



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARCELA GARCÍA MORALES** en contra de **COLPENSIONES, OLD MUTUAL SA y PORVENIR SA.**

EXP. 11001 31 05 013 2019 00027 01

Bogotá DC, treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida el 3 de septiembre de 2019, por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá DC, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare en el contrato de administración celebrado con Porvenir S.A., y Old Mutual S.A., existió un vicio del consentimiento porque en la etapa precontractual se le ocultó información sobre los riesgos que debía sumir cuando lo

suscribió, dado que no le indicó el valor de la mesada pensional, incurriendo la primera entidad en omisión en el deber de información; en consecuencia solicitó se declare nulo el traslado de régimen pensional, que se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones sin dejar de pertenecer al régimen de prima media con prestación definida, por ende Porvenir, está obligada a trasladar sus aportes a Colpensiones, y esta última a aceptarlos y registrarla como su afiliada (f.º 2 vto, 3).

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 11 de marzo de 1964; realizó aportes en el extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 4 de julio de 1990 al 30 de abril de 1994; el 19 de noviembre de 1997 se trasladó a Porvenir, sin haber obtenido información adecuada y completa acerca del cambio de régimen pensional y por presión del Banco de Occidente, donde trabajaba en esa época, ya que pertenecen al mismo grupo empresarial; se trasladó el 27 de agosto de 2008 a Skandia hoy Old Mutual y el 21 de abril de 2009, se regresó a Porvenir, sin que se le brindara alguna asesoría; nunca se elaboró una proyección pensional por lo que fue inducida en error y su consentimiento fue viciado, pues tampoco le indicó el período de gracia establecido en la Ley 797 y el Decreto 3800 de 2003; reclamó administrativamente el 14 de agosto de 2018, pero las entidades negaron la nulidad en la afiliación y el traslado a Colpensiones (f.º 3 y vto).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 25 de enero de 2019, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (f.º 44).

Colpensiones, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de prescripción, caducidad, cobro de lo no debido, y buena fe (f.º 49-51).

Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., en su defensa invocó la prescripción, cobro de lo no debido, ausencia de causa, inexistencia de la obligación, pago y buena fe (f.º 61-74).

Porvenir S.A., guardó silencio (f.º 84), al igual que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (f.º 45).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 3 de septiembre de 2019, absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra e impuso costas a cargo de la demandante, tras considerar que al aplicar la jurisprudencia al caso en concreto, se verificó que si bien las administradoras tienen la carga de demostrar el deber de información, lo cierto es que la demandante permaneció en el régimen de ahorro individual por casi 11 años en los que tuvo la oportunidad de conocer las virtudes y desventajas de dicho régimen, tanto así que se movilizó entre administradoras, en forma libre y voluntaria, máxime cuando regresó al primer fondo al que se afilió, lo que demuestra es que estaba a gusto con su afiliación (f.º 104-106).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La **demandante**, apeló con el argumento de que las demandadas no cumplieron con el deber legal y jurisprudencial de información, lo que ocasionó que se trasladara a un régimen en que presenta una disminución en el valor de lo que podría ser su mesada pensional en el régimen de prima media con prestación definida, lo

que no lograron desvirtuar los fondos demandados, aunado a que se regresó a Porvenir SA, no por gusto con el sistema, sino por presión del empleador que formaba parte del mismo círculo económico, pues ofreció incentivos para que lo hiciera.

V. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 11 de marzo de 1964 (f.º 11); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 4 de julio de 1990 hasta el 30 de abril de 1994, 125.43 semanas (f.º 16); **iii)** que el 19 de noviembre de 1997 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A. (f.º 14), fondo al que regresó y actualmente se encuentra vinculada con un total de 1153 semanas cotizadas, según lo informado por dicha entidad en la historia laboral que reposa de f.º 18 a 22.

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

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

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

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

En el presente proceso, ello ocurrió precisamente si se observa que en el recuadro denominado ‘voluntad de afiliación’ de la solicitud de vinculación a fondo de pensiones obligatorias n.º 972403 diligenciado el 19 de diciembre de 1997, se encuentra el siguiente texto ‘preimpreso’, encima de su firma como trabajadora: *«Hago constar realizo **de forma libre, espontánea y sin presiones** la escogencia al régimen de ahorro individual, así como la selección de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir, para que administre mis aportes pensionales. También declaro que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos.»* (f.º 14).

De manera que se podría entender que con este acto produjo los efectos de traslado válido al régimen de ahorro individual con

solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a Porvenir, fuera ineficaz o estuviera viciado de nulidad como lo afirmó la parte demandante, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando la suscripción del mencionado formulario no fue objeto de reproche de su parte, ni el diligenciado ante Skandia el 27 de agosto de 2008 (f.º 15, 75), lo que considera la Sala como una ratificación tácita del acto jurídico de traslado, con cumplimiento de las solemnidades legales.

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

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

Tampoco se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en la demandante para su afiliación, por parte de la administradora de fondos de pensiones, en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil, ni existen elementos de juicio que permitan establecer coacción, error o inducción al mismo como vicios del consentimiento,

la deficiencia de la asesoría que se aduce, menos aún el dolo consistente en artificios o engaños para obtener el consentimiento en el traslado, pues lo que está claro es que la demandante fue asesorada y conocía las condiciones del régimen al cual se vinculaba, por lo tanto, no había lugar a declarar ni la nulidad de la afiliación a la AFP Porvenir, ni la ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se acreditó que persona alguna hubiese atentado contra el derecho de la trabajadora a seleccionar el régimen pensional, como lo afirmó en la demanda y la apelación.

Y no se puede perder de vista, que conforme a los formularios que suscribió en noviembre de 1997 y agosto de 2000 (f.º 14, 15, 75), la demandante recibió una amplia y más que suficiente asesoría para efectos de su vinculación a Porvenir y a Skandia, razón por la cual, si no consideraba conveniente a sus intereses su permanencia en el régimen de ahorro individual con solidaridad, pudo haber hecho uso de su derecho a retractarse, o de regresar al régimen de prima media.

De igual modo, frente a las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 y 31314, reiteradas en la SL, 22 nov. 2011 rad. 33083 -que se adujeron como sustento de las pretensiones (f.º 3-7), no son aplicables porque aquellos asuntos difieren sustancialmente de este, encontrándose los afiliados en cada caso, en circunstancias muy distintas respecto del sistema pensional, en la última citada, cuando el afiliado se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual, contaba 58 años y 1286 semanas cotizadas, por lo que consideró la Alta Corporación que era *“claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos”* y que era *“evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición”*; además en todos estos asuntos, se

acreditó que la información dada por los fondos no fue veraz, pues se allegaron proyecciones que no se encontraban acordes con la realidad, acreditándose la inducción al error por parte del asesor del fondo, que determinó el traslado.

Empero en este caso, no se acreditó que hubiese sido una información engañosa la suministrada a la demandante, ni era evidente que le convenía más estar en uno u otro régimen pensional, ni tenía una expectativa legítima, teniendo en cuenta las semanas que tenía cotizadas en el Instituto de Seguros Sociales (125.43 – f.º 16), y la edad cumplida a la fecha de traslado (30 años – f.º 11), por lo que difiere este caso del analizado en las sentencias que se citan, dado que para esa data se encontraba en plena formación de su derecho a la pensión y la decisión de traslado no causó ningún efecto nocivo.

Ahora, respecto a la proyección del valor de la mesada pensional que aludió la demandante, no se considera por la Sala posible, pues precisamente para el momento del traslado, como se dijo, le faltaban casi 27 años para arribar a la edad mínima pensional y más del 90% de las semanas de cotización necesarias para ello, que se incrementaron con la Ley 797 de 2003, así que, cualquier proyección o cálculo pensional en ese momento constituiría una simple especulación, ya que era imposible prever, si le resultaba más beneficioso permanecer en uno u otro régimen, al desconocerse totalmente las condiciones laborales de la demandante con posterioridad al traslado, indispensables para determinar sus posibilidades pensionales.

En este punto, resulta relevante advertir que, no podían los asesores de Porvenir y de Skandia, informarle a la demandante, previo a la suscripción de las afiliaciones, que podría devolverse al

régimen de prima media hasta antes del cumplimiento de los 47 años de edad, pues ello fue así con ocasión de la reforma pensional introducida por la Ley 797 de 2003, el traslado ocurrió 6 años antes de su expedición, por lo que tal restricción no existía para ese momento.

Además, en esas providencias, así como en la SL12136-2014, se analizaron casos en los que el traslado significó la pérdida del régimen de transición, como presupuesto especial para el traslado de la carga de la prueba en torno a la afectación de la voluntad, supuesto que aquí no se da, y, por tanto, debe seguirse la regla general respecto a que corresponde a quien alega un vicio del consentimiento acreditarlo.

De manera que, era menester demostrar que ese traslado de régimen le generó un perjuicio cierto y real frente al derecho pensional, situación esta última que no ocurrió en este caso, porque la demandante nunca fue beneficiaria del régimen de transición, porque contaba con 30 años de edad y menos de 121 semanas de cotización a 1.º de abril de 1994, y su selección de régimen pensional, por tanto, se verificó en igualdad de condiciones frente a los demás usuarios del sistema que no lo son, tuvo la posibilidad de trasladarse nuevamente de acuerdo con la Ley 797 de 2003, con las limitantes establecidas para todos los afiliados, hasta antes del 11 de marzo de 2011 y no lo hizo, al contrario, en junio de 2009, hizo su tercer traslado de administradora regresando a Porvenir (f.º 87).

Por ende, la afiliada no contaba con un derecho consolidado, que le generara una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión bajo las previsiones del sistema de prima media con prestación definida.

Y con las 3 solicitudes de vinculación efectuadas a Porvenir SA, y Skandia, ya reseñadas, estima la Sala que las mismas son claramente indicativas de que la promotora del juicio tenía pleno y amplio conocimiento del régimen de ahorro individual con solidaridad, advirtiéndose como ratificaciones tácitas del acto jurídico de traslado, corroborando su conocimiento de las condiciones del régimen en el que se encontraba.

Sobre las consideraciones expuestas en las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL1452 y SL1421 ambas de 2019, se debe advertir que no desconoce la obligación de los fondos de pensiones de suministrar a los afiliados la información completa y veraz respecto a las condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, sin embargo, se considera que la omisión de esa obligación, *per se*, no afecta ni la validez ni la eficacia del acto jurídico de traslado, salvo que se constituya en un verdadero engaño, en maniobras o artificios tendientes a obtener el consentimiento en la celebración del acto jurídico de traslado, lo que necesariamente debe analizarse en cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias fáctico jurídicas particulares que lo rodean, como se dijo en la sentencia STL3186-2020, con la advertencia de que el juez está facultado para formar libremente su convencimiento sin estar sujeto a tarifa legal alguna, en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica (artículos 51, 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social); sin embargo, con base en ello, en este caso en específico se reitera no se acreditó.

Además, en las reseñadas providencias de 2019 se analizaron también asuntos en los que los traslados significaron la pérdida del régimen de transición para los afiliados, y aunque se mencionó en las consideraciones de las decisiones, que ese hecho no resultaba

relevante de cara a la información que debía suministrarse al afiliado y al traslado de la carga de la prueba respecto de la misma, conforme a las aclaraciones de voto de 2 de los 4 magistrados que las tomaron, se advierte que sí resulta relevante, y que, solo en esos eventos en los que se acredita el perjuicio por ese hecho, se traslada la carga de la prueba respecto a la información otorgada previo al traslado de régimen por la vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad.

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

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

Por lo dicho anteriormente, no es viable que la demandante pretenda ahora la nulidad de su traslado, después de que observó que la pensión no estaría acorde con sus aspiraciones económicas. Por ende, la afiliada debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó, tal y como lo admitió al firmar el formulario de vinculación a Porvenir.

En consecuencia, en ningún vicio del consentimiento, ni causa de nulidad o ineficacia se incurrió en el traslado de régimen pensional surtido por la demandante, quien ese encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que se **CONFIRMARÁ** la sentencia impugnada. Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de septiembre de 2019, por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER

Ángela Lucía Murillo Varón
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Hernán Mauricio Oliveros Motta
HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
SALVO VOTO

SALVAMENTO DE VOTO

Demandante: Marcela Morales García
Demandado: Colpensiones y otros
Radicado: 110013105 013 2019 00027 01

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que en el caso bajo estudio, **la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad demandada**, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró haber brindado **a la accionante** al momento de la afiliación o con posterioridad, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse del el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Lo anterior, se edifica en que la característica fundamental para la selección de régimen pensional, es que la misma sea libre y voluntaria por parte del afiliado, conforme lo dispone el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; igualmente, el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada y, permite realizar una nueva en forma libre y espontánea.

También, desde la expedición del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; el artículo 4° decreto 656 de 1994 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, dispusieron las obligaciones de las AFP de ofrecer un servicio eficiente, eficaz, y oportuno a los usuarios, brindándoles la información necesaria para tomar la decisión de afiliarse y permanecer en el régimen pensional. Premisa que conforme a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas

136

públicos y privados de pensiones, pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible, pues, solo así, se entenderá que el asesor o promotor del fondo pensional ha emitido un consejo, sugerencia o recomendación de manera completa en atención a las situaciones particulares del afiliado (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018; STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Paralelamente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL1421 de 2019, la misma corporación indicó que, el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”, la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. **Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado.**

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que, para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688-2019 y SL1452-2019. Ello es así también, porque considero que las “*expectativas legítimas*” es un concepto vacío que no puede ser llenado por el intérprete de manera subjetiva sin la existencia de unas reglas claras y objetivas, so pena de transgredir el derecho fundamental a la igualdad.

También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en aplicación del artículo 1604 del Código Civil, señaló que en tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

Se reitera que no existe libertad informada cuando la persona desconoce realmente de los efectos que pueda acarrearle el cambio de régimen, de allí, la gran importancia de la carga de la prueba en cabeza de la administradora de pensiones, en demostrar que el cambio de régimen fue lo suficientemente informado.

Finalmente, considero que la sostenibilidad del sistema no se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su **vida productiva**, en los cuales se **edifica el financiamiento de la pensión**, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social (Ley 100 de 1993), serán devueltos con sus rendimientos y gastos de administración al régimen de prima media con prestación definida.

En consecuencia, para el suscrito Magistrado se configuró una violación del deber de información, lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, que no puede entenderse superada con la suscripción del formulario de afiliación y tampoco por las cotizaciones efectuadas en el RAIS, por lo que resulta procedente declarar la ineficacia del traslado e imponer las consecuentes condenas.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



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

DR. DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **ENRIQUE PÉREZ VELASCO** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.**

EXP. 11001 31 05 013 2019 00029 01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con el fin de pronunciarse sobre los recursos de apelación presentados por las entidades demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia dictada el 18 de julio de 2019, dictada por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de esta ciudad, y proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante, que se declare la nulidad de la afiliación realizada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad promovida por la administradora de fondos de pensiones Colfondos, y en consecuencia, se determine que nunca dejó de pertenecer al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y se ordene a Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con todos los rendimientos, sin descontar comisiones por concepto de manejo de cuenta.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 30 de abril de 1957 y se vinculó al Instituto del Seguro Social el 13 de enero de 1981, donde cotizó 481,14 semanas hasta el mes de abril de 1999. Adujo, que el 1.º de junio de 1999, se trasladó a Colfondos Pensiones y Cesantías, y que al afiliarse no recibió la asesoría que se requería para tomar de manera informada una decisión libre y voluntaria, ya que no se le indicaron las ventajas y desventajas de cambiarse de régimen, la afectación que tendría sobre la mesada pensional y del bono pensional elegir pensionarse a cualquier edad, que su mesada pensional dependería del capital ahorrado, que la cuantía de esta en cada uno de los regímenes representaba una diferencia del 33% y que solo podía retornar al Régimen de Prima Media hasta antes de faltarle 10 años para cumplir la edad requerida para pensionarse. Por último, mencionó que agotó la reclamación administrativa (f.º 3 a 17).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., admitió la demanda el 24 de enero de 2019, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (f.º 77 a 78).

La **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por considerar que las mismas carecen de sustento fáctico y jurídico, ya que el demandante no aportó prueba alguna al proceso que permita inferir que el traslado efectuado estuvo afectado con algún vicio del consentimiento, por lo que la afiliación efectuada a Porvenir se encuentra investida de plena validez y legalidad, de ahí que la demandante se encuentra enmarcada en la restricción prevista en la modificación introducida en el literal e). del artículo 2.º de la Ley 797 de 2003. En su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó “*Prescripción*”, “*Cobro de lo no debido*” y “*Buena fe*” (f.º 83 a 85).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, respondió la demanda oponiéndose a las pretensiones, por considerar que esa entidad brindó al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de administradora de fondos de pensiones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en la que se le recordó acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el Régimen de Ahorro Individual y el Régimen de Prima Media, las ventajas y desventajas, el derecho al bono pensional, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, la rentabilidad que producen los aportes y se le dio a conocer sobre la opción legal de retracto con la que cuentan los afiliados, entre otros aspectos. Propuso como excepciones de mérito las de “*Inexistencia de la obligación*”, “*Falta de legitimación en la causa por pasiva*”,

“Prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado”, “No se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida”, “Buena fe”, “Validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad”, “Compensación y pago”, “Obligación a cargo exclusivamente de un tercero”, “Nadie puede ir en contra de sus propios actos”, “Petición antes de tiempo” y “Ausencia de vicios del consentimiento” (f.º 109 a 128).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 18 de julio de 2019, declaró la nulidad de la afiliación del demandante al fondo de pensiones Colfondos S.A., a partir del 1.º de junio de 1999, y como consecuencia de ello, ordenó el traslado de todos los aportes realizados por él y sus respectivos rendimientos a Colpensiones, quien deberá recibirlos y activar la afiliación a dicha administradora, teniéndose para todos los efectos legales como la única afiliación válida al sistema general de pensiones.

Para arribar a las anteriores conclusiones, el *a quo* señaló que no se demostró vicio en el consentimiento a la firma del formulario de afiliación, lo que se echaba de menos era la prueba que diera cuenta de que para la fecha del traslado de régimen, esto es el 1.º de Junio 1999, al demandante se le hubiera brindado información necesaria, indispensable y precisa, sobre las implicaciones ventajas y desventajas que representaba dicho acto, con plena conciencia de sus alcances.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado judicial de **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías**, la apeló tras señalar que

en este asunto no se ha logrado probar los elementos fácticos y jurídicos que permitan la configuración de la nulidad de la afiliación, ya que por el contrario, se tiene certeza de que dicho acto cumplió con el lleno de los requisitos al haberse realizado de manera libre y voluntaria, como fue aceptado en el interrogatorio de parte, y que esa entidad actuó conforme a la normas vigentes para ese momento, además, el formulario no fue tachado de falso y la demandante era legalmente capaz.

Esgrimió, que no es posible alegar la existencia del error como vicio del consentimiento, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1509, y que debe tenerse en cuenta que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que debe analizarse cada caso concreto, y en este se tiene certeza de que a la demandante le fue ofrecida información suficiente, oportuna y veraz, no solo por el formulario de afiliación, sino también por lo admitido en el interrogatorio de parte, en el que se indicó que una de las motivaciones para trasladarse al Régimen de Ahorro Individual, era que el Seguro Social se iba a acabar, sin embargo, pese a conocer que Colpensiones, posteriormente sustituyó a dicho ente, el actor no pudo responder porque no retornó al Régimen de Prima Media.

Adujo, que la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1688-2019, indicó que siempre ha existido el deber de información en cabeza de los fondos de pensiones, como se cumplió por esa entidad, sin embargo, señaló que han existido varias etapas por normativas al respecto, y reconoció que no era necesario u obligatorio que los fondos privados archivaran documental adicional al formulario.

Arguyó, que el demandante se encuentra incurso en la prohibición legal prevista en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993,

porque lo que no es posible el retorno al Régimen de Prima Media, así como tampoco, la devolución de todos los dineros que reposen en la cuenta de ahorro individual, tales como cuotas de administración, como quiera que son dineros que han sido descontados de manera legal por parte de esa entidad y el actor ha estado cubierto en las contingencias de invalidez y sobrevivencia. Por último, solicitó que se revoque la condena en costas, debido a que la entidad ha actuado de buena fe.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará si el traslado de régimen pensional de la demandante, estuvo viciado de nulidad, por falta de información suficiente.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: *i)* El demandante nació el 30 de abril de 1957 (f.º 42); *ii)* Cotizó al extinto Instituto del Seguro Social entre el 13 de enero de 1981 y el 30 de abril de 1999, un total de 481,14 semanas (f.º 93, CD expediente administrativo); *iii)* El 26 de abril de 1999, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual administrado por la administradora de fondos de pensiones Colfondos S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de junio de 1999 (f.º 129 y 131) , donde se encuentra se encuentra vinculado actualmente.

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

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

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera *'preimpresa'* en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Esto último es lo que precisamente sucedió en el caso del demandante, porque si se observa el recuadro denominado *'VOLUNTAD DE AFILIACIÓN'* de la solicitud de vinculación o traslado diligenciada el 26 de abril de 1999, ante Colfondos S.A. se encuentra el siguiente texto *'preimpreso'*, encima de su firma como trabajador: *"HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA*

LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. COLFONDOS PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES (...)" (f.º 129).

De manera que se podría entender que con este acto produjeron los efectos de traslado válido al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a Colfondos, fuera ineficaz o estuviera viciado de nulidad como lo afirmó la parte demandante, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información.

