aportes que hubiese efectuado a PORVENIR. Condenó en costas a PORVENIR y señaló como agencias en derecho la suma de \$1.000.000= y absolvió de las demás pretensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación:

DEMANDANTE: recurso parcial sobre la decisión absolutoria que no condenó al reconocimiento de la pensión de vejez ni reconoció el retroactivo pensional.

PORVENIR S.A.: presenta recurso con el objeto de que se revoque de manera total la sentencia de primera instancia porque el traslado es válido y eficaz lo cual se demuestra con el formulario de vinculación que para el momento del traslado era el único documento exigible y se debe respetar el principio de irretroactividad de la ley, porque no es dable la aplicación de leyes posteriores a hechos anteriores a su vigencia, ya que las leyes anteriores permitían la asesoría verbal para el traslado de régimen. No hay lugar a la devolución de los gastos de administración porque es contradictoria la sentencia ya que al dejar sin efectos la vinculación al RAIS el demandante no tendría derecho a los rendimientos que se generaron por la correcta administración de los aportes.

COLPENSIONES: con el objeto de que se revoque la sentencia porque el precedente se debe aplicar a cada caso en concreto y el demandante no cumple con los presupuestos de las sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no hay lugar a ordenar un eventual derecho pensional hasta tanto no se reintegre la totalidad de los aportes al RPM. En caso de confirmarse la sentencia no le sea permitido a la AFP descontar dineros de los aportes del demandante. y respecto de la condena en costas.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, si no procede la condena de devolución de los gastos de administración, si no procede la condena en costas y si hay lugar a ordenar el reconocimiento de la pensión.

Elementos de prueba relevantes:

- Fotocopia de la cédula de ciudadanía, nació el 24 de enero de 1957.
- Derechos de petición a PORVENIR y COLPENSIONES, y respuestas.
- Reporte semanas cotizadas COLPENSIONES, 360,57 semanas.
- Solicitud de vinculación o traslado a PORVENIR de 29 de febrero de 2000.
- Relación histórica de movimientos en PORVENIR.
- Reporte SIAFP.
- Historia bono pensional, 427 semanas con observación.
- Comunicados de prensa.

Caso Concreto

Los apoderados de la parte demandada presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma, porque el deber de información se cumplió en los términos de las normas vigentes para la fecha del traslado, adicionalmente, COLPENSIONES argumenta no debe ser condenada en costas y PORVENIR señala que no se debe ordenar la devolución de los gastos de administración. La parte demandante señala que se debe ordenar el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES.

La sala no se pronunciará respecto del argumento de apelación de COLPENSIONES sobre la imposición de costas, dado que como lo aclaró el juez de primera instancia tal condena no se impuso a COLPENSIONES.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la parte demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 360.57 semanas cotizadas en el Instituto de Seguros Sociales y 43 años de edad para la fecha del traslado de régimen pensional, no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 55 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que el traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Ahora, respecto de la excepción presentada por COLPENSIONES sobre la descapitalización del sistema que administra esa entidad, es de anotar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la 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: *“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, cuando consideró que: "... 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, cuando 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 y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, 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 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 1º. 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.

Las anteriores razones, serían suficientes para revocar la sentencia de primera instancia porque la decisión vulnera principios constitucionales y legales del sistema de seguridad social en pensiones, pero adicionalmente se ha de tener en cuenta que la juez de primera instancia sustenta su decisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, para declarar la ineficacia en sentido estricto por falta de información al momento del traslado.

La construcción jurisprudencial y reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la parte 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), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene

en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

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.

Obsérvese 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.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto 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, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

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.

De otro lado, no se puede desconocer que la razón genuina para promover la presente acción se contrae en la inconformidad de la parte demandante sobre el monto de la posible mesada pensional, lo cual se deduce de los hechos de la demanda que hacen referencia a que si hubiera permanecido en el RPM obtendría una pensión con una tasa de reemplazo del 90% del promedio de lo cotizado en los últimos diez años.

Respecto de esa conclusión, es de anotar que no tiene la connotación para declarar ineficaz el traslado porque 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 2000, porque no era un requisito exigido por la ley.

Por lo anterior, no sería viable declarar la ineficacia del traslado.

No obstante, no se puede desconocer que la Sala de Casación Laboral y Penal, han 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, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL

11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público....”

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

“(...) [...] la información necesaria implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y

desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

Lo anterior, con el fin de lograr la mayor transparencia, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).»

Sobre la carga de la prueba de consentimiento informado, señaló:

“En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.

En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo. ... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).»

Y respecto de que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, indicó que,

“en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas.”

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial se CONFIRMARA la decisión de primera instancia.

Frente al punto de apelación de la AFP PORVENIR S.A., relacionado con la condena por devolución de los **gastos de administración**, es de anotar que se debe indicar que 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 y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a confirmar la decisión por las mismas razones jurisprudenciales.

Respecto del punto de apelación de la parte demandante relacionado con el reconocimiento de la pensión a cargo de COLPENSIONES es de anotar que revisado el expediente no se encuentra elementos de prueba que den lugar a emitir la condena en ese sentido, ya que si bien se cuenta con copia del documento de identidad no se puede decir lo mismo respecto de la totalidad de semanas cotizadas y los salarios base de dichas cotizaciones; por lo que le corresponderá a COLPENSIONES una vez que PORVENIR devuelva los emolumentos señalados en la sentencia de primera instancia la que deberá actualizar la historia pensional y determinar sobre la viabilidad del reconocimiento de la pensión, sin que se pueda tener en cuenta como fecha de exigibilidad de la pensión el derecho de petición presentado el 3 de febrero de 2021 por el demandante, esto es, con fecha posterior a la presentación de la demanda porque para esa data COLPENSIONES no era la entidad administradora de pensiones responsable del reconocimiento de la pensión.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por no encontrarse comprobadas de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

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 21 de enero de 2022, por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas

SEGUNDO: Sin Costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
Aclaración voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO

ACLARACIÓN DE VOTO

Magistrada ponente: Ángela Lucía Murillo Varón

Radicación n° 11001 31 05 035 2020 00272 01

De: CESAR ANTONIO VILAR VESGA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.