Lo anterior por cuanto dichas obligaciones generales y especiales que establecen los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, a cargo de los Fondos de Pensiones, relativas al deber de información para con los afiliados, se suplen con aquellas previsiones, que se reitera, fueron aceptadas por el actor al momento de suscribir los formularios, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad libre, espontánea y sin presiones, circunstancia que fue ratificada en el interrogatorio de parte practicado.

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

Tampoco se estableció en este proceso, la existencia de dolo consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en el demandante para su afiliación por parte de la administradora de fondos de pensiones, en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil, pues no se arrió alguna probanza que lleve a concluir esa situación.

Se considera entonces, que no existen elementos de juicio que permitan establecer coacción, error o inducción al mismo como vicios del consentimiento, la deficiencia de la asesoría que se aduce, menos aún el dolo consistente en artificios o engaños para obtener el consentimiento en el traslado, por lo tanto, no había lugar a declarar ni la nulidad de la afiliación a Colfondos, ni la ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se acreditó que persona alguna hubiese atentado contra el derecho del trabajador a seleccionar el régimen pensional.

Ahora, respecto a la proyección del valor de la mesada pensional que aludió el demandante, no se considera por la Sala posible, pues precisamente para el momento del traslado, como se dijo, le faltaban casi 20 años para arribar a la edad mínima pensional y más del 51% de las semanas de cotización necesarias para ello, que se incrementaron con la Ley 797 de 2003, así que, cualquier proyección o cálculo pensional en ese momento constituiría una simple especulación, ya que era imposible prever, si le resultaba más beneficioso permanecer en uno u otro régimen, al desconocerse totalmente las condiciones laborales del demandante con posterioridad al traslado, indispensables para determinar sus posibilidades pensionales.

En este punto, resulta relevante advertir que, no podía el asesor de Colfondos, informar previo a la suscripción de las afiliaciones, que

el actor podría devolverse al régimen de prima media hasta antes del cumplimiento de los 50 años de edad, pues ello fue así con ocasión de la reforma pensional introducida por la Ley 797 de 2003, y el traslado ocurrió cuatro años antes de su expedición, por lo que tal restricción no existía para ese momento.

De manera que, a juicio de esta Colegiatura, para la prosperidad de las pretensiones era menester demostrar que ese traslado de régimen le generó un perjuicio cierto y real frente al derecho pensional, situación esta última que no ocurrió en este caso, porque el demandante nunca fue beneficiario del régimen de transición y su selección de régimen pensional, por tanto, se verificó en igualdad de condiciones frente a los demás usuarios del sistema que no lo son, tuvo la posibilidad de trasladarse nuevamente de acuerdo con la Ley 797 de 2003, con las limitantes establecidas para todos los afiliados, hasta antes del 30 de abril de 2009.

Por ende, como el afiliado no contaba con un derecho consolidado, que le generara una expectativa legítima de adquirir la prestación pensional bajo las previsiones del sistema de prima media con prestación definida y no era evidente que le convenía más estar en uno u otro régimen pensional, teniendo en cuenta que para la época del traslado, acreditaba 481,14 semanas cotizadas (f.º 93) y 37 años (f.º 42), se estima que debía seguirse la regla general respecto a que corresponde a quien alega un vicio del consentimiento acreditarlo, debido a que para esa data se encontraba en plena formación el derecho a la pensión y la decisión de traslado no causó ningún efecto nocivo.

Sobre este punto y frente a las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 y 31314, reiteradas en la SL, 22 nov. 2011 rad. 33083, es

importante precisar, que considera esta Colegiatura, que los presupuestos allí determinados no son aplicables al *sub examine*, porque aquellos asuntos difieren sustancialmente de este, encontrándose los afiliados en cada caso, en circunstancias muy distintas respecto del sistema pensional, en la última citada, cuando el afiliado se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual, contaba 58 años y 1286 semanas cotizadas, por lo que consideró la Alta Corporación que era *“claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos”* y que era *“evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición”*; además en todos estos casos, se acreditó que la información dada por los fondos no fue veraz, pues se allegaron proyecciones que no se encontraban acordes con la realidad, acreditándose la inducción al error por parte del asesor del fondo, que determinó el traslado.

Además, en esas providencias, así como en la CSJ SL12136-2014, se analizaron casos en los que el traslado significó la pérdida del régimen de transición, como presupuesto especial para el traslado de la carga de la prueba en torno a la afectación de la voluntad, pues expresamente se indicó *“(...) aunque es cierto que reglas jurídicas generales aluden a que debe demostrarse la afectación de la voluntad para anular una actuación particular, esto no puede aplicarse de la misma manera en estos particulares eventos en los que se discute la pérdida del régimen pensional, no solo por la entidad del derecho discutido, sino porque el Estado es garante de la prestación del servicio público obligatorio, y debe dirigirlo, controlarlo y coordinarlo, y por ello deben aplicarse las consecuencias de que no exista una decisión informada (artículos 4 y 5, Ley 100 de 1993(...))”*, y a su vez, se anotó, *“Es que cuando están en juego aspectos tan trascendentes como la pérdida de la transición, y de contera la imposibilidad de acceder a la*

pensión de vejez, se requiere acudir a una hermenéutica que se avenga a los principios que inspiran al sistema y a los regímenes pensionales, en los que se prevé el traslado libre y voluntario, e incluso a las disposiciones que en la ley así lo imponen” (Subrayas fuera del texto).

Ahora bien, sobre las consideraciones expuestas en las sentencias CSJ SL1452 Y CSJ SL1421 ambas de 2019, se debe advertir que no desconoce esta Colegiatura la obligación de los fondos de pensiones de suministrar a los afiliados la información completa y veraz respecto a las condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, deber que ha de observarse de manera indistinta respecto de todas las personas que pretendan el tránsito de régimen pensional, pues evidentemente en ninguna de las decisiones de la Alta Corporación se advirtió que tal situación estuviera reservada exclusivamente para quienes dicha determinación había implicado un grave perjuicio determinable en el momento en el que se surtió el traslado.

Sin embargo, en criterio de este Colegiado, la omisión de esa obligación, *per se*, no afecta ni la validez ni la eficacia del acto jurídico de traslado en todos los eventos, salvo que se constituya en un verdadero engaño, en maniobras o artificios tendientes a obtener el consentimiento en la celebración del acto jurídico de traslado, lo que necesariamente debe analizarse en cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias fáctico jurídicas particulares que lo rodean, como se dijo en la sentencia CSJ STL3186-2020 y que dicho sea de paso, con la advertencia de que el juez está facultado para formar libremente su convencimiento sin estar sujeto a tarifa legal alguna, en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica (artículos 51, 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social).

Además, en las reseñadas providencias de 2019, se analizaron también asuntos en los que los traslados significaron la pérdida del régimen de transición para los afiliados, y aunque se mencionó en las consideraciones de las decisiones, que ese hecho no resultaba relevante de cara a la información que debía suministrarse al afiliado y al traslado de la carga de la prueba respecto de la misma, conforme a las aclaraciones de voto de dos de los cuatro magistrados que las tomaron, se advierte que sí resulta relevante, y que, solo en esos eventos en los que se acredita el perjuicio por ese hecho, se traslada la carga de la prueba respecto a la información otorgada previo al traslado de régimen por la vinculación al Régimen de Ahorro Individual.

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

En todo caso, si en gracia de discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido en junio de 1999, el mismo tuvo que ser advertido en esa oportunidad, ante la información brindada, por lo que, indefectiblemente, partir de esa

fecha, debía contabilizarse el plazo de 4 años con el que contaba la afiliada para pedir la rescisión del acto jurídico de traslado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, y como no lo hizo, ese hecho debe tenerse como una ratificación tácita del acto, con lo que se sana cualquier nulidad que hubiese podido existir.

Sin que sea viable que el demandante pretenda ahora la nulidad de su traslado, después de que observó que la pensión no estaría acorde con sus aspiraciones económicas. Por ende, el afiliado debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó, tal y como lo admitió al firmar el formulario de vinculación a Colfondos.

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

Sin costas en la alzada, ante su no causación. Las de primera serán a cargo de la demandante, según la liquidación que efectúe el *a quo*.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 18 de julio de 2019, por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su

lugar **ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS SA, de todas las pretensiones incoadas por ENRIQUE PÉREZ VELASCO, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera serán a cargo de la demandante, según la liquidación que efectúe el *a quo*.

Notifíquese y cúmplase,

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
SALVO VOTO

Rad. 110013105 013 2019 00029 01

SALVAMENTO DE VOTO

Demandante: Enrique Pérez Velasco
Demandado: Colpensiones y otros
Radicado: 110013105 013 2019 00029 01

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que en el caso bajo estudio, **la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad demandada**, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró haber brindado **al accionante** al momento de la afiliación o con posterioridad, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse del el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Lo anterior, se edifica en que la característica fundamental para la selección de régimen pensional, es que la misma sea libre y voluntaria por parte del afiliado, conforme lo dispone el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; igualmente, el artículo 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada y, permite realizar una nueva en forma libre y espontánea.

También, desde la expedición del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; el artículo 4º decreto 656 de 1994 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, dispusieron las obligaciones de las AFP de ofrecer un servicio eficiente, eficaz, y oportuno a los usuarios, brindándoles la información necesaria para tomar la decisión de afiliarse y permanecer en el régimen pensional. Premisa que conforme a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de

modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible, pues, solo así, se entenderá que el asesor o promotor del fondo pensional ha emitido un consejo, sugerencia o recomendación de manera completa en atención a las situaciones particulares del afiliado (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018; STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Paralelamente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL1421 de 2019, la misma corporación indicó que, el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”*, la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. **Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado.**

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que, para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688-2019 y SL1452-2019. Ello es así también, porque considero que las *“expectativas legítimas”* es un concepto vacío que no puede ser llenado por el

intérprete de manera subjetiva sin la existencia de unas reglas claras y objetivas, so pena de transgredir el derecho fundamental a la igualdad.

También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en aplicación del artículo 1604 del Código Civil, señaló que en tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

En el presente asunto, ninguna confesión se colige del interrogatorio de parte surtido por el demandante de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, dado que no se advierte del mismo que le hubieren ilustrado al momento del traslado o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que por ley tenía para trasladarse, acerca de las características, condiciones, acceso, servicios, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, en un lenguaje claro, simple y comprensible. Se reitera que no existe libertad informada cuando la persona desconoce realmente de los efectos que pueda acarrearle el cambio de régimen, de allí, la gran importancia de la carga de la prueba en cabeza de la administradora de pensiones, en demostrar que el cambio de régimen fue lo suficientemente informado.

Finalmente, considero que la sostenibilidad del sistema no se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su **vida productiva**, en los cuales se **edifica el financiamiento de la pensión**, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social (Ley 100 de 1993), serán devueltos con sus rendimientos y gastos de administración al régimen de prima media con prestación definida.

En consecuencia, para el suscrito Magistrado se configuró una violación del deber de información, lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, que no puede entenderse superada con la suscripción del formulario de afiliación, con lo dicho en el interrogatorio de parte y tampoco por las cotizaciones efectuadas en el RAIS, por lo que resulta procedente declarar la ineficacia del traslado e imponer las consecuentes condenas.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **LUÍS ALBERTO PEÑA PEÑA** en contra de **COLPENSIONES**.

EXP. 11001 31 05 017 2017 00770 01

Bogotá DC, treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante respecto de la sentencia dictada el 2 de agosto de 2019 por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá DC, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante que se condene a Colpensiones, a reconocer y pagar el incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo, previsto en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, desde el

1.º de agosto de 2003, junto con la indexación de las sumas adeudadas (f.º 2).

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que el extinto ISS, le reconoció la pensión de vejez mediante la Resolución n.º 15684 de 2003, con base en artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 por ser beneficiario del régimen de transición; contrajo matrimonio con Herminia Alfonso de Peña el 14 de junio de 1969, con quien convive bajo el mismo techo, lecho y mesa, de manera continua e ininterrumpida y quien depende económicamente de él, no devenga pensión alguna; reclamó administrativamente el 19 de octubre de 2015, pero la solicitud fue negada (f.º 1, 2).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Se admitió la demanda el 24 de enero de 2018, ordenando su notificación y traslado a la demandada (f.º 24), quien la contestó oponiéndose a todas las pretensiones, con el argumento de que no se probó la dependencia económica del compañero permanente de la demandante, aunado a que el derecho se encuentra prescrito. Formuló como excepciones de fondo las de prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, y no configuración del derecho al pago de la indexación o reajuste alguno ni de intereses moratorios, ni de costas en instituciones administradores de seguridad social del orden público, pago, carencia de causa para demandar (f.º 27-41).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, fue notificada, pero guardó silencio (f.º 25).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 2 de agosto de 2019, declaró probada la excepción de prescripción, en consecuencia absolvió a Colpensiones de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la parte demandante, tras considerar que los incrementos pensionales por personas a cargo no fueron derogados con la Ley 100 de 1994, pero que si bien se cumplieron los requisitos para acceder a ellos, lo cierto es que se encuentran prescritos en su totalidad (f.º 61-65).

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se surte el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, para verificar si los incrementos pensionales previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, conservan su vigencia en el nuevo sistema pensional; en caso afirmativo, si se reúnen los presupuestos de la norma para disponer su pago, y si los mismos se encuentran afectados del fenómeno prescriptivo en forma total o parcial.

Los incrementos pensionales del 14% por cónyuge a cargo no fueron derogados por el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, por lo tanto, se deben entender como parte del régimen de prima media con prestación definida en virtud del artículo 31 ibídem (CSJ SL, 27 jul. 2005 rad. 21517, SL, 5 dic. 2007 rad. 29751 y SL, 18 ago. 2010 rad. 36345, SL13007-2017 y SL1975-2018), criterio que acoge esta Sala de Decisión, al tratarse de un pronunciamiento emitido por el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Revisados los requisitos para el reconocimiento y pago del incremento pensional por cónyuge a cargo, si bien habría lugar al reconocimiento de los incrementos pensionales regulados por el

artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, porque se encuentran vigentes para quienes como el demandante, son pensionados por vejez en virtud del régimen de transición que remite al citado acuerdo, como consta en la resolución n.º 15684 de 2003 (f.º 17), aunado a que se acreditó la afiliación de Herminia Alfonso de Peña, como beneficiaria de la Nueva EPS (f.º 22), así como su calidad de cónyuge del demandante, con quien contrajo matrimonio por el rito católico el 14 de junio de 1969 (f.º 18) y que convive bajo el mismo techo, lecho y mesa desde hace un poco más de 20 años, y la dependencia económica total de esta, respecto de Luis Alberto Peña Peña, con la declaración de los testigos Blanca Lilia Carpintero Parra y Mario Rubio Cañón (vecinos y amigos de la pareja, respectivamente – f.º 50, 58, 59), material probatorio con el que al tenor de lo dispuesto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se concluye que se encuentran reunidos los requisitos legales para el reconocimiento de tales incrementos, máxime cuando la demandada no acreditó que la cónyuge del demandante reciba pensión alguna.

Sin embargo, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL, 12 dic. 2007 rad. 27923, SL, 13 jun. 2012 rad. 42568, SL, 18 sep. 2012 rad. 40919 y 42300, SL9638-2014, SL1585-2015, STL104-2016, SL1749-2018 y SL942-2019, que reiteraron la sentencia SL, 12 dic. 2007 rad. 27923, entre otras), aunque los incrementos pensionales están vigentes, se encuentran sometidos a las reglas de la prescripción trienal que rige en materia laboral previstas en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en forma total y no parcial.

Y aunque no se desconocen por la Sala mayoritaria los pronunciamientos de la Corte Constitucional al respecto, en los que se adoctrinó sobre la imprescriptibilidad del derecho a incremento pensional, desde la sentencia T-456 del 27 de noviembre de 2018, al

resolver de forma acumulada 11 expedientes que compartían unidad de materia, la alta Corporación concluyó que tal beneficio fue derogado con la Ley 100 de 1993, por lo que debió consolidarse en vigencia del Decreto 758 de 1990, tesis ratificada en la sentencia SU-140-2019.

Así las cosas, ante tal escenario la Sala mayoritaria acude en su integridad a la postura de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que contrario a lo argumentado por la Corte Constitucional, ha sostenido de manera pacífica e inveterada que los citados incrementos pensionales conservan su vigencia aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, pero además, que están sujetos al fenómeno de la prescripción, puesto que no hacen parte del derecho a la pensión, en tanto constituyen un aspecto económico que sirve para aumentar el monto de la misma y que tal incremento debe entenderse exigible desde el momento en que se produjo el reconocimiento pensional (artículos 22 del Acuerdo 049 de 1990, 31 Ley 100 de 1993, CSJ SL1975 y SL1749 ambas de 2018, SL13007-2017, SL, 10 ago. 2010 rad. 36345, SL, 27 jun. 2005 rad. 21517).

De manera que, al haber transcurrido más de 3 años desde la exigibilidad del derecho a incrementar la pensión, con la notificación de la resolución n.º 15684 de 2003 que reconoció la pensión de vejez al demandante (el 19 de septiembre de 2003 - f.º 17 vto), sin que se hubiese interrumpido el término prescriptivo dentro de los 3 años siguientes, pues los reclamó el 19 de octubre de 2015 (f.º 19) y presentó la demanda el 30 de noviembre de 2017 (f.º 23), es claro que los incrementos por cónyuge a cargo aquí reclamados, se encuentran afectados por el fenómeno prescriptivo.

En consecuencia, se **confirmará** la sentencia consultada, sin costas en el grado jurisdiccional.

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


RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de agosto de 2019 por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo considerado.

SEGUNDO: Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
calificación de voto



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: FERNANDO ALBERTO CABRERA ROJAS

DEMANDADO: COLPENSIONES

RADICACIÓN: 11001 31 05 017 2017 00770 01

MAGISTRADO PONENTE: DAVID A. J. CORREA STEER.

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia, presento aclaración de voto en relación con la vigencia de los artículos 20 y 21 del Acuerdo 049 de 1990, respecto de las personas que adquieren el derecho a la pensión en virtud del régimen de transición, por lo siguiente:

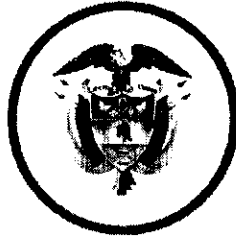
La Corte Constitucional señaló en la sentencia SU 140 de 2019 que los incrementos establecidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de la misma anualidad fueron derogados a la expedición de la Ley 100 de 1993, e, igualmente, indicó que reconocerlos violaría en forma directa el inciso 11 del artículo 48 de la carta política, relacionado con la sostenibilidad financiera del sistema, como quiera que su concesión se realiza sin que exista correspondencia entre los aportes efectuados por el cotizante y el monto de la pensión que debe recibir, máxime cuando dichos incrementos pensionales se tratan de una prestación económica accesoria a la pensión de vejez.

De otro lado, la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias, fija el alcance de una norma a partir de los presupuestos constitucionales o la aplica de un determinado modo a un caso concreto, generando así una doctrina constitucional que tiene carácter vinculante para todos los jueces de la República y desde ese punto de vista se acoge el argumento estipulado en la sentencia SU 140 de 2019, conforme a los postulados de igualdad y seguridad jurídica.

Por esa razón, aun cuando se acompaña la decisión absolutoria es menester aclarar que se considera que las normas que sustentan el incremento pensional no se encuentran vigentes para las personas que adquieren el derecho a la pensión en virtud del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, artículo 36, como lo es en el presente caso.

La anterior postura ha sido avalada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en las siguientes sentencias de tutela STL16559-2019, radicación 57998; STL 16483-2019, radicación 58038, y STL 16702-2019, radicación 58070.


ANGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARÍA JANNETH ROMERO SABOGAL** en contra de **COLPENSIONES, PROTECCIÓN SA y COLFONDOS SA.**

EXP. 11001 31 05 018 2018 00504 01

Bogotá DC, treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida el 30 de agosto de 2019, por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá DC, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad de los traslados efectuados a Colfondos SA, el 1.º de enero de 2000 y a Protección SA el 16 de noviembre de 2005, por existir un engaño y asalto en su buena fe, debido a la falta de asesoría profesional, clara

y precisa y a la falta de cumplimiento del deber legal de información; en consecuencia, Colpensiones debe recibirla, activarla y afiliarla en el régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiere trasladado, y se condene a Colfondos y a Protección, trasladar a Colpensiones, todos los aportes, rentabilidad obtenida, intereses, junto con la indexación de todas esas sumas (f.º 8).

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 16 de agosto de 1960; realizó aportes en Cajanal, entre el 1.º de marzo de 1982 y el 28 de febrero de 1986, posteriormente los consignó en el extinto ISS desde el 16 de diciembre de 1987 hasta el 30 de diciembre de 1999, momento en el que fue visitada por los asesores de Colfondos, quienes le brindaron información acerca de las cesantías, lo que motivó su traslado de cesantías a dicho fondo, el 24 de noviembre de 1999 se trasladó a Colfondos, el cual se hizo efectivo a partir del 1.º de enero de 2000, tiempo en el que recibió los extractos en donde le mostraban información acerca de la rentabilidad de sus aportes.

Agregó, que en diciembre de 2005 se trasladó a Santander porque le ofrecieron una mayor rentabilidad, y de ese fondo, así como de Protección, también recibió extractos en donde se informaba la rentabilidad individual, el movimiento de las cuentas, los informes de inversiones, pero nunca se le hizo una proyección de su mesada pensional a futuro, ni se le asesoró acerca de cómo mejorarla; recibió publicidad engañosa en el que se indicaba que la pensión en los fondos privados se le podía dejar a quien quisiera, mientras que en el régimen de prima media no, y que la rentabilidad en el fondo es individual, mientras que en el otro régimen es compartida, no obstante, nunca le explicaron esos aspectos a través del tiempo, ni tampoco que podía devolverse faltándole 10 años para cumplir la edad.

Afirmó, que en el año 2011 intentó trasladarse de régimen, pero la solicitud fue negada; el 14 de junio de 2016 fue la primera vez que recibió información acerca de su bono pensional y sobre la cantidad de semanas cotizadas que no se encuentran acorde con la realidad; el 23 de diciembre siguiente Protección S.A. le informó que su pensión sería de \$822.486, y que si continuaba aportando hasta los 60 años de edad, la mesada sería de 41.202.119, mientras cotizara sobre la base de \$4.996.000 con fidelidad del 100% de aportes; sin embargo, en el régimen de prima media obtendría una pensión de \$3.273.380 desde el año 2017; solicitó mediante una acción de tutela la nulidad de la afiliación, la cual fue negada por improcedente, por parte del Juzgado 49 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, decisión confirmada por el Juzgado 8.º Penal del Circuito con Función de Conocimiento; el 3 de octubre de 2017, solicitó información acerca de su situación pensional, y el 5 de enero de 2018, le respondieron que su pensión a los 58 años de edad sería de \$1.184.528, lo que no es acorde con su ingreso de \$5.617.996, que es su mínimo vital; sufre de enfermedad catastrófica denominada síndrome del Sjodren e Hipotiroidismo, la cual requiere de tratamiento y medicamentos especiales no reconocidos en el POS, por lo que no le alcanzaría con la mesada proyectada; el 30 de noviembre de 2016, el 1.º de marzo de 2017, el 20 de junio de 2018, nuevamente solicitó el traslado de régimen, pero fueron negadas las peticiones (f.º 3-8).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 22 de octubre de 2018, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (f.º 244).

Colpensiones, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con

prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (f.º 252-263).

Protección SA, se opuso parcialmente a las pretensiones y propuso como excepciones de fondo o de mérito las denominadas: inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, prescripción, buena fe y aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones (f.º 283-323).

Colfondos SA, formuló como excepciones las de inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios en el consentimiento que generen nulidad, caducidad, buena fe y prescripción (f.º 388-416).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 249, 250).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 30 de agosto de 2019, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, en consecuencia absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra e impuso costas a cargo de las partes, tras considerar que al aplicar la jurisprudencia al caso en concreto, se verificó que no se acreditó que los fondos demandados hubieran engañado a la demandante cuando dio su consentimiento para trasladarse de régimen pensional, aunado a que se demostró que a lo largo de su vida profesional que fue muy activa, buscaba un mejor escenario para construir su pensión, al realizar los traslados dentro del mismo régimen de ahorro individual con solidaridad, de lo que dedujo que tenía pleno conocimiento de ese régimen pensional, aunado a que nunca fue beneficiaria del régimen

de transición (f.º 448-451).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La **demandante**, apeló con el argumento de que las demandadas no cumplieron con el deber legal de información, buena y doble asesoría y buen consejo, como se ha sostenido jurisprudencialmente y mucho menos corrieron con la carga probatoria de acreditar tal circunstancia de manera puntual frente a su caso, así que de no acceder a las pretensiones se estaría causando un perjuicio irremediable.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará si el traslado de régimen pensional de la demandante, estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente, y así declarar la ineficacia del traslado de la demandante María Janneth Romero Sabogal, del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 16 de agosto de 1960 (f.º 189); **ii)** laboró entre el 1.º de marzo de 1982 y el 28 de febrero de 1986 para la Notaría 29 del Círculo de Bogotá, tiempo que cotizó en Cajanal (f.º 33, 34); **iii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 16 de diciembre de 1987 hasta el 31 de diciembre de 1999, 409.43 semanas (f.º 28-30); **iv)** que el 24 de noviembre de 1999 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colfondos S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de enero de 2000 (f.º 417,

335), y que luego de varias transferencias entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente se encuentra vinculada a Protección S.A., con un total de 1376.14 semanas cotizadas, según lo informado por dicha entidad en la historia laboral que reposa de f.º 177 a 186 y de 337 a 346.

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

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

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

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación,

de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

En el presente proceso, ello ocurrió precisamente si se observa que en el recuadro denominado 'voluntad de afiliación' de la afiliación a fondo de pensiones obligatorias n.º 7280150 diligenciado el 2 de diciembre de 1999, se encuentra el siguiente texto 'preimpreso', encima de su firma como afiliada: *«Hago constar la sección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado **en forma libre, espontánea y sin presiones**. Manifiesto que he elegido a la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías SA Colfondos, para que administre mis aportes pensionales y que los datos aquí reportados son verdaderos»* (f.º 417).

De manera que se podría entender que con este acto produjo los efectos de traslado válido al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a Colfondos, fuera ineficaz o estuviera viciado de nulidad como lo afirmó la parte demandante, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando la suscripción del mencionado formulario no fue objeto de reproche de su parte; por el contrario, en su interrogatorio de parte, admitió que impuso su firma de manera libre y voluntaria, sin presiones, después de haber leído el formulario de Colfondos, y haberle dado la información al asesor para que lo diligenciara, lo que incluso también ocurrió con el formulario diligenciado ante Santander en el año 2004, lo que considera la Sala como una ratificación tácita del acto jurídico de traslado, con cumplimiento de las solemnidades legales.

Lo anterior por cuanto dichas obligaciones generales y especiales que establecen los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de

1994, a cargo de los Fondos de Pensiones, relativas al deber de información para con los afiliados, se suple con aquellas previsiones que se reitera, fueron aceptadas por la demandante, al momento de suscribir los formularios, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad libre, espontánea y sin presiones.

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

Tampoco se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en la demandante para su afiliación, por parte de la administradora de fondos de pensiones, en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil, pues de las afirmaciones efectuadas en los hechos n.º 8, 10 a 12, 16 y 18 (f.º 4-8) y al absolver el interrogatorio de parte (f.º 385-387), es factible inferir que conocía algunas de las posibilidades que ofrece el RAIS, porque admitió ser Contadora y que recibió una asesoría por parte de Colfondos, en el sitio en donde trabajaba para esa época; que aunque pidió inicialmente un traslado solo de sus cesantías, admitió haber recibido extractos por parte de Colfondos, Santander y Protección S.A. en donde podía observar el movimiento que tenía su bono pensional y de sus aportes a pensión, lo que se constata con los aportados con la demanda y contestación de f.º 37 a 69 y 359 a 361; afirmó, que no efectuó ningún reclamo a Colfondos respecto de su afiliación inicialmente planeada solo para cesantías, porque los asesores le indicaron en el sitio en el que trabajaba, los beneficios de pasarse al fondo de pensiones, dentro de los cuales se

encontraba obtener una pensión anticipada y que el Instituto de Seguros Sociales sería liquidado, tanto que después en el año 2004 como le ofrecieron mejores rendimientos de sus aportes pensionales y beneficios que en el fondo anterior, se trasladó de administradora; señaló, que por esa razón nunca le indicó a Colfondos que quería retirar su afiliación respecto de sus aportes a pensión; agregó, que solo después del año 2011 empezó a averiguar acerca de su situación pensional y a solicitar en varias oportunidades el reintegro al régimen de prima media con prestación definida. Manifestaciones que denotan su convicción sobre el traslado de régimen, la asesoría recibida y el conocimiento de características propias del régimen pensional al que se trasladó.

Aunado a lo anterior, a pesar de que las testigos Bertha Lucía Botero Jiménez y Consuelo Guzmán Pinzón, compañeras de trabajo de la demandante en la Secretaría de Gobierno en el año 2004 y en la Alcaldía Local de Teusaquillo en el año 2003, respectivamente, no les consta en forma directa cómo se dio el traslado de régimen pensional ocurrido en el año 1999, sí confirmaron lo atinente a la asesoría que recibieron junto con la demandante en la época en que fueron compañeras de trabajo, por parte del fondo de pensiones Santander, y la información dada por el respectivo asesor.

Se considera entonces, que no existen elementos de juicio que permitan establecer coacción, error o inducción al mismo como vicios del consentimiento, la deficiencia de la asesoría que se aduce, menos aún el dolo consistente en artificios o engaños para obtener el consentimiento en el traslado, pues lo que está claro es que la demandante fue asesorada y conocía las condiciones del régimen al cual se vinculaba, por lo tanto, no había lugar a declarar ni la nulidad de la afiliación a la AFP Colfondos, ni la ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se acreditó que

persona alguna hubiese atentado contra el derecho de la trabajadora a seleccionar el régimen pensional.

Y no se puede perder de vista, que conforme a los formularios que suscribió en el mes diciembre de los años 1999 y 2004 (f.º 36, 352 y 417), la demandante recibió una amplia y más que suficiente asesoría para efectos de su vinculación a Colfondos, Ing y a Santander, hoy Protección, razón por la cual, si no consideraba conveniente a sus intereses su permanencia en el régimen de ahorro individual con solidaridad, pudo haber hecho uso de su derecho a retractarse, o de regresar al régimen de prima media.

De igual modo, frente a las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 y 31314, reiteradas en la SL, 22 nov. 2011 rad. 33083 -que se adujeron como sustento de las pretensiones (f.º 11 a 23), no son aplicables porque aquellos asuntos difieren sustancialmente de este, encontrándose los afiliados en cada caso, en circunstancias muy distintas respecto del sistema pensional, en la última citada, cuando el afiliado se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual, contaba 58 años y 1286 semanas cotizadas, por lo que consideró la Alta Corporación que era *“claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos”* y que era *“evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición”*; además en todos estos asuntos, se acreditó que la información dada por los fondos no fue veraz, pues se allegaron proyecciones que no se encontraban acordes con la realidad, acreditándose la inducción al error por parte del asesor del fondo, que determinó el traslado.

Empero en este caso, no se acreditó que hubiese sido una información engañosa la suministrada a la demandante, ni era evidente que le convenía más estar en uno u otro régimen pensional, ni tenía una expectativa legítima, teniendo en cuenta tanto el tiempo que cotizó a Cajanal y las semanas que tenía cotizadas en el Instituto de Seguros Sociales (que suman 617.43 – f.º 28-30, 33, 34), y la edad cumplida a la fecha de traslado (39 años – f.º 189), por lo que difiere este caso del analizado en las sentencias que se citan, dado que para esa data se encontraba en plena formación de su derecho a la pensión y la decisión de traslado no causó ningún efecto nocivo.

Ahora, respecto a la proyección del valor de la mesada pensional que aludió la demandante, no se considera por la Sala posible, pues precisamente para el momento del traslado, como se dijo, le faltaban casi 18 años para arribar a la edad mínima pensional y más del 50% de las semanas de cotización necesarias para ello, que se incrementaron con la Ley 797 de 2003, así que, cualquier proyección o cálculo pensional en ese momento constituiría una simple especulación, ya que era imposible prever, si le resultaba más beneficioso permanecer en uno u otro régimen, al desconocerse totalmente las condiciones laborales de la demandante con posterioridad al traslado, indispensables para determinar sus posibilidades pensionales.

En este punto, resulta relevante advertir que, no podían los asesores de Santander, Protección, Ing y Colfondos, informarle a la demandante, previo a la suscripción de las afiliaciones, que podría devolverse al régimen de prima media hasta antes del cumplimiento de los 47 años de edad, pues ello fue así con ocasión de la reforma pensional introducida por la Ley 797 de 2003, el traslado ocurrió 4 años antes de su expedición, por lo que tal restricción no existía para ese momento.

Además, en esas providencias, así como en la SL12136-2014, citada en la demanda y en la decisión de primera instancia, se analizaron casos en los que el traslado significó la pérdida del régimen de transición, como presupuesto especial para el traslado de la carga de la prueba en torno a la afectación de la voluntad, supuesto que aquí no se da, y, por tanto, debe seguirse la regla general respecto a que corresponde a quien alega un vicio del consentimiento acreditarlo.

De manera que, era menester demostrar que ese traslado de régimen le generó un perjuicio cierto y real frente al derecho pensional, situación esta última que no ocurrió en este caso, porque la demandante nunca fue beneficiaria del régimen de transición, porque contaba con 34 años de edad y un equivalente aproximado de 424 semanas de cotización a 1.º de abril de 1994 (entre los tiempos cotizados a Cajanal y al Instituto de Seguros Sociales) y su selección de régimen pensional, por tanto, se verificó en igualdad de condiciones frente a los demás usuarios del sistema que no lo son, tuvo la posibilidad de trasladarse nuevamente de acuerdo con la Ley 797 de 2003, con las limitantes establecidas para todos los afiliados, hasta antes del 16 de agosto de 2007 y no lo hizo, al contrario, en diciembre de 2004, hizo su primer traslado de administradora a Santander, sin perder de vista que este aspecto de índole legal, que fue publicitado por varios fondos, entre ellos, Santander, Colfondos y Protección S.A., mediante publicación de comunicados de prensa en periódicos de amplia circulación nacional, como los que se acreditaron en este asunto (f.º 364-366, 429-431).

Por ende, la afiliada no contaba con un derecho consolidado, que le generara una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión bajo las previsiones del sistema de prima media con prestación definida.

Y con las 3 solicitudes de vinculación efectuadas a Santander, Colfondos y Protección, ya reseñadas, estima la Sala que las mismas son claramente indicativas de que la promotora del juicio tenía pleno y amplio conocimiento del régimen de ahorro individual con solidaridad, advirtiéndose como ratificaciones tácitas del acto jurídico de traslado, corroborando su conocimiento de las condiciones del régimen en el que se encontraba.

Sobre las consideraciones expuestas en las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL1452 y SL1421 ambas de 2019, se debe advertir que no desconoce la obligación de los fondos de pensiones de suministrar a los afiliados la información completa y veraz respecto a las condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, sin embargo, se considera que la omisión de esa obligación, *per se*, no afecta ni la validez ni la eficacia del acto jurídico de traslado, salvo que se constituya en un verdadero engaño, en maniobras o artificios tendientes a obtener el consentimiento en la celebración del acto jurídico de traslado, lo que necesariamente debe analizarse en cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias fáctico jurídicas particulares que lo rodean, como se dijo en la sentencia STL3186-2020, con la advertencia de que el juez está facultado para formar libremente su convencimiento sin estar sujeto a tarifa legal alguna, en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica (artículos 51, 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social); sin embargo, con base en ello, en este caso en específico se reitera no se acreditó.

Además, en las reseñadas providencias de 2019 se analizaron también asuntos en los que los traslados significaron la pérdida del régimen de transición para los afiliados, y aunque se mencionó en las

consideraciones de las decisiones, que ese hecho no resultaba relevante de cara a la información que debía suministrarse al afiliado y al traslado de la carga de la prueba respecto de la misma, conforme a las aclaraciones de voto de 2 de los 4 magistrados que las tomaron, se advierte que sí resulta relevante, y que, solo en esos eventos en los que se acredita el perjuicio por ese hecho, se traslada la carga de la prueba respecto a la información otorgada previo al traslado de régimen por la vinculación al Régimen de Ahorro Individual.

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

Si en gracia de discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido en diciembre del año 1999, el mismo tuvo que ser advertido en esa oportunidad, ante la información brindada, por lo que, indefectiblemente, partir de esa fecha, debía contarse el plazo de 4 años con el que contaba la afiliada para pedir la rescisión del acto jurídico de traslado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, y como no lo

hizo, ese hecho debe tenerse como una ratificación tácita del acto, con lo que se sana cualquier nulidad que hubiese podido existir.

Por lo dicho anteriormente, no es viable que la demandante pretenda ahora la nulidad de su traslado, después de que observó que la pensión no estaría acorde con sus aspiraciones económicas. Por ende, la afiliada debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó, tal y como lo admitió al firmar el formulario de vinculación a Colfondos.

En consecuencia, en ningún vicio del consentimiento, ni causa de nulidad o ineficacia se incurrió en el traslado de régimen pensional surtido por la demandante, quien ese encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo que se **CONFIRMARÁ** la sentencia impugnada y consultada. Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

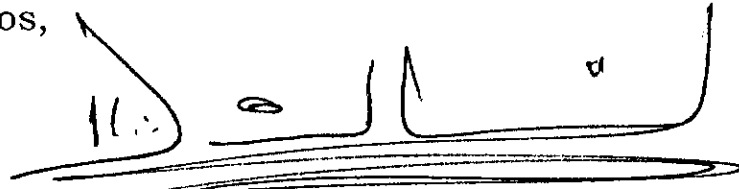
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de agosto de 2019, por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER

Ángela Lucía Murillo Varón
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Hernán Mauricio Oliveros Motta
HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
SALVO VOTO

Rad. 110013105 018 2018 00504 01

SALVAMENTO DE VOTO

Demandante: María Janneth Romero Sabogal
Demandado: Colpensiones y otros
Radicado: 110013105 018 2018 00504 01

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que en el caso bajo estudio, **la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad demandada**, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró haber brindado **a la accionante** al momento de la afiliación o con posterioridad, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse del el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Lo anterior, se edifica en que la característica fundamental para la selección de régimen pensional, es que la misma sea libre y voluntaria por parte del afiliado, conforme lo dispone el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; igualmente, el artículo 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada y, permite realizar una nueva en forma libre y espontánea.

También, desde la expedición del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; el artículo 4º decreto 656 de 1994 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, dispusieron las obligaciones de las AFP de ofrecer un servicio eficiente, eficaz, y oportuno a los usuarios, brindándoles la información necesaria para tomar la decisión de afiliarse y permanecer en el régimen pensional. Premisa que conforme a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de

modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible, pues, solo así, se entenderá que el asesor o promotor del fondo pensional ha emitido un consejo, sugerencia o recomendación de manera completa en atención a las situaciones particulares del afiliado (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018; STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Paralelamente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL1421 de 2019, la misma corporación indicó que, el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”*, la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. **Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado.**

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que, para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688-2019 y SL1452-2019. Ello es así también, porque considero que las *“expectativas legítimas”* es un concepto vacío que no puede ser llenado por el

intérprete de manera subjetiva sin la existencia de unas reglas claras y objetivas, so pena de transgredir el derecho fundamental a la igualdad.

También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en aplicación del artículo 1604 del Código Civil, señaló que en tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

En el presente asunto, ninguna confesión se colige del interrogatorio de parte surtido por la demandante de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, dado que no se advierte del mismo que le hubieren ilustrado al momento del traslado o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que por ley tenía para trasladarse, acerca de las características, condiciones, acceso, servicios, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, en un lenguaje claro, simple y comprensible. Se reitera que no existe libertad informada cuando la persona desconoce realmente de los efectos que pueda acarrearle el cambio de régimen, de allí, la gran importancia de la carga de la prueba en cabeza de la administradora de pensiones, en demostrar que el cambio de régimen fue lo suficientemente informado.

Finalmente, considero que la sostenibilidad del sistema no se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su **vida productiva**, en los cuales se **edifica el financiamiento de la pensión**, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social (Ley 100 de 1993), serán devueltos con sus rendimientos y gastos de administración al régimen de prima media con prestación definida.

En consecuencia, para el suscrito Magistrado se configuró una violación del deber de información, lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, que no puede entenderse superada con la suscripción del formulario de afiliación, con lo dicho en el interrogatorio de parte y tampoco por las cotizaciones efectuadas en el RAIS, por lo que resulta procedente declarar la ineficacia del traslado e imponer las consecuentes condenas.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

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

EXP. 11001-31-05-004-2018-00681-01

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida el 22 de agosto de 2019, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

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

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

Para el efecto, manifestó que nació el 4 de septiembre de 1960 y cotizó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida un total de 875 semanas entre el 13 de octubre de 1980 y el 1.º de abril de 2007; que en mayo de 2007, se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, Fondo AFP Protección, y a partir del 29 de octubre 2012 al mismo régimen, Fondo AFP Old Mutual, al cual se encuentra vinculada, completando un total de 1779.57 semanas cotizadas a ambos regímenes; que su decisión de cambiar de régimen pensional no fue una decisión informada, autónoma y consciente, ya que no se le brindó información completa, veraz e integral sobre las consecuencias del traslado en cuanto a la forma en que se impactaría su mesada pensional; que el 8 de febrero de 2016, radicó un derecho de petición ante AFP Protección en procura de obtener copia del formulario de afiliación, así como la aclaración sobre las variables que se le tuvieron en cuenta para determinar el valor de la mesada pensional y una proyección del valor de la mesada que le correspondería en uno y otro régimen, recibiendo una respuesta que no fue integral frente a los interrogantes planteados; que igual petición presentó el mismo día a la AFP Old Mutual, que le respondió que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a la edad de 57 años su mesada sería de \$1,.933.000, y en el Régimen de Prima

Media con Prestación Definida, sería el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, aclarándole posteriormente que su pensión en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad sería de \$2.350.000 a la edad de 57 años, y reiterándole el mismo monto pensional en el Régimen de Prima Media; que la AFP Old Mutual le indicó que el formulario n.º612698 fue suscrito por ella en forma voluntaria, aceptando las condiciones y manifestándole que era ajena al primer traslado que hizo; que a cada una de las entidades demandadas solicitó la nulidad de los traslados, recibiendo respuesta negativa, solicitud con la que agotó la reclamación administrativa prevista en el artículo 6.º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

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

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

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

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

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 4.º Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 22 de agosto de 2019, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra por la demandante, a quien le impuso el pago de las costas.