Aunque comparto el sentido de la sentencia, en tanto se confirma la declaración de ineficacia del traslado, estimo necesario aclarar mi voto. Ello obedece a que a pesar de que se invoca el precedente de la Sala de Casación Laboral y se decide «*en aplicación*» al mismo, a lo largo de la providencia se desarrolla una tesis contraria a la doctrina del órgano de cierre; la única circunstancia que motiva lo resuelto, es que las Salas de Casación Laboral y Penal, por vía de tutela, han dejado sin efectos algunos fallos proferidos por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia.

En mi sentir, el proveído carece de congruencia, por cuanto el abordaje dado a la problemática planteada, no soporta el peso de lo resuelto. Me asiste el convencimiento de que la plena sujeción a las enseñanzas jurisprudenciales, impone desarrollar las temáticas propuestas en la apelación, y las que surjan en virtud del grado jurisdiccional de consulta, a la luz de lo ya decantado, pues para exponer lo contrario existen otros mecanismos como la aclaración de la ponencia.


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: NANCY MARÍA ECHEVERRI TORRES

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y PORVENIR

RADICACIÓN: 11001 31 05 035 2021 00225 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de mayo de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, 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 el recurso de apelación presentado por el apoderado de COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. contra la sentencia proferida el 18 de febrero de 2022, por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que existió omisión al deber de información a cargo de PORVENIR S.A. en su afiliación, que no brindó una información, clara, suficiente, oportuna sobre las consecuencias del traslado, en consecuencia, la ineficacia del formulario de afiliación suscrito mediante el cual se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que para efectos pensionales continúa afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, se condene a PORVENIR a la devolución de los aportes al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, a lo ultra y extra petita y al pago de costas y agencias en derecho.

Como sustento de las pretensiones, señaló que: nació el 20 de agosto de 1957, empezó a cotizar en el régimen de prima media con solidaridad desde el 17 de mayo de 1988, a principios del año 1995 se encontraba en su lugar de trabajo cuando fue visitada por promotores de la AFP PORVENIR S.A., el asesor no le suministró información suficiente, objetiva y clara al momento de realizar la afiliación, le informó que el ISS se acabaría que la pensión se iba a perder junto con lo cotizado lo que le causó zozobra, el fondo PORVENIR le proyecta un monto de mesada pensional de \$908.526 y COLPENSIONES le proyecta una mesada de \$4.183.640 siendo más favorable; solicitó a COLPENSIONES y a PORVENIR la ineficacia del traslado.

PORVENIR contestó la demanda con oposición a las pretensiones en las que se pretenda recaer cualquier tipo de consecuencia jurídica o económica porque la demandante al momento de suscribir el formulario lo hizo de forma libre, espontánea y completamente informada, pues recibió asesoría de manera verbal con la información suficiente y necesaria para atender las condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrearía tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional. La demandante no acredita vicios del consentimiento. No se debe imponer cargas adicionales que no estaban a cargo de la AFP porque solo hasta el 2010 se adquirió la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general.

Presentó las excepciones de fondo de: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

COLPENSIONES contestó la demanda, se opuso a las pretensiones formuladas en su contra, porque en el expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP o de que se este en presencia de algún vicio del consentimiento, así mismo, no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad de la demandante, al contrario se observa documentales sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimiento o presiones indebidas, igualmente no se cumplen los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010 y no procedería el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Presentó las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, 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.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 18 de febrero de 2022, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad con la AFP PORVENIR S.A., y, como consecuencia, ordenó a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos. Condenó a PORVENIR a pagar con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión por los gastos de administración, conforme al tiempo que permaneció la demandante afiliada en el fondo privado. Ordenó a COLPENSIONES a afiliarse a la demandante al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que hubiese efectuado en PORVENIR. Condenó en costas a PORVENIR fijó como agencias en derecho la suma de \$1.000.0000.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación respecto de los siguientes puntos:

COLPENSIONES: argumenta que la decisión de ineficacia del traslado quebranta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, atenta el erario público aunado que el interés general debe primar sobre el interés particular; en caso de confirmarse la sentencia se ordene la elaboración del cálculo actuarial para determinar el monto en que se desfinancia el régimen.

PORVENIR S.A.: recurre la sentencia porque no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia ni la nulidad ya que la entidad cumplió con las condiciones y obligaciones para el traslado. No se debe aplicar de manera retroactiva las normas recientes sobre el deber de información. Tampoco procede la devolución de los gastos de administración, porque fueron descontados en cumplimiento de un deber legal que establece esa obligación para sufragar los porcentajes para el fondo de garantía de pensión mínima, seguros previsionales, de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron sendos escritos de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y si no procede la condena de devolución de los gastos de administración.