Consideró, que la demandante estaba informada de los efectos del traslado de régimen pensional, y convalidó su intención de trasladarse y pertenecer al Régimen de Ahorro Individual.

Se refirió a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL17595 de 2018 de octubre de 2017, en donde se consignan los deberes y obligaciones de las administradoras de pensiones para el traslado de regímenes, como lo es que la información comprenda todas las etapas del proceso desde el momento de la afiliación hasta las condiciones para el disfrute pensional, y el deber de suministrar una información completa y

comprensible por parte de un asesor experto al afiliado, por tratarse de un asunto de alta complejidad.

Asimismo, aclaró que la carga de la prueba para demostrar que se brindó la información necesaria para el traslado de régimen pensional, se invierte a favor del afiliado conforme a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL – 68852 de 3 de abril de 2019.

Analizó las siguientes pruebas documentales allegadas al proceso: simulador pensional efectuado a la demandante por AFP Protección de fecha de 20 de junio de 2007, en el cual consta un cálculo de pensión en el Régimen de Ahorro Individual, y un cálculo de pensión en el Régimen de Prima Media (f.º 224), y formulario de reasesoría pensional expedido por AFP Protección (f.º 225), en donde la demandante firmó declaración de haber recibido información y el cálculo de su pensión de forma clara. El juez de primera instancia enfatizó en que le restaba valor probatorio al formulario de afiliación inicial a la AFP Protección, por no estar firmado por la demandante.

Respecto del interrogatorio que se le realizó a la demandante, el juzgado consideró que no hubo claridad en su relato, debido a que se limitó a manifestar que no tenía conciencia de nada, y que no se acordaba de haber firmado los documentos aportados por la parte demandada. No obstante, estos documentos no fueron tachados de falsos por su apoderado ni se desconoció la firma contenida en ellos.

Igualmente, el juez de primera instancia manifestó no entender la razón por la cual la demandante afirmó que creía que los documentos firmados correspondían a un trámite de las cesantías, cuando en el simulador Pensional y en el formulario de reasesoría pensional constaba en letra mayúscula y negrilla la palabra

“pensional”, refiriéndose al término de “simulador pensional” y “reasesoría pensional”. En efecto, consideró que la demandante estaba informada de las consecuencias de traslado de régimen y ratificó su intención de permanecer al Régimen de Ahorro Individual., cuando se trasladó a la AFP Old Mutual.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

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

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

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

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

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

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

Finalmente, manifestó que al caso le era aplicable los pronunciamientos jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a los que hizo referencia el juez, toda vez que el asesor experto ocultó información y persuadió a la demandante de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual sin expresarle los efectos adversos del traslado. En este orden, solicitó que se revocará la decisión, puesto que hubo indebida apreciación de

una prueba, y se dio por demostrada la ratificación de voluntad de la demandante, pese a la existencia de un formulario no firmado.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional de la aquí demandante estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente; y si hay lugar a ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

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

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

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

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

En el presente caso, aun cuando el formulario de traslado de fecha de 8 de noviembre 2000 de AFP Protección S.A., no está firmado por la demandante, no se puede ignorar el hecho de que el día 20 de junio de 2007, la demandante firmó documento de simulador pensional (f.º225), en el cual consta una proyección de la pensión tanto en el Régimen de Ahorro Individual como en el Régimen de Prima Media. De igual forma, el día 22 de junio de 2007 firmó documento de reasesoría pensional proferido por AFP Protección, todo lo cual evidencia que en realidad la demandante sí fue informada de lo relativo a su situación pensional en los dos regímenes.

Sumado a lo anterior, cuando la actora se trasladó de la AFP Protección S.A. a la AFP Old Mutual, suscribió el correspondiente formulario de traslado de AFP, como así aparece en el recuadro denominado “*Firma del afiliado y voluntad de afiliación*”, cuyo texto es el siguiente: “*De acuerdo con el Decreto 692/94, art. 11, hago constar que la selección de régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado de **forma libre, espontánea y sin presiones**, manifiesto que he elegido a la administradora Skandia Pensiones y Cesantías S.A., para que administre mis aportes pensionales y que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos. Así mismo, autorizo a la Administradora Skandia Pensiones y*

Cesantías S.A., para que tramite a mi nombre la emisión de bono pensional. Declaro que he sido asesorado sobre las implicaciones del régimen de transición así mismo conozco que dispongo de cinco (5) días hábiles a partir del diligenciamiento de esta solicitud, para retractarme de la afiliación (f.º 108).

Por tanto, es claro que el acto de traslado fue válido sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a la AFP Old Mutual estuviera viciado de nulidad como lo afirmó la parte demandante, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando la suscripción del mencionado formulario no fue objeto de reproche de su parte. Por el contrario, en su interrogatorio de parte, manifestó tener sus aportes en la AFP Old Mutual y reconoce que la afiliación se efectuó de forma voluntaria en el año 2012 o 2014, como está consignado en el formulario de afirmación suscrito el día 29 de octubre de 2010 (f.º 108), por cuanto un conocido le dijo que iba a tener mejor rentabilidad en Old Mutual. Dicha circunstancia, es indicativa del conocimiento de la demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad, lo que considera la Sala como una ratificación del acto jurídico de traslado, con cumplimiento de las solemnidades legales.

Lo anterior, debido a que dichas obligaciones generales y especiales que establecen los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, a cargo de los Fondos de Pensiones, relativas al deber de información para con los afiliados, se suple con aquellas previsiones que se reitera, fueron aceptadas por la demandante, al momento de suscribir los formularios, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad libre, espontánea y sin presiones, lo que igualmente corrobora que la demandante tenía la firme voluntad de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, con las consecuencias que ello conlleva.

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

De igual manera, no se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en la demandante para su afiliación, por parte de las AFP, en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil, pues de las afirmaciones efectuadas al absolver el interrogatorio de parte, se puede inferir que la demandante era consciente de que estaba afiliada a la AFP Old Mutual, y de las implicaciones del traslado de régimen debido a que la demandante reconoció que firmó los documentos de simulador Pensional efectuado por AFP Protección de fecha de 20 de junio de 2007, en el cual consta un cálculo de pensión en el Régimen de Ahorro Individual; un cálculo de pensión en el Régimen de Prima Media (f.º 224), y formulario de reasesoría pensional expedido por AFP Protección (f.º 225).

No se puede dejar pasar por alto, que en el interrogatorio que absolvió la demandante, manifestó que se trasladó a la AFP Old Mutual puesto que una compañera del área comercial de visita médica, le manifestó que iba a tener mayor rentabilidad en este fondo. En esa misma diligencia, reconoció que había realizado aportes voluntarios a la AFP Old Mutual y un ahorro voluntario para realizar una compra futura, lo cual reportó en sus declaraciones de renta anuales.

Se considera entonces, que no existen elementos de juicio que permitan establecer coacción, error o inducción al mismo como vicios del consentimiento, o la deficiencia de la asesoría que se aduce; menos aún, el dolo consistente en artificios o engaños para obtener el consentimiento en el traslado, pues lo que está claro es que la demandante fue asesorada, que conocía las condiciones del régimen al cual se vinculaba y que sus traslados a AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad los efectuó de manera voluntaria, lo que descarta que se pueda declarar la nulidad de la afiliación a la AFP Protección ni a la AFP Porvenir, como tampoco la ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en tanto no se acreditó que persona alguna hubiese atentado contra el derecho de la trabajadora a seleccionar el régimen pensional.

Y no se puede perder de vista, que conforme al formulario que suscribió en octubre de 2012 para su traslado a AFP Old Mutual, la demandante recibió suficiente asesoría para efectos de su vinculación a la mencionada AFP, razón por la cual, si no consideraba conveniente a sus intereses su permanencia en el régimen de ahorro individual con solidaridad pudo haber hecho uso de su derecho a retractarse, o de regresar al régimen de prima media, del cual tenía pleno conocimiento, puesto que se encontraba consignado en el formulario. Así las cosas, en este caso no se acreditó que hubiese habido información engañosa por parte de las AFP Old Mutual y AFP Protección S.A.

De otro lado, no se evidencia que el traslado de régimen hubiese ocasionado un perjuicio cierto y real frente al derecho pensional, toda vez que la demandante nunca fue beneficiaria del régimen de transición, puesto que tenía 34 años edad y 457 semanas de cotización a 1.º de abril de 1994.

Por ende, la afiliada no contaba con un derecho consolidado, que le generara una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión bajo las previsiones del sistema de prima media con prestación definida.

Sobre las consideraciones expuestas en las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL1452 y SL1421 ambas de 2019, se debe advertir que no desconoce la obligación de los fondos de pensiones de suministrar a los afiliados la información completa y veraz respecto a las condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad; sin embargo, se considera que la omisión de esa obligación, *per se*, no afecta ni la validez ni la eficacia del acto jurídico de traslado, salvo que se constituya en un verdadero engaño, en maniobras o artificios tendientes a obtener el consentimiento en la celebración del acto jurídico de traslado, lo que necesariamente debe analizarse en cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias fáctico jurídicas particulares que lo rodean, como se dijo en la sentencia STL3186-2020, con la advertencia de que el juez está facultado para formar libremente su convencimiento sin estar sujeto a tarifa legal alguna, en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica (artículos 51, 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social); sin embargo, con base en ello, en este caso en específico se reitera no se acreditó.

Además, en las reseñadas providencias de 2019 se analizaron también asuntos en los que los traslados significaron la pérdida del régimen de transición para los afiliados, y aunque se mencionó en las consideraciones de las decisiones, que ese hecho no resultaba relevante de cara a la información que debía suministrarse al afiliado y al traslado de la carga de la prueba respecto de la misma, conforme

a las aclaraciones de voto de 2 de los 4 magistrados que las tomaron, se advierte que sí resulta relevante, y que, solo en esos eventos en los que se acredita el perjuicio por ese hecho, se traslada la carga de la prueba respecto a la información otorgada previo al traslado de régimen por la vinculación al régimen de ahorro individual.

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

Si en gracia de discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido en noviembre del año 2000, el mismo tuvo que ser advertido en esa oportunidad, ante la información brindada, por lo que, indefectiblemente, partir de esa fecha, debía contarse el plazo de 4 años con el que contaba la afiliada para pedir la rescisión del acto jurídico de traslado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, y como no lo hizo, ese hecho debe tenerse como una ratificación tácita del acto, con lo que se sana cualquier nulidad que hubiese podido existir.

Por lo dicho anteriormente, no es viable que la demandante pretenda ahora la nulidad de su traslado, después de que observó que la pensión no estaría acorde con sus aspiraciones económicas. Por ende, la afiliada debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó, tal y como lo admitió al firmar el formulario de vinculación a AFP Old Mutual.

En consecuencia, en ningún vicio del consentimiento, ni causa de nulidad o ineficacia se incurrió en el traslado de régimen pensional surtido por la demandante, quien se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que se **CONFIRMARÁ** la sentencia impugnada.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

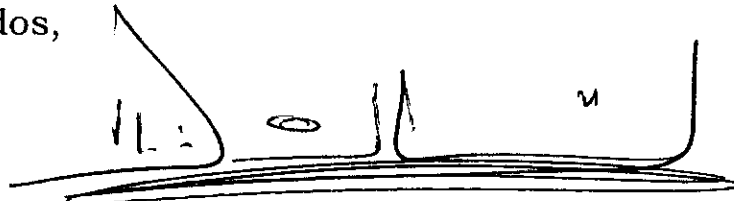
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de agosto de 2019, por el Juzgado 4.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
SALVO VOTO

SALVAMENTO DE VOTO

Demandante: Elsy Jeanette Garzón
Demandado: Colpensiones y otros
Radicado: 110013105 004 2018 00681 01

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que en el caso bajo estudio, **la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad demandada**, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró haber brindado **a la accionante** al momento de la afiliación o con posterioridad, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse del el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Igualmente, no se cumplió con uno de los requisitos esenciales previsto en nuestro ordenamiento jurídico para la validez del acto de traslado, como lo es la firma del formulario de afiliación al régimen de ahorro individual. En efecto, la falta de **suscripción del formulario de afiliación**, incumple el deber legal dispuesto en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que dispone que la selección de régimen pensional es libre y voluntaria por parte del afiliado, *“quien para tal efecto **manifiestará por escrito** su elección al momento de la vinculación o del traslado.”*. Paralelamente, el artículo 14 del Decreto 692 de 1994, modificado por el artículo 1º del Decreto 1161 de 1994; y luego el artículo 46 del Decreto 326 de 1996 que derogó el anterior, vigente para la época en que el demandante se trasladó de régimen, señala que *“El ingreso de un afiliado cotizante tendrá efectos para la entidad administradora, desde el día en el cual ésta reciba el correspondiente formulario...”*. Posteriormente, el artículo 41 del Decreto 1406 de 1999 que derogó el Decreto 326 de 1996, dispuso frente a la efectividad de afiliación que: *“Efectividad de la afiliación. El ingreso de un aportante o de un afiliado, tendrá efectos para la entidad administradora que haga parte del Sistema desde el día siguiente a aquél en el cual se inicie la relación laboral, siempre que se entregue a esta, debidamente diligenciado, el formulario de afiliación. Mientras no se entregue el formulario a la administradora, el empleador asumirá los riesgos correspondientes”*.

Asimismo, y de manera más clara el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, al regular la obligatoriedad del *"DILIGENCIAMIENTO DE LA SELECCION Y VINCULACION"* señala que la ausencia de tal condición, conlleva a no considerar *"válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse."* Por tal motivo, al amparo de lo anteriores preceptos legales no es posible tener como válido y eficaz el formulario, pues, se insiste carece de la rúbrica de la persona y por ende de la prueba de la intención de traslado.

En otro giro, conviene recordar que la característica fundamental para la selección de régimen pensional, es que la misma sea libre y voluntaria por parte del afiliado, conforme lo dispone el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; igualmente, el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada y, permite realizar una nueva en forma libre y espontánea.

También, desde la expedición del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; el artículo 4º decreto 656 de 1994 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, dispusieron las obligaciones de las AFP de ofrecer un servicio eficiente, eficaz, y oportuno a los usuarios, brindándoles la información necesaria para tomar la decisión de afiliarse y permanecer en el régimen pensional. Premisa que conforme a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible, pues, solo así, se entenderá que el asesor o promotor del fondo pensional ha emitido un consejo, sugerencia o recomendación de manera completa en atención a las situaciones particulares del afiliado (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ

SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018; STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Paralelamente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL1421 de 2019, la misma corporación indicó que, el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”, la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. **Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado.**

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que, para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688-2019 y SL1452-2019. Ello es así también, porque considero que las “expectativas legítimas” es un concepto vacío que no puede ser llenado por el intérprete de manera subjetiva sin la existencia de unas reglas claras y objetivas, so pena de transgredir el derecho fundamental a la igualdad.

También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en aplicación del artículo 1604 del Código Civil, señaló que en tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el

deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

En el presente asunto, ninguna confesión se colige del interrogatorio de parte surtido por la demandante de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, dado que no se advierte del mismo que le hubieren ilustrado al momento del traslado o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que por ley tenía para trasladarse, acerca de las características, condiciones, acceso, servicios, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, en un lenguaje claro, simple y comprensible. Se reitera que no existe libertad informada cuando la persona desconoce realmente de los efectos que pueda acarrearle el cambio de régimen, de allí, la gran importancia de la carga de la prueba en cabeza de la administradora de pensiones, en demostrar que el cambio de régimen fue lo suficientemente informado.

Finalmente, considero que la sostenibilidad del sistema no se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su **vida productiva**, en los cuales se **edifica el financiamiento de la pensión**, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social (Ley 100 de 1993), serán devueltos con sus rendimientos y gastos de administración al régimen de prima media con prestación definida.

En consecuencia, para el suscrito Magistrado se configuró una violación del deber de información, lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, pues la demandada ni si quiera probó la suscripción del formulario de afiliación, y lo dicho en el interrogatorio de parte no resulta suficiente, como las proyecciones que alude se efectuaron, dado que ni siquiera señalan cuál sería el monto pensional y tampoco por las cotizaciones efectuadas en el RAIS, por lo que resulta procedente declarar la ineficacia del traslado e imponer las consecuentes condenas.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por HERNANDO LUÍS JÁCOME ARCHILA en contra de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A, y LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

EXP. 11001-31-05-022-2015-00597-02

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida el 22 de agosto de 2019, por el Juzgado veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

El demandante, pretendió que se declare la nulidad de la afiliación efectuada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por **PORVENIR S.A.** y de la afiliación efectuada al R.A.I.S. por **COLFONDOS S.A.**; en consecuencia, se establezca que siempre ha pertenecido al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por **COLPENSIONES**; que se condene a **COLFONDOS S.A.** a efectuar la devolución de los aportes; que se condene a **COLPENSIONES** a activar la afiliación del demandante; a convalidar en la historia laboral de la entidad los aportes devueltos por el RAIS y que se le condene al pago de la pensión de vejez desde el 27 de junio de 2014, más los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; que se condene a los demandados al pago de las costas, y que se tenga en cuenta el principio de la ultra y extra petita.

Para el efecto, manifestó que nació el 27 de junio de 1954; que para la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, esto es el primero de abril de 1994, acreditaba más de 850 semanas cotizadas; que se afilió al Régimen de Ahorro Individual en la A.F.P. **PORVENIR S.A.** el primero de junio de 1995, fecha en la cual contaba con más de 899 semanas de cotización y había cumplido 41 años de edad; momento en el que, además, era clara su expectativa de cotizar las 101 semanas restantes para adquirir su derecho a la pensión una vez cumpliera la edad mínima de 60 años, así como el valor del bono pensional a su favor cuando cumpliera 62 años de edad, sin perder de vista que era claro que aun cuando lograra una pensión en el R.A.I.S., su mesada pensional nunca sería más favorable que la otorgada por el Régimen de Prima Media con

Prestación Definida; que en el mes de abril de 2001, se trasladó de **PORVENIR S.A.** a **COLFONDOS S.A.**; que ninguna de estas dos entidades le informó ni al momento de la afiliación inicial a la primera, ni al momento del traslado a la segunda, que su pensión implicaba la disminución de su mesada pensional en más de un 80% de la que le hubiera otorgado el I.S.S., como tampoco se le dijo en el instante de su afiliación al R.A.I.S. cual era el capital aproximado que debía tener en ese sistema para obtener una pensión igual a la que le otorgaba el R.P.M.P.D., ni que sus beneficios pensionales no iban a ser más favorable que los del último sistema; que acreditaba 1657 semanas de cotización incluyendo el tiempo laborado en el Ministerio de Obras Públicas y Transportes, y 1575 sin incluir el tiempo público laborado y no cotizado al I.S.S.; que desde el mes de diciembre de 2013, Colfondos lo pensionó bajo la modalidad de retiro programado, entidad que incumplió nuevamente con su deber de informarle suficientemente al momento de pensionarse cual era su real situación, como igualmente no le advirtió que por ser beneficiario del régimen de transición por tener más de 750 semanas cotizadas al 1.º de abril de 1994, podía trasladarse en cualquier tiempo al R.P.M.P.D., para obtener una pensión que económicamente le era más favorable.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 11 de agosto de 2015, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas.

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (f.º 84 -85). Propuso como excepciones de fondo cobro de lo no debido, imposibilidad del ente de seguridad social de disponer del patrimonio de los coadministrados por fuera de los cánones legales – buena de Colpensiones, carencia de derecho reclamado, prescripción,

presunción de legalidad de los actos administrativos y compensación. (f.º 88 - 94).

La **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, se opuso a la primera, tercera y décima pretensión de la demanda, pues el traslado fue producto de la decisión libre y voluntaria del demandante, además de haber sido legítimo. A las pretensiones restantes, no se opuso, pero tampoco las aceptó por ir dirigidas a una entidad diferente. (f.º 112-114).

Invocó en su favor las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, prescripción de la acción, buena fe y compensación. (f.º 121-122).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, no se opuso a la primera pretensión, toda vez el traslado de régimen del demandante se hizo en PORVENIR S.A., pero tampoco se allanó puesto que no interfirió en el traslado del demandante a la mencionada A.F.P.

Se opuso a las 9 pretensiones restantes, con fundamento en que el traslado del actor de PORVENIR S.A. a COLFONDOS S.A. es válido por haberse efectuado en cumplimiento del tiempo mínimo de permanencia en PORVENIR S.A., y por no existir vicio alguno en el consentimiento del actor (f.º 157-158). Propuso como excepción previa la de falta de integración del contradictorio, para solicitar la presencia en el proceso de La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Oficina de Bonos Pensionales y Colpensiones como litisconsorcios necesarios por ser las entidades emisoras del bono pensional y de su cuota parte debido al traslado del demandante al RAIS. (f.º 165-166). Esta excepción fue acogida parcialmente por el Juzgado al ordenar la vinculación al proceso de La Nación -Ministerio de Hacienda y Crédito

Público, y negar la de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones-.

Propuso como excepciones de fondo la de validez de la afiliación al R.A.I.S. con COLFONDOS S.A., buena fe, inexistencia de falta de asesoría, negligencia y ocultamiento de información por parte del demandante a COLFONDOS, prescripción de la acción, intangibilidad del bono pensional, responsabilidad exclusiva del demandante, compensación e innominada o genérica. (f.º 166 -167).

La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, igualmente manifestó su oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda por ser improcedentes. Alegó en su favor que no cumple funciones de administradora del Sistema General de Pensiones creado por la Ley 100 de 1993, y que desconoce las circunstancias el traslado del demandante al R.A.I.S., y por consiguiente la asesoría efectuada por COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., al actor. Asimismo, indicó que la Oficina de Bonos Pensionales (OBP) no tiene injerencia alguna en la decisión que al respecto adopte el interesado en pertenecer a un régimen pensional u otro.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de fecha de 19 de agosto de 2019, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante; declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido e intangibilidad del bono pensional formuladas en la contestación, e impuso el pago de las costas al demandante.

Estableció, que no fue objeto de debate en el proceso que el demandante estuvo afiliado al extinto I.S.S. desde el 2 de mayo de 1979, de conformidad con el reporte de semanas cotizadas en pensiones, expedido por COLPENSIONES (f.º5), que a 31 de mayo de 1995 tenía 814.4 semanas válidamente cotizadas; que se trasladó al R.A.I.S. el 8 de mayo de 1995, y que la afiliación se hizo efectiva el primero de junio de 1995.

Consideró, que dentro del expediente no obraba prueba alguna que permitiera establecer que PORVENIR S.A. le informó al demandante de las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales por parte de sus promotores, incumpliendo el deber de información, que está consagrado en el Artículo 12 del Decreto 720 de 1994. Precisó, que en la demandada recaía la carga de la prueba de acreditar que suministró la información requerida al demandante cuando se trasladó de régimen.

Se refirió a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4964 de 14 de noviembre de 2018, en donde señaló que la información otorgada por las A.F.P. debe ser transparente, y que les corresponde dar cuenta de que actuaron con la debida diligencia conforme a lo dispuesto en el artículo 271 del Estatuto de la Seguridad Social y el artículo 1604 del Código Civil.

No obstante, estimó que la nulidad que pudo ocurrir fue subsanada cuando el actor aceptó el monto de la mesada pensional y la modalidad de retiro programado a los 59 años de edad, y la negociación que se hizo frente al bono pensional. Señaló, que solamente manifestó su inconformidad con el valor de la mesada pensional, un (1) año y siete (7) meses después de haberla estado recibiendo a satisfacción, y que el actor optó por la modalidad de

retiro programado a los 59 años de edad, esto es, 3 años antes de adquirir el derecho a la pensión de vejez en el R.P.M.P.D.

Manifestó igualmente, que declarar la nulidad solicitada, sería asaltar la buena fe de las personas que formaron parte de la negociación del bono pensional, las cuales, como lo dijo la apoderada de Colfondos, no fueron convocados al proceso, sin dejar de lado que el derecho a solicitar la nulidad feneció en el momento en que el demandante se acogió a la pensión por retiro programado.

Así las cosas, la nulidad fue subsanada por el afiliado toda vez que en el momento en que alcanzó el derecho pensional no hizo uso de las acciones legales que tenía, además de que el derecho feneció en el momento en que el demandante optó por el reconocimiento de la pensión en la modalidad de retiro programado.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada del demandante, interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia proferida por el juez de primera instancia. Alegó, que el juez dio por demostrado, sin estarlo, que el demandante aceptó la mesada pensional del R.A.I.S., y que de esta forma subsanó la nulidad del traslado.

Indicó, que la solicitud de pensión de vejez a COLFONDOS y su reconocimiento por parte de la A.F.P., no convalidan o subsanan la nulidad, toda vez que solo hasta el año 2013, el actor conoció el monto real de la pensión, puesto que en el momento en que se afilió al R.A.I.S., ni PORVENIR ni COLFONDOS, le informaron que iba a perder el régimen de transición, o que percibiría una mesada pensional de menor valor.

Asimismo, expresó que las A.F.P. no ejercieron el deber de información respecto del afiliado con diligencia, pericia, prudencia, transparencia y de desincentivar al afiliado de una opción que claramente lo perjudicaba, como lo ha dispuesto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL- 31989 de 2008, y la SL-33083 de 2011, debido a que era evidente que acreditaba los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición según su historia laboral de sus cotizaciones al I.S.S., en la que hay que tenerle en cuenta el tiempo de servicios públicos.

De otro lado, afirmó que el demandante recibió notificación del valor de su pensión en diciembre de 2013, y la demanda fue radicada en el año 2015, esto es sin que transcurriera el término de la prescripción trienal establecido en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo y del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Finalmente, se refirió a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia respecto del derecho al régimen de transición, y el derecho a devengar una mejor pensión, que según lo dispuesto en la sentencia SL-1236 de 2014 son derechos irrenunciables.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional de la aquí demandante estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente; y si hay lugar a ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 27 de junio de 1954 (f.º 4); **ii)** prestó servicios al Ministerio del Transporte entre el 3 de marzo de 1977 y el 21 de julio de 1979 (f.º 23 a 26; **iii)** cotizó 753.27 al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 2 de mayo de 1979 y el 31 de marzo de 1994 (f.º5) ; **iv)** que el 8 de mayo de 1995 se trasladó de COLPENSIONES a PORVENIR S.A., con fecha de inicio de efectividad el primero de junio de 1995 (f.º125), **v)** que se trasladó de PORVENIR S.A. a COLFONDOS S.A., el 11 de junio de 2001 (f.º125), y que **vi)** solicitó pensión de vejez el 22 de mayo de 2013 a COLFONDOS S.A.(f.º170). De lo anterior, se colige que era beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por tener más de 15 años de cotización al 1.º de abril de 1994. Asimismo, se observa que no estaba incurso en ninguna de las causales de exclusión del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, que le impidiera el traslado al R.A.I.S., ya que los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5.º del Decreto 692 de 1994 disponen que su solicitud de traslado no podía ser rechazada por el fondo por ser una conducta prohibida para esas entidades, y por último, que actualmente goza de una pensión de vejez en la modalidad de retiro programado reconocida por Colfondos.

De conformidad con el documento del folio 130, que corresponde a la solicitud de vinculación, el demandante se afilió a la A.F.P. Porvenir S.A. el 8 de mayo de 1995. Este formulario no demuestra por sí sólo, que en ese momento el consentimiento del actor estuviera afectado por uno de los vicios del consentimiento. Si bien la jurisprudencia de la Honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que el formulario no es prueba del consentimiento informado, esa misma jurisprudencia indica que dicho formulario acredita el consentimiento, esto es, no prueba la información otorgada, pero sí prueba, a lo sumo, el consentimiento

del demandante (SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras).

En los hechos de la demanda, se afirma que al momento del traslado el actor no fue informado sobre la pérdida del régimen de transición y que no le dieron información completa sobre la diferencia entre los regímenes pensionales.

Sin embargo, como lo dijo el juzgado, no hay duda que cualquier deficiencia en la información por parte de Porvenir quedó subsanada desde el momento en que el demandante aceptó el reconocimiento de la pensión en la modalidad de retiro programado que le hizo Colfondos, pues en comunicación que remitió a esa entidad el 9 de diciembre de 2013 (f.º 178), no solamente aceptó de manera expresa el pago de la pensión bajo dicha modalidad, sino que autorizó a la A.F.P. Colfondos para que realizara el eventual proceso de traslado a renta vitalicia cuando se estimara necesario y con la aseguradora de vida que mejor cotización ofreciera, de acuerdo con el artículo 12 del Decreto n.º832 de 1996 .

En ese orden, es claro que el traslado del régimen de prima media al régimen de Ahorro individual cumple con los requisitos señalados en el artículo 11 del Decreto n.º692 de 1994 que son de validez de conformidad con el mismo artículo, norma que permitía que la manifestación de voluntad se realizara en formatos preimpresos, aunado a que cumple con las normas vigentes para la fecha de traslado, esto es, la manifestación que la selección la efectuó en forma libre, espontánea y sin presiones, como se constata en el formulario, y con ello sometió su aspiración pensional a las disposiciones, requisitos y parámetros contenidos en la Ley 100 de 1993.

Además, se debe señalar que la firma del formulario por parte del demandante es una manifestación del consentimiento emitido por él al tenor de la jurisprudencia y de conformidad con el artículo 1502 del C.C. esa manifestación de voluntad no se debe encontrar afectada de vicios.

Y sobre la reiterada alegación del apelante, expresada en la demanda y en la apelación, de que su consentimiento se encuentra viciado por error configurado al no entregarse la información necesaria para dicho traslado, vale la pena anotar lo siguiente:

Respecto del error enunciado como vicio del consentimiento es de anotar que la legislación señala dos tipos, de derecho y de hecho.

En relación con el error de derecho cabe acotar que se refiere, según la definición doctrinal, “*a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico*”¹, esto es, recae sobre las definiciones legales de los derechos y obligaciones que le acarrearán a los contratantes la suscripción de determinado acto jurídico, y este tipo de error por expreso mandato del artículo 1509 del Código Civil, no vicia el consentimiento de quien lo presta.

Adicionalmente, sin que exista desconocimiento de la obligación legal de las entidades que administran los recursos pensionales de asesorar a los afiliados desde la vigencia de la Ley 100 de 1993, se debe señalar que todos los aspectos que regulan el tema pensional se encuentran regulados en la ley, cuyo desconocimiento no sirve de excusa de conformidad con el artículo 9.º del Código Civil, el cual fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 651 de 1997; dicha falta de conocimiento no se puede invocar como pretexto para afectar de vicios el consentimiento, máxime

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

cuando las consecuencias del traslado operan en virtud de la ley, al punto que así se señala en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación n.º68852, y se indica en las alegaciones presentadas por el Ministerio.

Respecto a que la ignorancia de la ley no es excusa, ya lo señaló la Corte Constitucional en sentencia C-401/16, cuando indicó que: *“debido a que todo afiliado al régimen de prima media con prestación definida debe saber que requiere cotizar mínimo 1.300 semanas para tener derecho a una pensión de vejez -la ignorancia de ley no sirve de excusa-.”* Colpensiones no debía señalar en los reportes cuantas semanas le faltaban al afiliado para cumplir las exigidas para adquirir el derecho; y esto es relevante porque dicho artículo 9.º, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional, es un desarrollo del artículo 95 de la Constitución Política que consagra que todas las personas están obligadas a cumplir la constitución y las leyes. De tal manera, que se descarta en el presente caso la existencia de un error de derecho.

En relación con el error de hecho, se recuerda que se configura cuando el consentimiento recae sobre la especie de un acto o contrato que se ejecuta diferente al que se pretende, y en el presente caso, se observa que el demandante suscribió de manera libre, espontánea y sin presiones la solicitud de traslado de régimen en un formulario que las normas que regulan la materia permiten que sea preimpreso, por lo que no se encuentra una prueba que indique que el accionante fue engañado o que no iba a existir un traslado de régimen, máxime cuando es en el mismo documento donde se señala el traslado de régimen A.F.P. anterior I.S.S. y la escogencia del fondo Porvenir para que administre los aportes pensionales (fl. 19), lo que está reiterado cuando se afilió a Colfondos el 20 de febrero de 2001 (f.º 183) y con la comunicación que envió a esta A.F.P. el 19 de julio de 2013, es decir, antes de pensionarse, en el que señalaba que para continuar

con el trámite del bono pensional, y en su carácter de afiliado al Fondo de Pensiones Obligatoria, le otorgaba poder como administradora del fondo de pensiones para que autorizara la negociación de su bono pensional emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por intermedio de un comisionista de bolsa, de conformidad con la ley, solicitándole también, de manera expresa, que la AFP le informaran el valor de la mejor opción de descuento del bono antes de proceder a su venta (f.º 174), todo lo cual es indicativo de que conocía perfectamente el régimen pensional al que estaba afiliado, por lo que mal podría decir que su supuesta ignorancia fue fruto de la falta de información de las distintas administradoras de pensiones a las que estuvo afiliado.

Adicionalmente, no se puede desconocer, se reitera, que el demandante recibe en la actualidad la pensión de vejez en la modalidad de retiro programado, dado el cumplimiento de los requisitos en el Régimen de Ahorro Individual, sin que el monto de la mesada pensional se constituya, por sí sola, en una causal de nulidad.

Tampoco, en el presente caso se puede desconocer la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la coexistencia de los regímenes pensionales, las técnicas excluyentes para la financiación del sistema pensional y la diferencia en el concepto de solidaridad de cada uno de los regímenes, lo cual se puede constatar en lo expuesto, entre otras, en las siguientes sentencias; en la C-183 de 2019, se dijo lo siguiente:

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

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

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

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

En la providencia C-1024 de 2004, al analizar la exequibilidad del artículo 2.º de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, manifestó:

“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...”.

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 es disímil entre ellos 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 como se indican en las sentencias que declaran la ineficacia o nulidad del acto de traslado, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que solo permite el retorno al régimen de prima media del afiliado que se trasladó de régimen cuando cotizó 15 años o más al sistema antes del 1.º de abril de 1994, pero resaltándose, como atrás se dijo, que el demandante conocía perfectamente el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, lo que descarta que las demandadas hubieran violentado su eventual derecho a obtener una pensión el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Así las cosas, una decisión contraria a la emitida por el juez de primera instancia vulnera los principios de solidaridad propio del régimen de Prima Media, de equidad y de sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones contemplados en el

artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 1.º de 2005.

Por tanto, habrá de confirmarse la sentencia apelada.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de agosto de 2019, por el Juzgado veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado

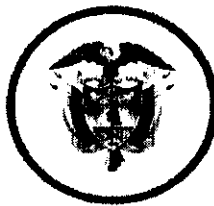


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado *IMPEDIDO*



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

REFERENCIA: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 11001 31 05 **022 2015 00597-02**
DEMANDANTE: RAMIRO FRANCO LEAL
DEMANDADO: AFP COLFONDOS S.A.

AUTO

Bogotá D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil veinte (2.020).

De conformidad con lo establecido en el inciso 4° del art. 140 del C.G.P., me permito poner en conocimiento de Sala, particularmente del Ponente Dr. DAVID A. J. CORREA STEER, que me encuentro impedido para conocer del proceso de la referencia, al amparo de la causal consagrada en el numeral 2 del art. 141 del C.G.P., por haber conocido del proceso en calidad de Juez Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá.

CÚMPLASE

HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Quinta de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **RAFAEL ERNESTO ORTÍZ** contra **PROYECTOS DE INGENIERÍA S.A.**

EXP. 11001-31-05-009-2018-00198-01.

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y demandada, contra la sentencia proferida el 30 de agosto de 2019, por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

RAFAEL ERNESTO ORTIZ, demandó a la sociedad **PROYECTOS E INGENIERÍA S.A.**, para que se declarara la existencia de un contrato de trabajo entre el 11 de abril de 2013 y el 27 de noviembre de 2016, y consecuentemente, para que fuera condenada al pago de los siguientes conceptos: **i)** Cesantías, \$3.925.000 por el año 2014, \$5.110.631 por el año 2015 y \$4.825.563 por el año 2016; **ii)** intereses a la cesantía, \$471.000 por el año 2014, \$613.276 por el año 2015 y \$579.068 por el año 2016; **iii)** prima de servicios, \$3.925.000 por el año 2014, \$5.110.631 por el año 2015, y \$4.825.563 por el año 2016; **iv)** vacaciones, \$1.962.500 por el año 2013, \$2.555.316 por el año 2015 y \$2.412.781 por el año 2016; **v)** horas extras, \$750.000 por el año 2014, \$976.553 por el año 2015, y \$1.015.136 por el año 2016; **vi)** dominicales y festivos, \$175.000 por el año 2014, \$227.862 por el año 2015 y \$236.865 por el año 2016; **vii)** bonificaciones, \$3.000.000 por el año 2013, \$3.909.216 por el año 2014 y \$4.060.545. Igualmente, la sanción por la no consignación de las cesantías según el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y por el no pago del mismo auxilio según el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, así como también que se tenga en cuenta el principio ultra y extra petita.

Como hechos de sus pretensiones, afirmó que mediante contrato de trabajo verbal prestó servicios a la demandada entre el 11 de abril de 2013 y el 27 de noviembre de 2016, desempeñándose como jefe técnico de área, recibiendo como salario las sumas de \$3.000.000 en el 2014, \$3.906.261 en el año 2015 y \$4.060.545 en el año 2016; que desde el momento en que empezó a laborar recibió un carnet de empleado, y que fue afiliado a Salud Total y Porvenir por

cuenta de la empresa; que sus funciones fueron las de dirección de personal y otras, y se le exigió cumplir horario diario, al cual se le hacía control diario.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 9 de abril de 2018, ordenándose su notificación y traslado a la demandada (f.º 128).

PROYECTOS E INGENIERÍA S.A. se opuso a las pretensiones del actor, y en su defensa, dijo que con él no hubo contrato de trabajo sino de prestación de servicios, puesto que fue contratista de la empresa. Propuso las excepciones de caducidad y prescripción, ausencia de los elementos para la existencia del contrato de trabajo, buena fe, inexistencia del derecho y falta de causa y título para pedir.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 30 de agosto de 2019, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes desde el 28 de febrero de 2014 hasta el 1.º de noviembre de 2016, en el que el demandante se desempeñó como jefe técnico de área y electricista, en el cual devengó el salario mínimo legal. Condenó a la demandada a pagar indexadas las siguientes cantidades y conceptos: \$1.732.229, por auxilio de cesantías; \$186.110, por intereses sobre la cesantía; \$1.732.229, por primas de servicio y \$866.115, por compensación de vacaciones. Asimismo, le impuso el pago de las costas por un S.L.M.L.V. Declaró probada la excepción de buena fe del demandado y no probadas las demás y absolvió de las demás pretensiones.

El juzgado se refirió a los artículos 22, 23 y 24 del Código

Sustantivo del Trabajo, y sobre el último artículo, señaló que dispone que la prestación personal del servicio se entiende regida por un contrato de trabajo.

Analizó el interrogatorio del representante legal de la demandada, y los testimonios de Luis Enrique Salcedo y Agustín Vergara. Del primero, tuvo en cuenta que el actor había prestado servicios a la demandada, y de los testigos, lo que relataron sobre la forma en que el demandante prestó servicios. También, examinó el contrato de obra (f. °216 - 218), del cual extrajo que el demandante devengaba el salario mínimo, para concluir que entre las partes hubo un contrato de trabajo.

Sobre los extremos del contrato laboral, dijo que ni el representante legal, ni los testigos, coincidieron en sus declaraciones en este punto, pues uno y otros se refirieron a diferentes fechas. No obstante, expresó que de las planillas integradas de liquidación se veía que la empresa había realizado las cotizaciones desde febrero de 2014 a noviembre de 2016, y como no había día preciso, tomará el último de febrero como el del inicio de la relación laboral y el primero de noviembre como el extremo final, apoyándose en la sentencia SL - 1181 de 2018, de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

En relación con la modalidad del contrato, señaló que debía tenerse como indefinido. Y en cuanto al salario, indicó que de ninguna de las documentales aportadas se podía extraer el salario real, porque los pagos que en allí aparecen corresponden a varios conceptos como reembolsos por compra de materiales, viáticos o mano de obra, además de que el contrato de obra tampoco lo especifica, por lo cual debía presumirse que devengó el salario mínimo legal mensual.

Frente a las horas extras, estimó que no se habían especificado los días ni la cantidad de trabajo, lo que debió acreditarse por el demandante, recordando que la Corte Suprema SL15014-2017 precisa para que el juez produzca condena por horas extras la prueba debe ser clara y precisa, y no sobre suposiciones que no puede hacer el juzgado. Por esa razón, había que absolverse a la demandada.

De la pretensión de derechos laborales y prestacionales que solicitó el demandante, manifestó que la demandada se oponía a ellos con la excepción de prescripción, la que no se había configurado, por lo que debía condenarse al pago del auxilio de cesantías, sus intereses, primas de servicio y compensación de vacaciones, en los valores que atrás se señalaron, más la indexación.

De la bonificación, manifestó que no era un derecho legal y que no había ninguna prueba en el expediente que la acreditara, por lo había que absolver a la empleadora.

De las indemnizaciones moratorias por no consignación y pago del auxilio de cesantía, expresó que, de acuerdo con sentencia de la Corte Suprema de Justicia arriba enunciada, esas sanciones no podían imponerse de manera automática, sino que había que examinar la buena fe de la empleadora, la que estaba demostrada por haber considerado de buena fe la empresa, que estaba ligada con el demandante por un contrato de prestación de servicios.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

1.- PARTE DEMANDADA.

Manifiesta su inconformidad, en lo atinente a que el juzgado tomó como fundamento de su sentencia, un contrato individual de

trabajo de obra, pero que sin embargo, dijo que había contrato indefinido, por lo que si consideraba que hubo contrato de trabajo, debió declarar la existencia del contrato de trabajo por obra, contrato que curiosamente nunca fue alegado por el demandante, además de que estaba firmado por Julieta Hoyos como representante legal de la empresa, cuando el demandante siempre alegó que quien lo contrató fue el señor Jhon Mario Osorio, quien le fijó las condiciones de trabajo en general, y los testigos nunca mencionaron a la señora Julieta como representante legal o como persona que tuviera cargo directivo en la empresa.

Sostuvo, que no se debió declarar la existencia del contrato de trabajo, porque la subordinación no esta relacionada necesariamente con el hecho de que el contratante emita órdenes, instrucciones o directrices al contratista, porque eso es propio del contrato de prestación de servicios, que también debe ser vigilado sin que implique contrato de trabajo, máxime cuando la prueba testimonial y los interrogatorios de parte acreditan que la empresa tenía contratos con varias entidades. Igualmente, dijo que la imposición de horarios tampoco indica subordinación, pues en este caso quien hacía los horarios eran las empresas a las que la demandada les prestaba servicios. Tampoco el carnet indica necesariamente que hubo contrato de trabajo, ya que era indispensable que para que prestara servicios a las otras empresas, tenía que estar debidamente identificado. En síntesis, no hubo análisis integral de la prueba documental, testimonial y los interrogatorios, de las cuales se concluye que no existió contrato de trabajo entre las partes.