Elementos de prueba relevantes:

- Copia de la cédula de ciudadanía, nació el 20 de agosto de 1957.
- Derechos de petición a COPENSIONES y PORVENIR,
- Historia laboral consolidada.
- Reporte semanas cotizadas a COLPENSIONES, 83,57 semanas.
- Historia laboral consolidada PORVENIR.
- Relación histórica de movimientos de PORVENIR.
- Certificado de afiliación a PORVENIR, 1 de marzo de 1995.
- Formulario de solicitud de afiliación a fondo de pensiones voluntarias BBVA HORIZONTE.
- Solicitud de vinculación a PORVENIR el 2 de mayo de 1997.
- Historia bono pensional.
- Reporte SIAFP.
- Comunicados de prensa.
- Expediente administrativo
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

Los apoderados de la parte demandada presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, COLPENSIONES con el objeto de que se revoque la misma porque se vulnera el principio de sostenibilidad, financiera, PORVENIR cumplió con sus obligaciones respecto del deber de información y considera que no procede la devolución de los gastos de administración.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 83,57 semanas cotizadas y 38 años de edad para la fecha del traslado de régimen pensional, no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones

contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 50 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que reconoció en el interrogatorio que la firma del formulario fue de manera libre.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que el traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Ahora, respecto del argumento de defensa presentado por COLPENSIONES sobre la inobservancia del requisito de los principios de sostenibilidad financiera, universalidad y eficiencia del régimen de pensiones, es de anotar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la 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: *“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, cuando consideró que: “... 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, cuando 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 y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, 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 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 1º. 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.

Las anteriores razones, serían suficientes para revocar la sentencia de primera instancia porque la decisión vulnera principios constitucionales y legales del sistema de seguridad social en pensiones, pero adicionalmente se ha de tener en cuenta que la juez de primera instancia sustenta su decisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, para declarar la ineficacia en sentido estricto por falta de información al momento del traslado.

La construcción jurisprudencial y reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la parte 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), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

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.

Obsérvese 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 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 no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto 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, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

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.

De otro lado, no se puede desconocer que la razón genuina para promover la presente acción se contrae en la inconformidad de la parte demandante sobre el monto de la posible mesada pensional, lo cual se deduce de los hechos de la demanda que hacen referencia a las mesadas pensionales entre los dos regímenes y lo expuesto en el interrogatorio de parte en el que indica que personas de la Contraloría dijeron que el monto de la pensión era muy pequeño e intentó regresar a COLPENSIONES pero le dieron una respuesta negativa.

Respecto de esa conclusión, es de anotar que no tiene la connotación para declarar ineficaz el traslado porque 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 1995, porque no era un requisito exigido por la ley.

Por lo anterior, no sería viable la ineficacia del traslado.

No obstante, no se puede desconocer que la Sala de Casación Laboral y Penal, han 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, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público....”

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

“(...) [...] la información necesaria implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

Lo anterior, con el fin de lograr la mayor transparencia, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).”

Sobre la carga de la prueba de consentimiento informado, señaló:

“En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.

En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo. ... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).”

Y respecto de que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, indicó que,

“en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas.”

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial se CONFIRMARA la decisión de primera instancia.

Frente al punto de apelación de la AFP COLFONDOS S.A., relacionado con la condena por devolución de los **gastos de administración**, es de anotar que se debe indicar que 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 y las primas de seguros previsionales, sumas

debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a confirmar la decisión por las mismas razones jurisprudenciales.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por no encontrarse comprobadas de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

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 18 de febrero de 2022, por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin Costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
Aclaración voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO

ACLARACIÓN DE VOTO

Magistrada ponente: Ángela Lucía Murillo Varón

Radicación n° 11001 31 05 035 2021 00225 01

**De: NANCY MARÍA ECHEVERRI TORRES contra
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES y PORVENIR**

Aunque comparto el sentido de la sentencia, en tanto se confirma la declaración de ineficacia del traslado, estimo necesario aclarar mi voto. Ello obedece a que a pesar de que se invoca el precedente de la Sala de Casación Laboral y se decide «*en aplicación*» al mismo, a lo largo de la providencia se desarrolla una tesis contraria a la doctrina del órgano de cierre; la única circunstancia que motiva lo resuelto, es que las Salas de Casación Laboral y Penal, por vía de tutela, han dejado sin efectos algunos fallos proferidos por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia.

En mi sentir, el proveído carece de congruencia, por cuanto el abordaje dado a la problemática planteada, no soporta el peso de lo resuelto. Me asiste el convencimiento de que la plena sujeción a las enseñanzas jurisprudenciales, impone desarrollar las temáticas propuestas en la apelación, y las que surjan en virtud del grado jurisdiccional de consulta, a la luz de lo ya decantado, pues para exponer lo contrario existen otros mecanismos como la aclaración de la ponencia.


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: BEATRIZ ELVIRA MARTINEZ CARBONELL

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 036 2019 00783 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de mayo de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, 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 el recurso de apelación presentado por el apoderado de COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. contra la sentencia proferida el 24 de febrero de 2022, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad de la afiliación a PORVENIR el 2 de marzo de 1999 por medio de la cual se trasladó del régimen solidario de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES; Declárese la libertad de afiliarse al régimen de prima media con prestación definida al declararse la nulidad de la afiliación; se condene a COLPENSIONES a recibirla como afiliado cotizante, a PORVENIR a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación tales como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y hacer

el respectivo traslado a COLPENSIONES, condenar en costas procesales a las demandadas y lo ultra y extrapetita.

Sustentó las pretensiones de la demanda en que: nació el 25 de octubre de 1957, empezó su vida laboral el 20 de junio de 1986; se afilió al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES; el 2 de marzo de 1999, se trasladó a PORVENIR, el asesor de PORVENIR le ofreció el beneficio de pensionarse a más temprana edad y la manifestación de que el ISS iba a ser liquidado y los aportes realizados estarían en riesgo, que el monto de la pensión sería más alto; no se le brindó información clara y suficiente respecto de las implicaciones que se darían por su traslado de régimen, no se le envió comunicación que estaba a unos días para vencerse el plazo del rango para tomar la mejor decisión de pensionarse con el régimen que considerara más conveniente; la AFP PORVENIR realizó la proyección de la pensión indicándole que tendría una mesada de \$781.242 a la edad de 57 años y en COLPENSIONES tendía una mesada del 90% del ingreso base de cotización tomando como punto de referencia los últimos diez años cotizado; solicitó el traslado a COLPENSIONES y la entidad le contestó de manera negativa.