2.- PARTE DEMANDANTE.

Dice, que no está de acuerdo con la sentencia porque las planillas demuestran que el demandante tenía un salario superior al

mínimo legal vigente, y que la remuneración que realmente recibió fue las que expresó en la demanda, por lo que considera que los derechos que se deben cancelar deben tener en cuenta el salario realmente devengado. Por eso, discrepa de la manera como el juez liquidó las horas extras y los recargos, porque el actor manifestó en el interrogatorio de parte que arrancó con un valor de hora extra de \$12.000, lo que conlleva a que se liquide con un valor más alto. Que el único inconveniente que se encuentra es que en la demanda se anexaron las planillas donde evidencia que los recargos nocturnos, las horas extras y todo lo que le pagaron al demandante lo hacían con horas de \$14.000 a \$19.600, como obra en las planillas, pero que demuestran las horas extras que él hacía mes a mes. Finaliza diciendo, que es el único inconveniente que expone y solicita al superior jerárquico que se revise el ítem respecto al salario real y verdadero que se le pagaba al demandante por parte de la demandada.

V. CONSIDERACIONES

Para decidir la apelación interpuesta por las partes, el tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, la sentencia de segunda instancia y la decisión sobre los autos apelados, deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, lo cual le impone un límite a la competencia del tribunal, ya que no puede ir más allá de las inconformidades expuestas por las recurrentes.

1.- DE LA APELACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA.

Por razones de método, se comienza por la apelación de la demandada, por alegar la inexistencia del contrato de trabajo.

1.1.- EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO.

Debe advertir la Sala, que el documento titulado como "CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO DE OBRA" (f.º 216 a 218), fue aportado por la sociedad demandada junto con la contestación de la demanda y expresamente solicitó que se tuviera como prueba en el capítulo de pruebas, literal c de las documentales relacionadas (f.º 442). Y todas las pruebas solicitadas por la parte demandada, fueron decretadas por el juez (f.º 449).

En ese orden, el inciso 5.º del artículo 244 del Código General del Proceso, estatuye que la parte que aporta al proceso un documento en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad, salvo que cuando lo presente alegue su falsedad. Y como la parte demandada aportó ese contrato, lo solicitó como prueba, fue decretado como tal y no alegó su falsedad, la única conclusión que queda es que es un documento auténtico y con plenos efectos probatorios, razón por la cual el juez podía formar su convencimiento con base en él.

Igualmente, en los folios 171 a 208, aparecen planillas de pagos a la Seguridad Social, que también fueron aportados por la sociedad demandada, solicitados tener como pruebas y decretados así por el juez, en las que aparece dicha sociedad como aportante y el demandante como empleado de la misma, para las cuales también caben las mismas apreciaciones hechas respecto del contrato de trabajo aludido anteriormente.

Lo mismo ocurre con los documentos de folios 322 y 323, en los que la propia empresa relaciona la remuneración que recibió el actor en el mes de enero de 2014, en la que están incluidos pagos por total horas, horas normales, total horas dominicales, total horas

almuerzos, total horas almuerzo dominicales, que corroboran la declaración que hizo el juez respecto a la existencia del contrato de trabajo, lo que también está acreditado y relacionado para los meses siguientes de acuerdo con las documentales que asimismo aportó la demandada, solicitó como pruebas y el juez decretó (f.º 324 a 413, que van hasta octubre de 2016. Si el demandante era contratista de la empresa, como lo ha alegado, no había lugar a pagos por trabajo suplementarios.

Los anteriores medios de pruebas, más los que examinó el juzgado, son suficientes para acreditar la existencia del contrato de trabajo entre las partes, que el juez fijó en unos extremos que no fueron controvertidos por la parte demandante, también apelante.

Por este aspecto, se confirmará la sentencia apelada.

2.- APELACIÓN DEL DEMANDANTE.

2.1.- SALARIO REALMENTE DEVENGADO POR EL ACTOR.

De las planillas de pagos aportadas tanto por el demandante como por la demandada, tomando en cuenta los extremos que señaló el juzgado, se extrae lo siguiente:

En el año 2014, el actor recibió pagos por los conceptos detallados en las planillas (total horas, horas normales, total horas dominicales, total horas almuerzos, total horas almuerzo dominicales), un total de \$32.534.650, que dividido entre 12, arroja un promedio mensual de \$2.711.220. (f.º.322, 323,326,328, 330, 333, 336, 339, 342 y 362).

En el año 2015, por los mismos conceptos, recibió \$39.924.266, que dividido entre 12, da como resultado un promedio mensual de \$3.327.022. (f.º. 365, 367, 370, 373, 376, 379, 382, 385, 388, 391, 394 y 397).

En el año 2016, igualmente por los mismos conceptos, recibió \$31.776.161, que dividido entre 10, arroja un promedio mensual de \$3.177.616. (f.º.78, 399, 401, 403, 405, 407, 409, 411, 413 y 415).

Contrario a lo que dijo el juez, esas planillas acreditan lo que recibió el demandante por el trabajo realizado durante los meses que allí están referenciados. Por tanto, se tendrá en cuenta, que el demandante devengó en el año 2014, un salario promedio mensual de \$2.711.220, en el año 2015 \$3.327.022, y en la fracción del año 2016 \$3.177.616.

Sobre esos salarios, las condenas que resultan por cesantías, intereses de cesantías, primas de servicio y compensación en dinero de las vacaciones, teniendo en cuenta los extremos señalados por el juzgado, son:

2.2.- CESANTÍAS E INTERESES DE CESANTÍAS.

2.2.1.- CESANTÍAS E INTERESES DEL AÑO 2014.

Le corresponden al demandante por cesantía **\$2.259.350** y **\$225.935**, por intereses de los mismos.

2.2.2.- CESANTÍAS E INTERESES DEL AÑO 2015.

Le corresponden al actor por cesantía **\$3.327.022** y **\$399.242**, respectivamente.

2.2.3.- CESANTÍAS E INTERESES DEL AÑO 2016.

Le corresponden al actor por cesantía **\$3.177.616** y **\$317.761**, por dichos intereses de cesantías.

2.3.- PRIMAS DE SERVICIOS.

En lo concerniente a las condenas por este concepto, se tiene que serán de la siguiente manera:

2.3.1.- AÑO 2014.

Para este año, será proporcional, del 28 de febrero al 31 de diciembre, de la siguiente manera:

En el primer semestre de 2014, el salario promedio del actor fue de \$2.254.542, por lo que por prima de servicios de esta fracción de tiempo, le corresponde a la suma de **\$1.503.028**.

En el segundo semestre de 2014, el salario promedio del actor fue de \$3.167.900, por lo que por este tiempo le corresponde el valor de **\$1.583.950**.

2.3.2.- AÑO 2015.

Este año, será del 1.º de enero al 31 de diciembre, estableciéndose de la siguiente manera:

En el primer semestre de 2015, el salario promedio del actor fue de \$3.512.942, por lo que la prima de servicios es de **\$1.576.471**.

En el segundo semestre de 2015, el salario promedio fue de \$3.141.102, por lo que el monto de la prima es de **\$1.570.551**.

2.3.3.- AÑO 2016.

En este año, será proporcional, del 1.º de enero al 1.º de noviembre, instituyéndose así:

En el primer semestre de 2016, el salario promedio fue de \$2.456.240, por lo que el valor de esta prestación es de **\$1.228.120**.

En el segundo semestre de 2016, proporcional, el salario promedio del demandante fue de \$2.619.414, por lo que el monto es de **\$1.309.707**.

2.4.- COMPENSACIÓN EN DINERO DE LAS VACACIONES.

El actor tiene derecho a las vacaciones así:

Entre el 28 de febrero de 2014 y el 28 de febrero de 2015, 15 días de salario.

Entre el 28 de febrero de 2015 y el 28 de febrero de 2016, 15 días de salario.

Entre el 28 de febrero de 2016 y el 1.º de noviembre del mismo año, proporcionales de 8 meses y 3 días, 10,12 días de salario.

El total es de 40.12 días de salario.

Como se trata de compensación en dinero, de conformidad con lo establecido en el numeral 2.º del artículo 192 del Código Sustantivo del Trabajo, se toma el promedio del salario devengado en el año inmediatamente anterior, que fue de \$3.177.616 (f.º 413). De acuerdo con lo dicho, lo que le corresponde al actor por este concepto, la suma de **\$4.249.531**.

2.5.- HORAS EXTRAS.

Si bien en las planillas ya referenciadas aparecen detallados los conceptos de los pagos hechos al actor, lo cierto es que de ellas no se puede establecer con exactitud el total de horas extras trabajadas por el demandante.

Las mismas, tienen varias casillas que contienen el total horas, total horas normales, total horas dominicales, total horas almuerzo y total horas almuerzos dominicales. También, tiene un cuadro de horas, al parecer trabajadas en el día, pero en los cuales aparecen días en que posiblemente se trabajaba más de ocho horas diarias, pero en otros, una jornada inferior, aspectos estos, que dificultan una liquidación exacta de dichos rubros. Sobre este tópico, tiene razón el juez de primera instancia, al apoyarse en decisiones de la Corte Suprema de Justicia, la que ha dicho reiteradamente que la prueba por horas extras debe ser de una definitiva claridad y precisión, ya que al juzgador no le es dable hacer cálculos o suposiciones sobre ellas.

Sin costas en esta instancia, al haber prosperado el recurso parcialmente.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral segundo de la sentencia proferida el 30 de agosto de 2019, por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, de la siguiente manera:

SEGUNDO: CONDENAR a la sociedad **PROYECTOS DE INGENIERÍA S.A.** a pagar al señor **RAFAEL ERNESTO ORTÍZ**, las siguientes cantidades y conceptos:

I.- OCHO MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS (\$8.763.988), por auxilio de cesantía.

II.- NOVECIENTOS CUARENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS (\$942.938), por intereses de cesantías.

III.- OCHO MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS VEINTISIETE PESOS (\$8.771.827), por primas de servicio.

IV.- CUATRO MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS TREINTA Y UN PESOS (\$4.249.531), por compensación de vacaciones.

Confirmar en todo lo demás el presente numeral.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: COSTAS. Sin costas en esta instancia, al haber prosperado el recurso parcialmente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los magistrados,



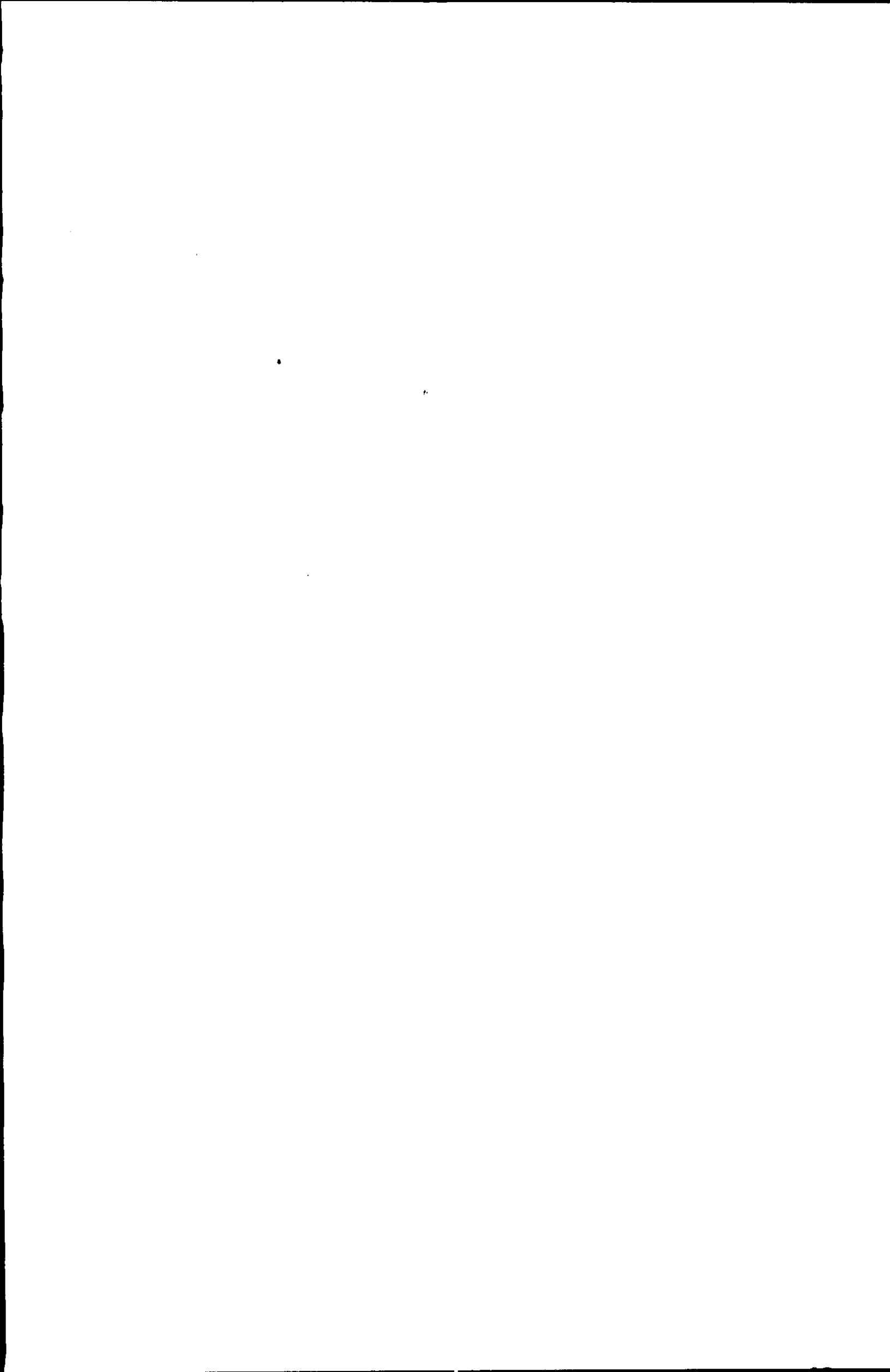
DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA





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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **NELLY ELISA PEÑA TRASLAVIÑA** en contra de **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A.**, y **COLFONDOS S.A.**.

EXP. 11001 31 05 004 2018 00720 01

Bogotá DC, treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2019, por el Juzgado 4º Laboral del Circuito de Bogotá DC, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la existencia de vicio en el consentimiento, porque Colfondos la indujo en error al momento de firmar el formulario de afiliación con el cual se trasladó de régimen

pensional, así como la nulidad o invalidez del mismo, declarando que continúa afiliada al régimen de prima media con prestación definida, en consecuencia, se ordene a Protección revolver todos aportes a Colpensiones, quien deberá recibirla como su afiliada (f.º 3 vto).

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 5 de julio de 1961; realizó aportes en el extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 3 de noviembre de 1979 hasta el 31 de octubre de 1994; en el año 1995 se trasladó a Colfondos, sin haber obtenido información adecuada y completa acerca del cambio de régimen pensional por parte de los asesores en la reunión grupal que tuvo en su lugar de trabajo Terinsa, pues solo le indicó que se podía pensionar a cualquier edad y menos semanas de cotización; reclamó administrativamente el 1.º y el 3 de agosto de 2018, pero las peticiones fueron negadas; su pensión en Protección a los 57 años de edad sería de \$1.307.518, mientras que en Colpensiones sería de \$2.476.599 (f.º 4, vto).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 22 de noviembre de 2018, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (f.º 68).

Protección SA, se opuso parcialmente a las pretensiones y propuso como excepciones de fondo o de mérito las denominadas: prescripción, reasesoría en abril de 2008 y buena fe (f.º 84-89).

Colpensiones, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las 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, compensación y prescripción (f.º 116-125).

Colfondos SA, formuló como excepciones las de inexistencia de la obligación, falta de causa y objeto, pago, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la demandante a Colfondos, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, y compensación (f.º 144-158).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 115).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 4º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 2 de septiembre de 2019, absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra e impuso costas a cargo de la demandante, tras considerar que al aplicar la jurisprudencia al caso en concreto, se verificó que no se acreditó que los fondos privados hubieran engañado a la demandante cuando dio su consentimiento en forma libre, espontánea y sin presiones para trasladarse de régimen pensional y que incluso sabía todas las condiciones régimen al que se estaba trasladando, tanto es así que realizó aportes voluntarios y se movilizó entre administradoras, recibieron reasesorías (f.º 174-176).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La **demandante**, apeló con el argumento de que no se acreditó que realmente recibió una reasesoría ni que le hubieran informado que podría regresarse al régimen de primera media con prestación definida antes de que cumpliera 47 años de edad, solo que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, lo que considera un perjuicio

económico bastante considerable; en todo caso, si hubiera existido la reasesoría, esta no se dio en el momento en que se cambió de régimen pensional entre los años 1994 y 1995, aunado a que no tuvo en cuenta la forma correcta de liquidar el IBL con el cual podía pensionarse, por ende, no existe ninguna ratificación de la afiliación; agregó que cuando recibió la proyección en el año 2008, a pesar de que le dijeron que le convenía más estar en el Instituto de Seguros Sociales, ya no podía regresarse porque estaba incurso en la prohibición de los últimos 10 años.

V. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 5 de julio de 1961 (f.º 9); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 3 de noviembre de 1979 hasta el 31 de octubre de 1994, 750.86 semanas (f.º 23, 130, 131); **iii)** que el 7 de octubre de 1994 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colfondos S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de noviembre de 1994 (f.º 113, 160, 162), y que actualmente se encuentra vinculada a Protección S. A., con un total de 1838.15 semanas cotizadas, según lo informado por dicha entidad en la historia laboral que reposa de f.º 12 a 19.

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento

exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

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

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

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

En el presente proceso, ello ocurrió precisamente si se observa que en el recuadro denominado ‘voluntad de afiliación’ de la solicitud de vinculación n.º 355741 diligenciado el 7 de octubre de 1994, se encuentra el siguiente texto ‘preimpreso’, encima de su firma como

afiliada: «Hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado **en forma libre, espontánea y sin presiones**. Manifiesto que he elegido a la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S. A. Colfondos, para que administre mis aportes pensionales y que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos.» (f.º 160).

De manera que se podría entender que con este acto produjo los efectos de traslado válido al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a Colfondos, fuera ineficaz o estuviera viciado de nulidad como lo afirmó la parte demandante, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando la suscripción del mencionado formulario no fue objeto de reproche de su parte; por el contrario, en su interrogatorio de parte, admitió que impuso su firma de manera libre y voluntaria, sin presiones, después de haber leído el formulario mencionado.

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

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

Tampoco se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en la demandante para su afiliación, por parte de la administradora de fondos de pensiones, en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil, pues de las afirmaciones efectuadas en los hechos n.º 4 a 6 (f.º 4) y al absolver el interrogatorio de parte (f.º 174-176), es factible inferir que conocía algunas de las posibilidades que ofrece el régimen de ahorro individual con solidaridad, porque admitió que recibió una asesoría personalizada en el año 1994 por Colfondos, luego Protección en 1995, y Horizonte, en el sitio en donde trabajaba para esa época; afirmó, que los asesores, quienes permanecían en la compañía todo el día, le indicaron los beneficios de pasarse al fondo de pensiones, dentro de los cuales se encontraba obtener una pensión anticipada, con un mayor valor dependiendo de los montos que hiciera en sus cotizaciones y que el Instituto de Seguros Sociales sería liquidado, sin embargo, con posterioridad supo por las noticias que dicha entidad se transformó en Colpensiones; que lo que la movió a trasladarse a Protección, era que le ofrecían más rentabilidad, para lo cual los asesores le mostraron unas estadísticas que así lo corroboraban; le informaron que cuando se pensionara le trasladaban un bono pensional, pero que lo podía negociar antes cuando quisiera y que eso le garantizaba una buena pensión, así que lo ‘carga’ para todo lado.

Señaló la absolvente que en el año 2011 le informaron que podía mejorar la mesada que le indicaron en ese momento, de acuerdo con los aportes que efectuara en adelante, y que en una oficina a la que acudió le dijeron qué fondos privados le ayudaban en la retención en la fuente, y que podía tener una inversión a la vista, así que sabe que los aportes voluntarios sirven para hacer ahorros y para disminuir la base de la retención en la fuente, porque así la ley se lo permite, de

modo que los ha utilizado y los ha consignado en Protección, tal y como se verifica con los formularios únicos de vinculación que suscribió en junio de 2004 y abril de 2008 para tal efecto, obrante a f.º 95, 100, 101, así como con las solicitudes de novedades de multiniversión diligenciadas en los mismos meses (f.º 102, 103) y la constancia del pago de aportes por valores superiores a \$8.000.000 (f.º 104, 105, 108, 109); señaló que solo se interesó por su situación pensional hasta hace poco, unos 3 o 4 años, pese a que lleva 40 años trabajando. Manifestaciones que denotan su convicción sobre el traslado de régimen, la asesoría recibida y el conocimiento de características propias del régimen pensional al que se trasladó.