PORVENIR contestó la demanda con oposición a las pretensiones porque la vinculación de la demandante fue producto de una decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento público en el que se observa la declaración escrita que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico, de conformidad con los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54A del CPT. Por lo que no es procedente la declaración de nulidad por cuanto no existieron vicios en el consentimiento, tampoco se evidencia causa y objetos ilícitos. Aunado a que aplica la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Presentó las excepciones de mérito de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

COLPENSIONES contestó la demanda, se opuso a las pretensiones formuladas en su contra, porque le corresponde a la demandante acreditar que el consentimiento se vio viciado por la omisión de la información en la que pudo incurrir el asesor comercial del fondo privado al momento de la suscripción del formulario de afiliación. Por cuanto ante COLPENSIONES el traslado de régimen fue válido y no hay lugar a declarar la ineficacia o nulidad del traslado y como consecuencia recibir nuevamente a la demandante en el

régimen de prima media con prestación definida. Aunado la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993 haciéndose imposible para COLPENSIONES tenerla como afiliada al RPM pues tal situación contravendría no solo disposiciones de carácter legal sino también se encontraría en contravención del principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema lo que acarrearía una descapitalización del fondo común administrado por COLPENSIONES.

Presentó las excepciones de mérito de: la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción e innominada o genérica.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 24 de febrero de 2022, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad que se hizo efectivo el 2 de marzo de 1999 a través de PORVENIR. Ordenó a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, incluidos el costo de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser entregadas debidamente indexadas a la fecha de su pago. Ordenó a COLPENSIONES a recibir e imputar una vez recibidos los aportes a la historia laboral de la demandante, declaró no probada la excepción de prescripción. Condenó en costas a las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación respecto de los siguientes puntos:

COLPENSIONES: el deber de información se debió analizar en concordancia con las normas vigentes para la época de traslado, fecha para la que el único documento exigido era el formulario de vinculación el cual se acredita en el expediente; aunado a que la vinculación al régimen de ahorro individual se

encuentra ratificada por la permanencia en el fondo, la demandante no se acercó a COLPENSIONES antes el ISS a verificar la información que le fue entregada lo cual es prueba de su falta de cuidado. No se debe imponer costas a COLPENSIONES porque ha sido vinculada al proceso para que la demandante se afilie a esta entidad, pero no porque haya incumplido con sus obligaciones.

PORVENIR S.A: señala que para la época en que se generó el traslado, la administradora dio la información de acuerdo con las normas vigentes, esto es, de manera verbal, porque así se realizaba antes del año 2014. No procede la condena sobre devolución de los gastos de administración indexados, porque en el régimen de prima media también se generan los mismos, aunado a que la ley los destina para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivencia, lo único a lo que habría lugar a devolver serían los aportes y los rendimientos. Aunado a que su devolución genera un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES. Respecto de los gastos de administración se debe aplicar la excepción de prescripción porque no hacen parte del capital para financiar la pensión.

ALEGACIONES

Los apoderados de la parte demandada PORVENIR y COLPENSIONES presentaron sendos escritos de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y si no procede la condena de devolución de los gastos de administración, y en caso afirmativo si operó la prescripción.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 29, copia de la cédula de ciudadanía, nació el 21 de septiembre de 1961.
- A folios 30-37, reclamaciones administrativas y respuestas.
- A folio 38-43, historia laboral consolidada en PORVENIR.
- A folio 44-47, simulación pensional.
- A folio 48, solicitud de vinculación a PORVENIR el 2 de marzo de 1999.
- Reporte SIAFP.
- Solicitud vinculación pensiones voluntarias de 31 de mayo de 1999.

- Comunicados de prensa.
- Historia laboral bono pensional.
- Expediente administrativo.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

Los apoderados de la parte demandada presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma, porque el deber de información se cumplió en los términos de las normas vigentes para la fecha del traslado, adicionalmente, COLPENSIONES argumenta no debe ser condenada en costas y PORVENIR señala que no se debe ordenar la devolución de los gastos de administración, respecto de los cuales procede aplicar la excepción de prescripción.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 412,86 semanas cotizadas, según historia de bono pensional sujeta a revisión y 37 años de edad para la fecha del traslado de régimen pensional, teniendo en cuenta la fecha de nacimiento que se registra en la copia de la cédula y no los hechos de la demanda, no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 50 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que reconoció en el interrogatorio que su vinculación a PORVENIR fue libre.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que el traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Ahora, respecto del argumento de defensa presentado por COLPENSIONES sobre la inobservancia del requisito de sostenibilidad financiera, es de anotar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de

pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la 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: *“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, cuando consideró que: *“... 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, cuando 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 y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, 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 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 1º. 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.

Las anteriores razones, serían suficientes para revocar la sentencia de primera instancia porque la decisión vulnera principios constitucionales y legales del sistema de seguridad social en pensiones, pero adicionalmente se ha de tener en cuenta que la juez de primera instancia sustenta su decisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, para declarar la ineficacia en sentido estricto por falta de información al momento del traslado.

La construcción jurisprudencial y reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la parte 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), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

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.

Obsérvese 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 reconocida en el interrogatorio de parte, 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 no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto 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, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

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.

De otro lado, no se puede desconocer que la razón genuina para promover la presente acción se contrae en la inconformidad de la parte demandante sobre el monto de la posible mesada pensional, lo cual se deduce de los hechos de la demanda que hacen referencia a las mesadas pensionales entre los dos regímenes y lo expuesto en el interrogatorio de parte en el que indica que hace cuatro años se acercó a PORVENIR y se dio cuenta que la mesada pensional era inferior a la que recibiría en COLPENSIONES, no se podía pensionar anticipadamente ni tampoco retornar a COLPENSIONES porque le faltaban menos de diez años para tener la edad de pensión.

Respecto de esa conclusión, es de anotar que no tiene la connotación para declarar ineficaz el traslado porque 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.

Por lo anterior, no sería viable declarar la ineficacia del traslado.

No obstante, no se puede desconocer que la Sala de Casación Laboral y Penal, han 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, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras,

cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público....”

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

“(...) [...] la información necesaria implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

Lo anterior, con el fin de lograr la mayor transparencia, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).”

Sobre la carga de la prueba de consentimiento informado, señaló:

“En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.

En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo. ... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).”

Y respecto de que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, indicó que,

“en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas.”

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial se CONFIRMARA la decisión de primera instancia.

Frente al punto de apelación de la AFP PORVENIR S.A., relacionado con la condena por devolución de los **gastos de administración y su prescripción**, es de anotar que se debe indicar que 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 y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), aunado a que por ser la vinculación al régimen de pensiones un tema relacionado con el derecho a la pensión se considera que es imprescriptible, y, en consecuencia, hay lugar a confirmar la decisión por las mismas razones jurisprudenciales.

En relación con el argumento del recurso de apelación respecto de las costas, es de anotar que las mismas son impuestas a la parte vencida en juicio, aunado a que si el juez de primera instancia las encontró acreditadas hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por no encontrarse comprobadas de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

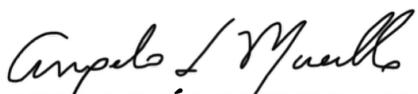
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de febrero de 2022, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas

SEGUNDO: Sin Costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
Aclaración voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO

ACLARACIÓN DE VOTO

Magistrada ponente: Ángela Lucía Murillo Varón

Radicación n° 11001 31 05 036 2019 00783 01

De: BEATRIZ ELVIRA MARTINEZ CARBONELL contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.

Aunque comparto el sentido de la sentencia, en tanto se confirma la declaración de ineficacia del traslado, estimo necesario aclarar mi voto. Ello obedece a que a pesar de que se invoca el precedente de la Sala de Casación Laboral y se decide «*en aplicación*» al mismo, a lo largo de la providencia se desarrolla una tesis contraria a la doctrina del órgano de cierre; la única circunstancia que motiva lo resuelto, es que las Salas de Casación Laboral y Penal, por vía de tutela, han dejado sin efectos algunos fallos proferidos por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia.

En mi sentir, el proveído carece de congruencia, por cuanto el abordaje dado a la problemática planteada, no soporta el peso de lo resuelto. Me asiste el convencimiento de que la plena sujeción a las enseñanzas jurisprudenciales, impone desarrollar las temáticas propuestas en la apelación, y las que surjan en virtud del grado jurisdiccional de consulta, a la luz de lo ya decantado, pues para exponer lo contrario existen otros mecanismos como la aclaración de la ponencia.


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LIGIA HELENA MEDINA PINZÓN

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍA S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 036 2021 00364 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de mayo de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, 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 el recurso de apelación presentado por el apoderado de COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. contra la sentencia proferida el 2 de febrero de 2022, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia o nulidad del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS realizado del ISS hoy COLPENSIONES a COLFONDOS el 13 de julio de 1998. Que COLFONDOS incurrió en la omisión del deber de información, clara, precisa, oportuna y detallada que tienen las administradoras de fondos de pensiones. Que debe ser afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. En consecuencia, se condene a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes cotizados, ahorros, cotizaciones, bonos pensionales, y sumas adicionales de la aseguradora, junto con los rendimientos y demás valores causados; a COLPENSIONES a recibirla en el régimen de prima media,

los aportes cotizados y tenerla como su afiliada sin solución de continuidad desde el 26 de noviembre de 1984. Se condene a COLFONDOS a devolver la totalidad de los gastos de administración; a las demandadas al reconocimiento y pago de los derechos laborales y pensionales que resulten probados en uso de las facultades ultra y extra petita; al pago de los gastos procesales y agencias en derecho.

Como sustento de las pretensiones, señaló que: nació el 22 de julio de 1959, comenzó a cotizar al ISS el 26 de noviembre de 1984 y permaneció allí hasta el 30 de julio de 1998, se trasladó a COLFONDOS el 13 de julio de 1998 quedando efectivo el traslado el 1 de agosto del mismo año, los funcionarios de COLFONDOS que la asesoraron para su vinculación no le informaron de manera clara, comprensible, precisa, oportuna y detallada acerca de los riesgos, desventajas, ni que la mesada pensional sería inferior a la que recibiría COLPENSIONES, solicitó a COLFONDOS la realización de una proyección de la pensión y en el fondo privado la mesada correspondería a \$1.340.000 y en COLPENSIONES de \$3.911.052; presentó derechos de petición a las demandadas solicitando la invalidación o ineficacia de la afiliación al fondo privado y obtuvo respuestas negativas.

COLFONDOS contestó la demanda con oposición a las pretensiones en las que se le involucre porque la afiliación de la demandante al RAIS se presentó en virtud del derecho de la demandante de escoger libremente el fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el RAIS su elección. Los asesores comerciales de COLFONDOS brindaron una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado, las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre los regímenes, ventajas y desventajas entre uno y otro, por lo que no se puede concluir que el traslado sea nulo porque cumplió con todos los presupuestos de ley.

Presentó las excepciones de fondo de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación.