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

Y no se puede perder de vista, que conforme los formularios que suscribió en octubre de 1994 y mayo de 1995 (f.º 90, 113, 160, 161), la demandante recibió una amplia y más que suficiente asesoría para efectos de su vinculación a Colfondos y Protección, razón por la cual, si no consideraba conveniente a sus intereses su permanencia en el régimen de ahorro individual con solidaridad, pudo haber hecho uso de su derecho a retractarse, o de regresar al régimen de prima media.

De igual modo, frente a las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 y 31314, reiteradas en la SL, 22 nov. 2011 rad. 33083 -que se adujeron como sustento de las pretensiones (f.º 5-7), no son aplicables porque aquellos asuntos difieren sustancialmente de este, encontrándose los afiliados en cada caso, en circunstancias muy distintas respecto del sistema pensional, en la última citada, cuando el afiliado se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual, contaba 58 años y 1286 semanas cotizadas, por lo que consideró la Alta Corporación que era *“claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos”* y que era *“evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición”*; además en todos estos asuntos, se acreditó que la información dada por los fondos no fue veraz, pues se allegaron proyecciones que no se encontraban acordes con la realidad, acreditándose la inducción al error por parte del asesor del fondo, que determinó el traslado.

Empero en este caso, no se acreditó que hubiese sido una información engañosa la suministrada a la demandante, ni era evidente que le convenía más estar en uno u otro régimen pensional, ni tenía una expectativa legítima, teniendo en cuenta las semanas que tenía cotizadas en el Instituto de Seguros Sociales (750.86 – f.º 23, 130, 131), y la edad cumplida a la fecha de traslado (33 años – f.º 9), por lo que difiere este caso del analizado en las sentencias que se citan, dado que para esa data se encontraba en plena formación de su derecho a la pensión y la decisión de traslado no causó ningún efecto nocivo.

Ahora, respecto a la proyección del valor de la mesada pensional que aludió la demandante, no se considera por la Sala posible, pues

precisamente para el momento del traslado, como se dijo, le faltaban casi 24 años para arribar a la edad mínima pensional y más del 50% de las semanas de cotización necesarias para ello, que se incrementaron con la Ley 797 de 2003, así que, cualquier proyección o cálculo pensional en ese momento constituiría una simple especulación, ya que era imposible prever, si le resultaba más beneficioso permanecer en uno u otro régimen, al desconocerse totalmente las condiciones laborales de la demandante con posterioridad al traslado, indispensables para determinar sus posibilidades pensionales.

En este punto, resulta relevante advertir que, no podían los asesores de Colfondos y Protección, informarle a la demandante, previo a la suscripción de las afiliaciones, que podría devolverse al régimen de prima media hasta antes del cumplimiento de los 47 años de edad, pues ello fue así con ocasión de la reforma pensional introducida por la Ley 797 de 2003, el traslado ocurrió 9 años antes de su expedición, por lo que tal restricción no existía para ese momento.

Además, en esas providencias, así como en la SL12136-2014, se analizaron casos en los que el traslado significó la pérdida del régimen de transición, como presupuesto especial para el traslado de la carga de la prueba en torno a la afectación de la voluntad, supuesto que aquí no se da, y, por tanto, debe seguirse la regla general respecto a que corresponde a quien alega un vicio del consentimiento acreditarlo.

De manera que, era menester demostrar que ese traslado de régimen le generó un perjuicio cierto y real frente al derecho pensional, situación esta última que no ocurrió en este caso, porque la demandante nunca fue beneficiaria del régimen de transición,

porque contaba con 32 años de edad y 725.12 semanas de cotización a 1.º de abril de 1994, y su selección de régimen pensional, por tanto, se verificó en igualdad de condiciones frente a los demás usuarios del sistema que no lo son, tuvo la posibilidad de trasladarse nuevamente de acuerdo con la Ley 797 de 2003, con las limitantes establecidas para todos los afiliados, hasta antes del 5 de julio de 2008 y no lo hizo, sin perder de vista que este aspecto de índole legal, que fue publicitado, mediante publicación de comunicados de prensa en periódicos de amplia circulación nacional, como el que se acreditó en este asunto (f.º 159).

Por ende, la afiliada no contaba con un derecho consolidado, que le generara una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión bajo las previsiones del sistema de prima media con prestación definida.

Y con las 2 solicitudes de vinculación efectuadas a Colfondos, y Protección, ya reseñadas, estima la Sala que las mismas son claramente indicativas de que la promotora del juicio tenía pleno y amplio conocimiento del régimen de ahorro individual con solidaridad, advirtiéndose como ratificaciones tácitas del acto jurídico de traslado, corroborando su conocimiento de las condiciones del régimen en el que se encontraba.

Sobre las consideraciones expuestas en las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL1452 y SL1421 ambas de 2019, se debe advertir que no desconoce la obligación de los fondos de pensiones de suministrar a los afiliados la información completa y veraz respecto a las condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, sin embargo, se considera que la omisión de esa obligación, *per se*, no afecta ni la validez ni la eficacia del acto jurídico de traslado, salvo que se constituya en un verdadero engaño, en maniobras o artificios

tendientes a obtener el consentimiento en la celebración del acto jurídico de traslado, lo que necesariamente debe analizarse en cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias fáctico jurídicas particulares que lo rodean, como se dijo en la sentencia STL3186-2020, con la advertencia de que el juez está facultado para formar libremente su convencimiento sin estar sujeto a tarifa legal alguna, en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica (artículos 51, 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social); sin embargo, con base en ello, en este caso en específico se reitera no se acreditó.

Además, en las reseñadas providencias de 2019 se analizaron también asuntos en los que los traslados significaron la pérdida del régimen de transición para los afiliados, y aunque se mencionó en las consideraciones de las decisiones, que ese hecho no resultaba relevante de cara a la información que debía suministrarse al afiliado y al traslado de la carga de la prueba respecto de la misma, conforme a las aclaraciones de voto de 2 de los 4 magistrados que las tomaron, se advierte que sí resulta relevante, y que, solo en esos eventos en los que se acredita el perjuicio por ese hecho, se traslada la carga de la prueba respecto a la información otorgada previo al traslado de régimen por la vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad.

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

manifestado en el interrogatorio de parte, la demandante fue negligente frente a este aspecto, que decidió voluntariamente cambiarse de régimen, contando con la oportunidad de trasladarse nuevamente de régimen en los términos dispuestos en la Ley 797 de 2003, antes de que le faltaran 10 años o menos para arribar a la edad mínima pensional.

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

Por lo dicho anteriormente, no es viable que la demandante pretenda ahora la nulidad de su traslado, después de que observó que la pensión no estaría acorde con sus aspiraciones económicas. Por ende, la afiliada debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó, tal y como lo admitió al firmar el formulario de vinculación a Colfondos.

En consecuencia, en ningún vicio del consentimiento, ni causa de nulidad o ineficacia se incurrió en el traslado de régimen pensional surtido por la demandante, quien ese encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que se **CONFIRMARÁ** la sentencia impugnada. Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2019, por el Juzgado 4º Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER

Ángela Lucía Murillo Varón
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Hernán Mauricio Oliveros Motta
HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Aclaración voto

ACLARACIÓN DE VOTO

Demandante: Nelly Elisa Peña

Demandado: Colpensiones y otros

Radicado: 110013105 004 2018 00720 01

Con el acostumbrado respeto, me permito aclarar el voto para señalar que el suscrito, a efectos de resolver lo concerniente a la ineficacia del traslado de régimen pensional, ha acogido en su integridad las reglas sentadas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que se sintetizan en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008; CSJ SL 31314, 9 sep. 2008; CSJ SL 33083, 22 nov. 2011; CSJ SL12136-2014; CSJ SL19447-2017; CSJ SL4964-2018; CSJ SL4989-2018; SL1452-2019; SL1421-2019; STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020.

No obstante lo anterior, coincido con los demás integrantes de la Sala que en el presente caso no es posible declarar la ineficacia del traslado, dado que el demandante si recibió suficiente, amplia, objetiva y oportuna información, lo cual es posible inferir a partir de los medios de prueba arrimados al plenario, por tanto, la selección del régimen pensional fue **libre y voluntaria**.

En estos términos aclaro el voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MICHEL DÍAZ RODRÍGUEZ** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLOMBIANA DE TEMPORALES S.A. – COLTEMPORA S.A.** y de **ACTIVOS S.A.**

EXP. 11001 31 05 025 2016 00500 01

Bogotá DC, treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados **ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**, **HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA** y **DAVID A. J. CORREA STEER**, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones EICE, respecto de la sentencia proferida el 16 de agosto de 2019, por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá DC, y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se declare que con ocasión del vínculo contractual sostenido como trabajador en misión de las intermediarias Coltempora SA y Activos SA, entre el 21 de agosto de 2013 y el 20 de marzo de 2015, hubo una relación laboral con Colpensiones y que el contrato de trabajo fue terminado de manera unilateral y sin justa causa por las demandadas; en consecuencia, se condene a las demandadas al pago de la indemnización por despido injusto *«consistente en el pago de los salarios dejados de percibir desde el 20 de marzo de 2015 hasta la fecha en que cese la obra o labor contratada»*, las diferencias salariales y prestaciones en comparación con lo recibido por el personal de planta de Colpensiones, que desempeñaban las mismas funciones que él (profesional senior 3 y profesional II) causadas a lo largo del vínculo laboral.

Adicionalmente solicitó el pago de la reliquidación de las cesantías, de las vacaciones, de los intereses a las cesantías y de las primas de servicios y de vacaciones, más el pago de la prima legal de navidad y las bonificaciones extralegales por año de servicios y por recreación, junto con la indexación de las sumas adeudadas y los perjuicios morales por el despido injusto (f.º 3, 4).

Como sustento fáctico relevante de sus pretensiones, adujo que el 14 de mayo de 2013, el 20 de enero de 2014, el 27 de marzo de 2015, el 28 de enero y el 30 de junio de 2016 Colpensiones suscribió con Activos SA los contratos de prestación de servicios n.º 60, 07, 42, 005, y el otrosí n.º 2 respectivamente para el suministro de trabajadores en misión, y con el mismo objeto suscribió en su orden, los contratos n.º 053, 119 con Coltempora SA el 24 de junio y 9 de diciembre de 2014; a través del Acuerdo n.º 064 de 2013 la Junta

Directiva de Colpensiones aprobó la modificación de la planta de persona, ampliándola a 1268 trabajadores oficiales, de los cuales 98 hacen parte de la Gerencia Nacional de Reconocimiento; por Acuerdo n.º 078 de 2014 se estableció la escala salarial única y beneficios unilaterales para los trabajadores; mediante Acuerdo 083 de 2015 se estableció el incremento salarial para dichos servidores, y el 24 de febrero de 2016, el mismo órgano aprobó el incremento salarial para los trabajadores oficiales en un 7.7.% para la vigencia 2016.

Agregó, el 6 de julio de 2012 Colpensiones depositó ante el Ministerio del Trabajo el pacto colectivo vigente entre junio de 2012 y junio de 2017; como trabajadores en misión tuvo que presentar entrevista ante la Gerencia de Reconocimiento de Colpensiones, por lo que desde el 21 de agosto de 2013 prestó sus servicios en Colpensiones como trabajador en misión hasta el 20 de marzo de 2015, pero fue vinculado como profesional II a través de un contrato de obra o labor suscrito con Activos SA hasta el 25 de junio de 2014, porque a partir del día siguiente se vinculó con Coltempora SA, sin solución de continuidad, cumpliendo las labores descritas en los hechos 42, 43 y 46 que eran las mismas que desempeñaba un Profesional Senior Código 310 Grado 03 de la planta de personal de la mencionada Gerencia, en donde existen 54 cargos similares.

Señaló que inicialmente devengó \$3.500.000, mientras que un Profesional Senior Código 310 Grado 03 ganaba \$3.680.227, y al terminar el vínculo, su salario ascendió a \$3.567.900 en el año 2015, mientras que en la planta de persona devengaban \$4.112.859 para la misma época; Colpensiones solicitó a Coltempora SA la finalización de su contrato de trabajo, por lo que el 9 de marzo de 2015 fue informado que su relación laboral había finalizado porque la obra o labora para la que fue contratado, finalizó, no obstante la misma

subsistía en Colpensiones para la época en que presentó la demanda (f.º 5-9).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 15 de diciembre de 2016, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (f.º 373).

Activos SA, contestó con oposición con el argumento de que suscribió con el demandante dos contratos por duración de la obra o labor determinada, los cuales terminaron justamente porque los contratos para suministro de personal suscritos con Colpensiones, finiquitaron, por ende se le pagó al demandante todas las acreencias laborales a las que tuvo derecho, con la advertencia de que ambos contratos fueron autónomos y no superaron el término establecido en la Ley 50 de 1990; en su defensa invocó las excepciones de pago, inexistencia de la obligación, compensación y prescripción (f.º 394-418).

Colpensiones, se opuso a la prosperidad de las pretensiones por cuanto los trabajadores en misión no son empleados de las empresas usuarias, por tanto la entidad nunca fue empleadora del demandante, quien si estaba interesado en hacer parte de la planta de personal aprobada para la entidad debió participar en las convocatorias para proveer vacantes de manera definitiva ofertadas a través de la plataforma del seleccionador externo Adecco Servicios Colombia SA, y superar el proceso de selección, el cual no excluye de su participación a los trabajadores en misión. En su defensa propuso como excepciones las de inexistencia del derecho y de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, cumplimiento de las órdenes de la Corte Constitucional y prevalencia del interés general sobre el particular, los salarios de los trabajadores en misión no son

equiparables con el personal de planta, quien ejecuta actividades adicionales, prescripción, buena fe y principio de legalidad (f.º 563-592).

Coltempora, se opuso a lo pretendido porque de conformidad con la Ley 50 de 1990, la empresa usuaria está facultada para dar instrucciones a los trabajadores en misión, y por ende, determina la duración de la obra o labor, por ostenta la subordinación por delegación que le hace la empresa de servicios temporales, quien es el sujeto pasivo de la relación comercial; por este motivo, la usuaria Colpensiones manifestó que la obra o labor para la cual había requerido al demandante, había finalizado, por lo que Coltempora le notificó la terminación del contrato laboral por causa objetiva. Propuso como excepciones las de inexistencia de las obligaciones reclamadas, terminación del vínculo de acuerdo con el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, buena fe, mala fe, temeridad y deslealtad procesal, prescripción, y compensación (f.º 603-658).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 547, 548).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá DC., en sentencia del 16 de junio de 2019, declaró que entre el demandante y Colpensiones existió un contrato realidad a término indefinido el cual se desarrolló entre el 21 de agosto de 2013 y el 25 junio 2014 [sic], desempeñándose el demandante como Profesional II Analista con un salario de \$3.000.500 para el 2013 y para el 2014 \$3.567.900; declaró que Activos SA y Coltempora S.A. actuaron como intermediarios en dicha relación laboral por lo que deben responder

solidariamente por las condenas; declaró que la terminación del contrato fue sin justa causa; condenó a Colpensiones al pago de \$4.947.488 por indemnización por despido sin justa causa, más costas; declaró no probadas la excepción de prescripción y absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

En lo que interesa a la alzada, motivó lo decidido en que si bien el demandante cambió de empresas de servicios temporales, lo cierto es que continuó ejerciendo idénticas funciones bajo igual cargo y para la misma sociedad usuaria, es decir para Colpensiones sin solución de continuidad, lo que implica un período que supera el máximo de un año permitido en el numeral 3º del artículo 77 de la Ley 50 del 90 y el párrafo del artículo 13 del Decreto 24 de 1998 modificado por el artículo 2 del Decreto 503 de 1998, lo que desvirtúa completamente la temporalidad de los contratos suscritos entre las EST y la usuaria, y si bien aparentemente ningún contrato de los celebrados por el demandante por sí solo superó el tope legal y se le declaró confeso de conformidad con el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, jurisprudencialmente se ha dicho que el tiempo desempeñado por el trabajador sin solución de continuidad, es uno solo, teniendo como resultado que las EST hayan resultado solidariamente responsables por actuar como intermediarias, según el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo.

Agregó que le correspondía a las demandadas demostrar que la función que desempeño el actor culminó, empero, Colpensiones aún tiene dentro de sus funciones las relativas al reconocimiento de prestaciones económicas derivadas de los afiliados que fallecen y que con ocasión de dicha situación, se generan prestaciones económicas de sobrevivencia, con lo que es claro que la función que realizó el demandante aún es del objeto social del fallido usuario y empleador; por lo que consideró que la causal para terminar su contrato de

trabajo, que en principio se ajustó derecho, hoy es injusta pues pretendió el demandado legalizar su actuación a todas luces, contraria a derecho; liquidó la indemnización teniendo en cuenta el Código Sustantivo del Trabajo: 30 días por el primer año y 20 por año siguiente, de manera proporcional, es decir, un total de 41.6 días con salario diario de \$118.930.

Declaró no probada la excepción de prescripción dado que la relación laboral culminó el pasado 20 de marzo de 2016 [sic] y la reclamación ante Colpensiones se dio el 20 de abril de 2015 por lo que se interrumpió el respectivo término habiéndose presentado la demanda el 18 de agosto del 2016, data en la que también se interrumpió el fenómeno frente a las codemandadas (f.º 784, 785).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Colpensiones apeló con el argumento de que no se tuvo en cuenta que las causas que originaron los contratos comerciales suscritos entre las demandadas fueron totalmente diferentes, así como sus objetos, que se encuentran atados a los autos 110 de 2013, 113 y 259 de 2014, 130 y 2015, y otros, expedidos por la Corte Constitucional, hasta que levantó el estado de cosas inconstitucionales mediante sentencia T-774-2015, por lo que se encuentra dentro de la excepción consagrada en la Ley 50 de 1990, y deben analizarse estas situaciones de manera conjunta con cada uno de los contratos comerciales, más aún cuando tampoco se advirtió que el demandante tuvo dos cargos, el de Profesional II Analista y el de Profesional III, por tanto la temporalidad y causalidad de que trata la mencionada normativa, no se vulneró, pues hubo una justificación válida para que la entidad contratara con las empresas de servicios temporales codemandadas para cumplir el plan de acción ante la Corte Constitucional, sin que se pueda pasar por alto que el

demandante en su interrogatorio de parte admitió que prestó sus servicios a Colpensiones, en calidad de trabajador en misión y que a la finalización de cada contrato, se le pagaron sus prestaciones y salarios, con la debida afiliación a seguridad social.

Por lo anterior, no existió un contrato de trabajo con el demandante, sino que las relaciones laborales que hubo fueron con las codemandadas, como ellas lo confesaron; agregó que no es viable la indemnización por despido porque las funciones que tuvo el demandante fueron de carácter temporal, por ende, en nada importa que el giro ordinario de los negocios de la entidad subsistan, porque con la citada sentencia T-774-2015 se levantó el estado de cosas inconstitucional, de modo que ya no hay un aumento en la producción.

Activos SA, sostuvo que suscribió varios contratos de prestación de servicios con Colpensiones, para el suministro de trabajadores en misión, con ocasión a un estado de excepción que ocasionó esa temporalidad, pero con causas divergentes, motivo por el que vinculó al demandante a través de varios contratos de trabajo por duración de la obra o labor contratada sin sobrepasar el límite establecido por la Ley 50 de 1993 en cada vinculación; en consecuencia no es viable que sea declarada como intermediaria ni como responsable solidaria, porque fungió como verdadera empleadora del demandante.

Coltempora SA, arguyó que no es cierto que el demandante siempre haya desempeñado las mismas funciones a lo largo del tiempo que fungió como trabajador en misión de Colpensiones, teniendo en cuenta el límite del servicio y no la temporalidad del trabajador como tal, aunado a que se debe revisar cada contrato de prestación de servicios suscrito entre dicha empresa y Colpensiones,

que dan cuenta de la causa originaria de cada uno; manifestó que los cargos para los cuales fue contratado el demandante de Profesional II Analista, tenía distintas actividades y una mayor responsabilidad que el Profesional II. Se debe tener en cuenta la buena fe con la que actuó, dado que se acreditó que tiene permiso de funcionamiento como empresa de servicios temporales, de modo que no se sobrepasaron los tiempos establecidos para este tipo de contrataciones con base en la Ley 50 de 1990 y así no procede la condena solidaria.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará si la demandante y Colpensiones EICE existió o no, un contrato de trabajo entre el 21 de agosto de 2013 y el 25 junio 2014, para posteriormente estudiar si hay lugar o no, al pago de indemnización por despido injusto.

La Ley 50 de 1990 en sus artículos 71 y ss, reguló las empresas de servicios temporales, así como las condiciones de contratación y envío de trabajadores en misión a las empresas usuarias, en su artículo 77 previó los casos en los que las usuarias podían contratar con aquellas, para colaborar «*en forma temporal*» con el desarrollo de sus actividades, conforme las siguientes situaciones generales: **i)** para ejecutar con el trabajador en misión labores ocasionales, accidentales o transitorias distintas de las actividades del empleador; **ii)** para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o en licencia de maternidad; y **iii)** para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosecha, y en la

prestación de servicios por un término de 6 meses que puede prorrogarse por otros 6 meses más.

Vencido el plazo máximo previsto en la citada norma, si la empresa usuaria requiere continuar con los servicios del trabajador en misión, debe contratarlos directamente sin que sea dable prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio (artículo 6º del Decreto 4369 de 2006), por lo que se tiene que, de contrariar dichas disposiciones, se desvirtúa el servicio temporal, la empresa usuaria tendría la calidad de verdadera empleadora y la EST de una simple intermediaria.