COLPENSIONES contestó la demanda, se opuso a las pretensiones formuladas en su contra, porque si bien desconoce las circunstancias en que se efectuó el traslado de régimen de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no se puede desconocer que para el perfeccionamiento medio consenso sobre la información ofrecida por el asesor

de COLFONDOS respecto de las condiciones, beneficios y requisitos para afiliarse al RAIS y su aceptación fue libre, consciente y voluntaria, como quiera que no hay prueba que demuestre vicios del consentimiento que invalide el traslado, la vinculación es eficaz y produce efectos jurídicos, mas aun cuando la accionante no hizo uso de la figura de retracto. Aunado a lo anterior, la demandante no es beneficiaria del régimen de transición por lo que no es aplicable el precedente jurisprudencial, la inconformidad de la demandante radica en la diferencia entre el monto pensional que podría recibir en los regímenes pensionales, lo que generaría la existencia de un error de derecho que no vicia el consentimiento, y la demandante se encuentra incurso en la prohibición de traslado consagrada en la Ley 797 de 2003.

Presentó las excepciones de: la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen; falta de causa para pedir; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 1 de 2004 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política); buena fe de COLPENSIONES; cobro de lo no debido; presunción de legalidad de los Actos Jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; aplicabilidad de la sentencia SL 373 de 2021 para quienes consolidaron su derecho en el RAIS; prescripción e innominada o genérica.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 2 de febrero de 2022, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad que se hizo efectivo el 13 de julio de 1998, a través de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS. Ordenó a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, incluidos el costo de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser entregadas debidamente indexadas a la fecha de su pago. Ordenó a COLPENSIONES a recibir e imputar una vez recibidos los aportes a la historia laboral de la demandante, declaró no probada la excepción de prescripción. Condenó en costas a las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación respecto de los siguientes puntos:

COLPENSIONES: argumenta que la vinculación realizada por la demandante en el año 1998 es eficaz por lo que se debe revocar la sentencia de primera instancia, en la medida que la demandante recibió la información exigida de los fondos, se revoque las costas a cargo de esa entidad porque no actuó en el acto del traslado, fue un acto de terceros que no le debe afectar a la entidad; con la decisión de primera instancia se afecta los principios de sostenibilidad financiera, universalidad y eficiencia del sistema que debe ser preservado.

COLFONDOS S.A.: recurre la sentencia de manera parcial, respecto de la condena de devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, primas y comisiones porque tales conceptos se encuentran regulados por la ley con una destinación específica, el porcentaje que se utiliza para la administración es el que permite la generación de los rendimientos de la cuenta de la demandante, y en el presente caso no se acredita que los aportes hubieren sido afectados; tampoco hay lugar a la indexación porque los rendimientos han evitado la devaluación de la moneda. También recurre la sentencia respecto de la condena en costas.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes demandante y demandada COLPENSIONES presentaron sendos escritos de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y si no procede la condena de devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, primas y comisiones.

Elementos de prueba relevantes:

- Reporte de días acreditados expedido por COLFONDOS.
- Certificado de afiliación a COLFONDOS.
- Copia de la cédula de ciudadanía, nació el 22 de julio de 1959.
- Historial de vinculaciones.
- Formulario de solicitud de vinculación de 13 de julio de 1998.
- Comunicados de prensa.
- Expediente administrativo

- Reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES, 366 semanas.
- Derechos de petición y respuestas.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

Los apoderados de la parte demandada presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, COLPENSIONES con el objeto de que se revoque la misma porque se vulneran los principios de sostenibilidad, universalidad y eficiencia del sistema de pensiones, el traslado de régimen realizado por la demandante es eficaz y no procede la condena en costas. COLFONDOS considera que no procede la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, primas, comisiones, de manera indexada ni hay lugar a la condena en costas el deber de información se cumplió en los términos de las normas vigentes.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 366 semanas cotizadas y 38 años de edad para la fecha del traslado de régimen pensional, no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 50 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que reconoció en el interrogatorio que la firma del formulario fue de manera libre.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que el traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Ahora, respecto del argumento de defensa presentado por COLPENSIONES sobre la inobservancia del requisito de los principios de sostenibilidad financiera, universalidad y eficiencia del régimen de pensiones, es de anotar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de

pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la 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: *“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, cuando consideró que: *“... 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, cuando 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 y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, 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 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 1º. 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.

Las anteriores razones, serían suficientes para revocar la sentencia de primera instancia porque la decisión vulnera principios constitucionales y legales del sistema de seguridad social en pensiones, pero adicionalmente se ha de tener en cuenta que la juez de primera instancia sustenta su decisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, para declarar la ineficacia en sentido estricto por falta de información al momento del traslado.

La construcción jurisprudencial y reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la parte 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), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

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.

Obsérvese 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 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 no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto 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, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

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.

De otro lado, no se puede desconocer que la razón genuina para promover la presente acción se contrae en la inconformidad de la parte demandante sobre el monto de la posible mesada pensional, lo cual se deduce de los hechos de la demanda que hacen referencia a las mesadas pensionales entre los dos regímenes y lo expuesto en el interrogatorio de parte en el que indica que personas de la Contraloría dijeron que el monto de la pensión era muy pequeño e intentó regresar a COLPENSIONES pero le dieron una respuesta negativa.

Respecto de esa conclusión, es de anotar que no tiene la connotación para declarar ineficaz el traslado porque 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 1998, porque no era un requisito exigido por la ley.

Por lo anterior, no sería viable la ineficacia del traslado.

No obstante, no se puede desconocer que la Sala de Casación Laboral y Penal, han 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, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su

funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público....”

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

“(...) [...] la información necesaria implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

Lo anterior, con el fin de lograr la mayor transparencia, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definatorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).”

Sobre la carga de la prueba de consentimiento informado, señaló:

“En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.

En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo. ... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).”

Y respecto de que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, indicó que,

“en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas.”

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial se CONFIRMARA la decisión de primera instancia.

Frente al punto de apelación de la AFP COLFONDOS S.A., relacionado con la condena por devolución de los **gastos de administración seguros previsionales, primas, comisiones y su indexación**, es de anotar que se debe indicar que 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 y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), y, en consecuencia, hay lugar a confirmar la decisión por las mismas razones jurisprudenciales.

En relación con el argumento del recurso de apelación respecto de las costas, es de anotar que las mismas son impuestas a la parte vencida en juicio, aunado a que si el juez de primera instancia las encontró acreditadas hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por no encontrarse comprobadas de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

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 2 de febrero de 2022, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas

SEGUNDO: Sin Costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
Aclaración voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

SALVO VOTO

ACLARACIÓN DE VOTO

Magistrada ponente: Ángela Lucía Murillo Varón

Radicación n° 11001 31 05 036 2021 00364 01

De: LIGIA HELENA MEDINA PINZÓN contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍA S.A.

Aunque comparto el sentido de la sentencia, en tanto se confirma la declaración de ineficacia del traslado, estimo necesario aclarar mi voto. Ello obedece a que a pesar de que se invoca el precedente de la Sala de Casación Laboral y se decide «*en aplicación*» al mismo, a lo largo de la providencia se desarrolla una tesis contraria a la doctrina del órgano de cierre; la única circunstancia que motiva lo resuelto, es que las Salas de Casación Laboral y Penal, por vía de tutela, han dejado sin efectos algunos fallos proferidos por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia.

En mi sentir, el proveído carece de congruencia, por cuanto el abordaje dado a la problemática planteada, no soporta el peso de lo resuelto. Me asiste el convencimiento de que la plena sujeción a las enseñanzas jurisprudenciales, impone desarrollar las temáticas propuestas en la apelación, y las que surjan en virtud del grado jurisdiccional de consulta, a la luz de lo ya decantado, pues para exponer lo contrario existen otros mecanismos como la aclaración de la ponencia.


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JOHANNA MARCELA TORRES ALVAREZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 037 2019 00838 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de mayo de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, 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 el recurso de apelación presentado por el apoderado de COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. contra la sentencia proferida el 29 de noviembre de 2021, por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia de la vinculación, afiliación y/o traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad suscrita el 15 de marzo de 1996 a la AFP PORVENIR S.A. por la indebida, incompleta y engañosa información suministrada a la demandante al momento de la afiliación, lo cual le generó un error de hecho que vició su consentimiento. Que nunca ha efectuado un traslado válido, que siempre ha pertenecido al régimen de prima media con prestación definida en calidad de afiliada a COLPENSIONES, que en el régimen de Ahorro Individual tendría derecho a una pensión de vejez sobre un valor promedio a un salario mínimo

lo que le generaría un detrimento patrimonial superior a mil millones de pesos si se tiene en cuenta la expectativa de beneficio pensional como mínimo de 20 años. Se condene a PORVENIR a registrar en su sistema que la demandante no efectuó ninguna vinculación válida a dicha administradora por la indebida, incompleta y engañosa información suministrada, a COLPENSIONES a registrar y activar la afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, a PORVENIR a devolver la totalidad de los aportes, rendimientos, bonos pensionales, comisiones y gastos de administración existentes en la cuenta de ahorro individual; a COLPENSIONES a actualizar la historia laboral con las cotizaciones efectuadas; a los demás derechos que resulten probados y al pago de costas y agencias en derecho.

Sustentó las pretensiones de la demanda en nació el 28 de abril de 1970, se afilió al régimen de prima media el 17 de noviembre de 1987, a la fecha de radicación de la demanda acredita más de 1024 semanas cotizadas; suscribió formulario de vinculación o traslado a la AFP HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. el 15 de marzo de 1996; el asesor no le explicó de manera clara las implicaciones, condiciones del traslado; solicitó el 11 de julio de 2019 la nulidad e ineficacia del traslado y la proyección y / o simulación pensional en los dos regímenes y el resultado es una diferencia entre los dos de \$2.286.284.

PORVENIR contestó la demanda con oposición a las pretensiones porque la afiliación de la demandante con HORIZONTE en el año 1996 fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada tal como se aprecia en la solicitud de vinculación documento público en el que se observa la declaración escrita que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico, de conformidad con los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT. Aunado a que aplica la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Presentó las excepciones de mérito de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

COLPENSIONES contestó la demanda, se opuso a las pretensiones formuladas en su contra, porque el traslado se realizó con plena voluntad de la cotizante quien por decisión propia lo solicitó, suscribió los formularios para efectuarlo, voluntad que se vio ratificada con los más de 26 años que ha realizado cotizaciones al RAIS. Además, el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 establece la libre escogencia entre regímenes pensionales y la posibilidad de trasladarse una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial, sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el sistema pensional

se limitó este derecho cuando el afiliado le faltare 10 años o menos para alcanzar la edad a pensión.

Presentó las excepciones de mérito de: el error de derecho sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, innominada o genérica.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 29 de noviembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado que efectuó la demandante del régimen Solidario de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR el 15 de marzo de 1996; condenó a PORVENIR a transferir a COLPENSIONES todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual junto con bonos pensionales, rendimientos financieros, e igualmente, costos cobrados por administración; declaró no probadas las excepciones propuestas; condenó a PORVENIR en costas a favor de la demandante y fijó como agencias en derecho la suma equivalente a 1 smmlv.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación respecto de los siguientes puntos:

COLPENSIONES: la codemandada no desconoció el deber de información que debe ser analizado en concordancia con la fecha en que ocurrió el traslado esto es para el año 1996 y no con el alcance de las normas actualmente vigentes; la demandante incumplió con su deber de informarse ya que la norma que se aplica es de orden nacional y, en consecuencia, no puede alegar la ignorancia a la misma, aspirando de esa manera beneficiarse de su propia negligencia; no se acreditan en el expediente vicios del consentimiento, aunado a que se prueba la ratificación de la voluntad lo cual saneó cualquier vicio que existiere. La decisión afecta el principio constitucional de sostenibilidad financiera. Subsidiariamente, en caso de confirmarse la sentencia solicita se mantenga las condenas emitidas a cargo de PORVENIR y la absolución de la imposición de costas.