Las empresas de servicios temporales fungen como verdaderas empleadoras, con las respectivas obligaciones patronales que la ley les impone, esto es, pago de salario prestaciones sociales, afiliación al sistema de seguridad social en pensiones, salud y riesgos profesionales, así como la afiliación a cajas de compensación, familiar. No obstante, las empresas usuarias ejercen la subordinación jurídica obrando como representante directo del patrono.

No fue objeto de discusión que el demandante suscribió con Activos S.A. un contrato de trabajo por obra o labor en el que se desempeñó como Profesional II Analista entre el 21 de agosto de 2013 y el 25 de junio de 2014, y con Coltempora S.A. como Profesional II mediante un contrato por obra o labor que tuvo lugar del 26 de junio de 2014 al 20 de marzo de 2015, circunstancias que son verificables además con la documental vista a f.º 27-30, 478, 509, 599-602, 696, 725.

Adicional a esto, de los contratos de trabajo referidos que reposan de folios 25, 26, 477, 508, 686-689, 715 y 717 se desprende

que la labor para la que fue contratado el demandante por parte de Activos S.A., fue *“la prestación de servicio para atender INCREMENTO PARTE ADMINISTRATIVA, la cual durará por el tiempo estrictamente necesario solicitado al EMPLEADOR por el USUARIO. En consecuencia, este CONTRATO terminará en el momento que el USUARIO comunique al EMPLEADOR, que ha dejado de requerir los servicios del TRABAJADOR, sin que el EMPLEADOR tenga que reconocer indemnización alguna”* y por parte de Coltempora S.A. para *“efectuar las labores de PROFESIONAL II por el tiempo que tarde la empresa usuaria en cumplir las metas ordenadas en los autos 110 y 320 de 2013 proferidos por la Honorable Corte Constitucional y en todo caso, como plazo máximo de duración mientras se encuentre vigente el contrato de prestación de servicios suscrito entre la usuaria y COLTEMPORA S.A. (...)”* y para *“efectuar las labores de PROFESIONAL II (...) fundamentalmente aquellas enmarcadas y plenamente conocidas por los aquí contratantes, referente con el cumplimiento de metas de la empresa usuaria Colpensiones, ordenadas conforme los autos 110 y 320 de 2013 proferidos por la Honorable Corte Constitucional, que el trabajador declara conocer y aceptar expresamente al momento de su vinculación (...)”*

De otro lado, las empresas de servicios temporales referenciadas suscribieron los contratos de prestación de servicios n.º 060 y 053 con Colpensiones para el suministro de personal en misión con las calidades y los requerimientos específicos exigidos por la misma, para reemplazar personal en vacaciones, en licencia por solicitud propia, incapacidad por enfermedad, licencia de maternidad, o para atender el incremento en la prestación del servicio, o cuando se trate de labores ocasionales, accidentales o transitorias, en jornada de tiempo completo, por turnos de ser necesario y de manera exclusiva, en las dependencias de Colpensiones.

Es palmario que el contrato existente entre Activos S.A. y Colpensiones inició el 14 de mayo de 2013 con el propósito de hacer la contratación de hasta 500 trabajadores en misión según la necesidad del requerimiento de la entidad, dentro de los que se

encontraban, los niveles de profesional del I al VII, analista, agentes de servicio y asistencial (f. 177-204, 419-449).

Igualmente, que el contrato pactado entre Coltempora S.A. y Colpensiones, inició el 24 de junio de 2014 con el fin de suministrar un máximo de hasta 1380 trabajadores en misión según la necesidad o requerimiento de la entidad y que este, luego de varias prorrogas, se liquidó el 10 de diciembre de 2014 (f.º 226-248657-673).

Ahora, se observa Colpensiones también suscribió contratos de suministro de trabajadores en misión con Activos S.A. el 20 de enero de 2014 (f.º 206-225, 450-476), el 27 de marzo de 2015 (f.º 154-176) y el 28 de enero de 2016 (f.º 124-153), y con Coltempora S.A. en diciembre de 2014 (f.º 249-271, 674-685), en términos similares a los expuestos en precedencia, indicando igualmente que el requerimiento del número de trabajadores dependería de las necesidades de ese ente y del perfil, calidades, dependencias y ciudades donde los han de requerir.

Por otro lado están los informes de septiembre de 2014, marzo, agosto a octubre de 2015, y marzo de 2016 presentados por Colpensiones a la Corte Constitucional en el que se puso de presente algunos cambios de personal, aludiendo que se vincularon 385 analistas desde el 25 de marzo hasta febrero de 2015 para los grupos internos de trabajo, apoyo II y sobrevivientes II, que la entidad continuaba en la búsqueda de personal idóneo y que se realizaron movimientos en la línea manual de decisión en los grupos de sobrevivientes I, vejez IV y apoyo III, etc; que hubo disminución de personal en ciertas áreas y el estado de contratación de trabajadores en misión (f.º 272-337).

Entonces el material probatorio reseñado nos permite arribar a las siguientes, conclusiones: **i)** la contratación del demandante tuvo por objeto atender el represamiento de solicitudes de reconocimiento pensional que dejó la administración del régimen de prima media con prestación definida, llevada a cabo por el extinto ISS; **ii)** el actor ejecutó labores de sustanciación de actos administrativos, las cuales no eran precisamente iguales a las que ocupaban los empleados de plan; **iii)** el convocante laboró por término inferior al plazo máximo de duración dispuesto en las normas que regulan la materia, toda vez que se observa que la contratación con la empresa Activos S.A., duró 10 meses y 4 días y con Coltempora S.A., 8 meses y 28 días; **iv)** tanto Activos S.A. como Coltempora S.A., eran quienes efectuaban los pagos de salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social al demandante en cada uno de los contratos que se suscribieron entre las partes (f.º 479-486, 488, 510-27, 519, 690-695, 698-714, 717-724, 726-735).

v) Aunque Colpensiones, suscribió diversos contratos de suministro de trabajadores en misión que tenían en apariencia el mismo objeto contractual, no se puede perder de vista dicha provisión de personal atendía a factores relacionados con el perfil, calidades, dependencias y ciudades donde se requirieran los servicios; **vi)** no está demostrado en el plenario que durante la ejecución de los referidos convenios, las condiciones antes mencionadas se hayan requerido de manera igual para cada uno de ellos, pues justamente en los informes presentados por Colpensiones a la Corte Constitucional se hace referencia al requerimiento de personal en áreas determinadas, con perfiles específicos y para fines concretos que si bien se armonizan con el fin de cubrir los requerimientos efectuados por dicha Corporación, ello *per se* no implica que el personal en misión que se solicitó en distintos momentos no haya

contribuido en la atención de incrementos de trabajo relacionado con aspectos diversos.

vii) El cargo respecto del cual pretende ser equiparado el demandante, correspondiente a Profesional Senior Código 310 Grado 03 tiene asignadas funciones adicionales a las que aquél desarrollaba, ya que el propósito principal refiere a *“organizar, articular, diseñar, formular, implementar, controlar y hacer seguimiento a los planes, programas y proyectos del área en que se desempeña, así como implementar y hacer seguimiento a los procesos y procedimientos de la misma, en el marco de las normas, políticas y lineamientos institucionales”*. y a *“contribuir profesionalmente en el desarrollo de mecanismos y actividades necesarias para el seguimiento de actividades y gestiones que sean encargadas en temas de reconocimiento y los demás manejados en la gerencia (...)”*. (f.º 80-90,91, 347-333).

Tampoco se puede perder de vista, lo dispuesto por la Corte Constitucional en varias sentencias respecto del estado de cosa inconstitucional en la transición del administrador del régimen de prima media con prestación definida, por el paso del Instituto de Seguros Sociales – I.S.S. a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, el cual se consulta en los autos 320 y 110 de 2013, por ser evidente *“la presencia de un conjunto de obstáculos materiales y administrativos que impiden el cumplimiento de los términos dispuestos por el ordenamiento jurídico para la resolución de las peticiones pensionales y el acatamiento de las órdenes dictadas por los jueces de la República”*. De modo que, dicho incremento en la producción justificó la contratación en la entidad, de personal mediante empresas temporales de servicios.

Y con las funciones que desarrolló el demandante para Colpensiones y, que se encuentran relacionadas en las certificaciones visibles a f.º 27-30, 478, 509, 599-602, 696, 725, no se puede entender, que eran las mismas que ejecutaban los trabajadores oficiales de planta de Colpensiones o que ostentaba un cargo de

similar denominación dentro de dicha planta de personal, tal y como se puede constatar con las comunicaciones de 15 de julio de 2015 Colpensiones que obran de f.º 80 a 91, 101 a 123 contentivas del consolidado del manual de funciones de dichos servidores y la estructura de la planta de personal, acogidos en las Resoluciones 03, 035, 075, 198 de 2012, 049 y 080 de 2013, 432 y 341 de 2014 y los Acuerdos 16 de 2011, 3 de 2012, 52, 063 y 064 de 2013, 70 y 78 de 2014, 83 de 2015.

De manera que el tipo de labor que ejecutó el demandante, articularía y engranaría con aquellas actividades que pueden ser clasificadas como ocasionales, accidentales o transitorias. Máxime cuando fue demostrado que dicha vinculación la hizo la entidad demandada para atender el incremento de la prestación del servicio prestado por el régimen de prima media, surgido con ocasión de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional frente al atraso que dejó la administración del régimen de prima media con prestación definida, llevada a cabo por el extinto ISS, pues se demostró que estaba pasando por un período que requería aumentar en forma temporal su fuerza de trabajo para atender un incremento de las variables operativas y administrativas antes mencionadas (CSJ SL16404-2014).

Basta lo dicho para desvirtuar las afirmaciones del demandante, pues las pruebas recaudadas conducen a concluir ciertamente que no era viable que fuera vinculado directamente con Colpensiones, de ahí que no pueda dársele el tratamiento a las labores desarrolladas por el demandante, de necesidades de carácter permanente, como equivocadamente lo sostuvo el *a quo*.

Conforme con lo dicho, se **revocará** la sentencia apelada, para en su lugar **absolver** a las demandadas de todas las pretensiones

incoadas por el demandante, pues el estudio de las demás pretensiones, en especial la indemnización por despido a la que se accedió en primera instancia, dependían de la declaratoria de un contrato de trabajo directo con Colpensiones, que no se encontró probado.

En gracia de la discusión, se considera que el finiquito de las relaciones de trabajo del demandante con Activos SA y Coltempora SA (f.º 487, 518, 697 y 736) se ajusta al modo previsto en el literal d) del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, es decir por la “*terminación de la obra o labor contratada*”, en la medida que el desarrollo de los contratos de suministro de personal a que se ha hecho referencia, atendía justamente a la demanda que tuviera Colpensiones respecto de los perfiles, calidades y dependencias para los que habían sido contratados, la cual estaba estrictamente relacionada con el represamiento que había quedado de la administración del régimen de prima media por parte del ISS, lo que de contera conduce necesariamente a que cada vez el requerimiento de personal bajara en proporción a la cantidad de trámites evacuados.

Sin costas en la instancia ante su no causación, las de primera serán a cargo del demandante, en la cuantía señalada por el *a quo*.

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

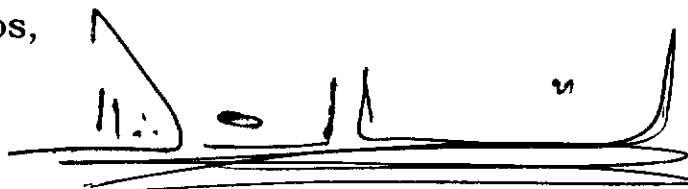
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 16 de agosto de 2019, por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar **absolver** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, a la **COLOMBIANA DE TEMPORALES S.A. - COLTEMPORA S.A.** y a **ACTIVOS S.A.** de todas las pretensiones incoadas en su contra por **MICHEL DÍAZ RODRÍGUEZ**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación, las de primera serán a cargo del demandante, en la cuantía señalada por el *a quo*.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JORGE EDUARDO LONDOÑO ULLOA** en contra de **COLPENSIONES, PROTECCIÓN SA, PORVENIR SA** y **COLFONDOS SA.**

EXP. 11001 31 05 019 2018 00445 01

Bogotá DC, treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por Porvenir S.A. y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 30 de agosto de 2019, por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

Se reconoce a la abogada Claudia Liliana Vela como apoderada principal de Colpensiones, de conformidad con el poder allegado.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare la nulidad de los traslados efectuados a Protección S.A. el 13 de junio de 1995, a Colfondos S.A. el 18 de julio de 2011, y a Porvenir S.A. el 20 de enero de 2013, debido a la falta de asesoría profesional, clara y precisa en la etapa precontractual; en consecuencia, se ordene retrotraer las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones tenerlo como afiliado en el régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiere trasladado (f.º 9).

Como sustento relevante de sus peticiones, manifestó que nació el 25 de noviembre de 1960; se trasladó al fondo privado de pensiones Davivir el 13 de junio de 1996 incumpliendo lo establecido en el artículo 13 de la Ley 10 de 1993, porque no se esperó un término mayor a 3 años a partir de la entrada en vigencia del régimen de ahorro individual en el Departamento de Boyacá, el 30 de junio de 1995; que no le fue brindada información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas ofrecidas por ambos regímenes, solo las ventajas del régimen de ahorro individual con solidaridad; se trasladó a Colfondos S.A. el 18 de julio de 2011, y a Porvenir S.A. el 20 de enero de 2013, sin que estas entidades le hubieran informado en forma amplia, las consecuencias de trasladarse.

Agregó, que el 20 de abril de 2018, le hicieron una proyección pensional, en la que se observa que bajo la modalidad de retiro programado, su pensión para el año 2022 sería de \$6.184.200 sin volver a cotizar y cotizando todo el tiempo, sería de \$6.221.800, mientras que en Colpensiones recibiría \$10.010.824, en la medida en que cuenta con un total de 1328 semanas cotizadas entre el 1º de

marzo de 1985 y el 20 de julio de 2017; reclamó administrativamente el 11 de mayo de 2018 (f.º 4-6).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 6 de agosto de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 76).

Protección SA, se opuso parcialmente a las pretensiones y propuso como excepciones de fondo o de mérito las denominadas: validez de la afiliación a Protección, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho y prescripción (f.º 90-96).

Colfondos SA, formuló como excepciones las de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación, pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos (f.º 119-132).

Porvenir SA, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (f.º 157-144).

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

inexistencia del derecho reclamado, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada (f.º 162-173).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 160).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 30 de agosto de 2019, declaró la ineficacia del traslado realizado al régimen de ahorro individual administrado por Davivir, hoy Protección S.A., realizado el 13 de junio de 1995, así como las afiliaciones realizadas ante Colfondos S.A. y Porvenir S.A., el 18 de julio de 2011 y el 20 de enero de 2013, respectivamente; en consecuencia, declaró válidamente afiliado al demandante al régimen de prima media con prestación definida, desde el 30 de abril de 1986 como si nunca se hubiera trasladado, y condenó a Porvenir a devolver a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, intereses, comisiones, sin descontar gastos de administración; absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra y se abstuvo de imponer costas a las partes.

En lo que interesa a la alzada, indicó que los fondos privados de pensiones, omitieron el deber de información, teniendo la carga procesal de acreditar tal aspecto (f.º 231-234).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir SA, sostuvo que al hablar de nulidad en la afiliación, se debe tener en cuenta lo que la ley establece por actos nulos, lo que en el presente caso no se da, porque el demandante firmó el respectivo formulario ante ING, que cumplía con los requisitos del Decreto 656 de 1994; también se debe tener en cuenta que cuando se realizó el traslado a Porvenir, este agotó todos los requisitos establecidos para brindar una asesoría completa, clara y exigible. Agregó que conforme lo dispuesto por la Ley 100 de 1993, la entidad se encuentra autorizada para realizar os descuentos por gastos de administración, por ende, de tener que devolver tales descuentos, resulta muy gravoso para Porvenir, máxime que el demandante no hubiera tenido el monto que tiene hoy en la cuenta de ahorro individual, si se hubiera mantenido en el régimen de prima media con prestación definida.

V. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 25 de noviembre de 1960 (f.º 11); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 25 de noviembre de 1960 hasta el 31 de agosto de 2003, 6.71 semanas (f.º 225, 229) y prestó servicios al sector público por un tiempo interrumpido

equivalente a 329.29 semanas contadas entre el 1.º de marzo de 1985 y el 3 de enero de 1995 (f.º 149, 150); **iii)** que el 13 de junio de 1995 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Davivir, hoy Protección S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de julio de 1995 (f.º 12, 97, 98, 147), y que luego de varias transferencias entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente se encuentra vinculada a Porvenir S.A., con un total de 1328 semanas cotizadas, según lo informado por dicho fondo en la historia laboral que reposa de f.º 57 a 64, 210 a 223 y la certificación de f.º 143.

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

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

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

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por

primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto n.º 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

En el presente proceso, ello ocurrió precisamente si se observa que en el recuadro denominado 'voluntad de afiliación' de la solicitud de vinculación n.º 217212 diligenciada el 13 de junio de 1995, se encuentra el siguiente texto 'preimpreso', encima de su firma como afiliado: *«Hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado **en forma libre, espontánea y sin presiones.** Manifiesto que he elegido a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y de Cesantías Davivir SA, para que administre mis aportes pensionales y que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos»* (f.º 12, 98).

De manera que, se podría entender que con este acto produjo los efectos de traslado válido al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a Davivir hoy Protección S.A., fuera ineficaz o estuviera viciado de nulidad como lo afirmó la parte demandante, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando la suscripción del mencionado formulario no fue objeto de reproche de su parte; por el contrario, en su interrogatorio de parte, admitió que impuso su firma de manera libre y voluntaria, sin presiones, después de haber leído el formulario radicado ante Davivir hoy Protección S.A.

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

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

Tampoco se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en el demandante para su afiliación, por parte de Davivir, en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil, pues de las afirmaciones efectuadas al absolver el interrogatorio de parte (f.º 211-214), es factible inferir que conocía algunas de las posibilidades que ofrece el régimen de ahorro individual con solidaridad, porque admitió ser abogado y que como decano de la facultad de derecho de la UniBoyacá recibió una asesoría grupal e individual por parte de Edgar Cifuentes, en donde trabajaba para esa época; que le indicaron los beneficios de pasarse al fondo, dentro de los cuales se encontraba obtener una pensión anticipada, que el ISS sería liquidado; adicionó que no inició averiguaciones acerca de su pensión. Manifestaciones estas, que denotan su convicción sobre el traslado de régimen, la asesoría recibida y el conocimiento de características propias del régimen pensional al que se trasladó.

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

Y no se puede perder de vista, que conforme a los formularios que suscribió en junio de 1995, julio de 2011 y enero de 2013 (f.º 12-14, 147), el demandante recibió una amplia y más que suficiente asesoría para efectos de su vinculación a Davivir, Colfondos y Porvenir, razón por la cual, si no consideraba conveniente a sus intereses su permanencia en el régimen de ahorro individual con solidaridad, pudo haber hecho uso de su derecho a retractarse, o de regresar al régimen de prima media.

De igual modo, frente a las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 y 31314, reiteradas en la SL, 22 nov. 2011 rad. 33083 -que se adujeron como sustento de las pretensiones (f.º 6-8) y del fallo de primera instancia-, no son aplicables porque aquellos asuntos difieren sustancialmente de este, encontrándose los afiliados en cada caso, en circunstancias muy distintas respecto del sistema pensional, en la última citada, cuando el afiliado se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual, contaba 58 años y 1286 semanas cotizadas, por lo que consideró la Alta Corporación que era *“claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de*

vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos” y que era “evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición”; además en todos estos asuntos, se acreditó que la información dada por los fondos no fue veraz, pues se allegaron proyecciones que no se encontraban acordes con la realidad, acreditándose la inducción al error por parte del asesor del fondo, que determinó el traslado.

Empero, en este caso no se acreditó que hubiese sido una información engañosa la suministrada al demandante, ni era evidente que le convenía más estar en uno u otro régimen pensional, ni tenía una expectativa legítima, teniendo en cuenta las semanas que completó tanto por servicios en el sector público, como con las semanas cotizadas en el ISS (336– f.º 150, 229), y la edad cumplida a la fecha de traslado (34 años – f.º 114), por lo que difiere este caso del analizado en las sentencias que se citan, dado que para esa data se encontraba en plena formación de su derecho a la pensión y la decisión de traslado no causó ningún efecto nocivo.

Ahora, respecto a la proyección del valor de la mesada pensional que aludió el demandante y la *a quo*, no se considera por la Sala posible, pues precisamente para el momento del traslado, como se dijo, le faltaban casi 28 años para arribar a la edad mínima pensional y más del 70% de las semanas de cotización necesarias para ello, que se incrementaron con la Ley 797 de 2003, así que, cualquier proyección o cálculo pensional en ese momento constituiría una simple especulación, ya que era imposible prever, si le resultaba más beneficioso permanecer en uno u otro régimen, al desconocerse totalmente las condiciones laborales del demandante con posterioridad al traslado, indispensables para determinar sus posibilidades pensionales.

En este punto, resulta relevante advertir que, no podían los asesores de Davivir, Porvenir, y Colfondos, informarle al demandante previo a la suscripción de las afiliaciones, que podría devolverse al régimen de prima media hasta antes del cumplimiento de los 52 años de edad, pues ello fue así con ocasión de la reforma pensional introducida por la Ley 797 de 2003, el traslado ocurrió 8 años antes de su expedición, por lo que tal restricción no existía para ese momento.

Además, en esas providencias, así