PORVENIR S.A.: argumenta en el recurso que no se dan las circunstancias que acrediten la nulidad e ineficacia, ya que la demandante acredita al momento de la vinculación con la AFP que tenía capacidad para decidir, aunado a que el único documento que se requería para la época era el formulario de vinculación como manifestación de la voluntad, que se ratificó

con la permanencia por más de 20 años. Adicionalmente, está probado que a la demandante se le informó la posibilidad de trasladarse de régimen antes de cumplir la edad límite que la hacía incurso en la prohibición legal con los documentos aportados y dirigidos a las direcciones electrónica y física reconocidas por la demandante.

ALEGACIONES

El apoderado de la parte demandada PORVENIR presentó escrito de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y si dicha decisión afecta el principio de sostenibilidad financiera.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 32, copia de la cédula de ciudadanía, nació el 28 de abril de 1970.
- A folio 38, solicitud de vinculación a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. el 15 de marzo de 1996.
- A folio 39, reporte SIAFP.
- A folio 40, certificación expedida por COLPENSIONES.
- A folio 41, certificado de no pensión emitida por COLPENSIONES.
- A folio 42-43, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES, 101,14 semanas.
- A folios 44-49, historia laboral consolidada PORVENIR.
- A folio 50-51, historia laboral bono pensional.
- A folios 52-77, 86-89, derechos de petición y respuestas.
- A folio 78-85, extractos.
- Formulario de vinculación a PORVENIR el 1 de febrero de 2006 al fondo de pensiones voluntarias.
- Comunicaciones sobre la fecha límite para traslado de régimen pensional.
- Relación histórica de movimientos en PORVENIR.
- Comunicados de prensa.
- Expediente administrativo COLPENSIONES.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

Los apoderados de la parte demandada presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma, porque no se acreditan las circunstancias o condiciones para declarar la ineficacia del traslado, aunado a que COLPENSIONES señala que se vulnera el principio de sostenibilidad financiera del Régimen Pensional.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 101,14 semanas cotizadas y 26 años de edad para la fecha del traslado de régimen pensional, no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 50 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que según su dicho firmó el formulario de vinculación.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que el traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Ahora, respecto del argumento del recurso de apelación presentado por COLPENSIONES sobre el hecho que la decisión de primera instancia afecta el principio de sostenibilidad financiera, es de anotar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la 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: *“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, cuando consideró que: "... 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, cuando 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 y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, 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 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 1º. 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.

Las anteriores razones, serían suficientes para revocar la sentencia de primera instancia porque la decisión vulnera principios constitucionales y legales del sistema de seguridad social en pensiones, pero adicionalmente se ha de tener en cuenta que la juez de primera instancia sustenta su decisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, para declarar la ineficacia en sentido estricto por falta de información al momento del traslado.

La construcción jurisprudencial y reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información

otorgada a la parte 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), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

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.

Obsérvese 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 reconocida en el interrogatorio de parte, 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 no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto 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, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

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.

De otro lado, no se puede desconocer que la razón genuina para promover la presente acción se contrae en la inconformidad sobre el monto de la posible mesada pensional, lo cual se deduce de los hechos de la demanda que hacen referencia a las diferencias de las mesadas pensionales entre los dos regímenes y el posible detrimento patrimonial que se pretendió fuera declarado.

Respecto de esa conclusión, es de anotar que no tiene la connotación para declarar ineficaz el traslado porque 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 1996, porque no era un requisito exigido por la ley.

Por lo anterior, no sería viable declarar la ineficacia del traslado.

No obstante, no se puede desconocer que la Sala de Casación Laboral y Penal, han 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, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público....”

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

“(...) [...] la información necesaria implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

Lo anterior, con el fin de lograr la mayor transparencia, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definatorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).”

Sobre la carga de la prueba de consentimiento informado, señaló:

“En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.

En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo. ... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).”

Y respecto de que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, indicó que,

“en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas.”

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial se CONFIRMARA la decisión de primera instancia.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por no encontrarse comprobadas de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

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 29 de noviembre de 2021, por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas

SEGUNDO: Sin Costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MÚRILLO VARÓN
Magistrada


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
Aclaración voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO

ACLARACIÓN DE VOTO

Magistrada ponente: Ángela Lucía Murillo Varón

Radicación n° 11001 31 05 037 2019 00838 01

De: JOHANNA MARCELA TORRES ALVAREZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.

Aunque comparto el sentido de la sentencia, en tanto se confirma la declaración de ineficacia del traslado, estimo necesario aclarar mi voto. Ello obedece a que a pesar de que se invoca el precedente de la Sala de Casación Laboral y se decide «*en aplicación*» al mismo, a lo largo de la providencia se desarrolla una tesis contraria a la doctrina del órgano de cierre; la única circunstancia que motiva lo resuelto, es que las Salas de Casación Laboral y Penal, por vía de tutela, han dejado sin efectos algunos fallos proferidos por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia.

En mi sentir, el proveído carece de congruencia, por cuanto el abordaje dado a la problemática planteada, no soporta el peso de lo resuelto. Me asiste el convencimiento de que la plena sujeción a las enseñanzas jurisprudenciales, impone desarrollar las temáticas propuestas en la apelación, y las que surjan en virtud del grado jurisdiccional de consulta, a la luz de lo ya decantado, pues para exponer lo contrario existen otros mecanismos como la aclaración de la ponencia.



LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada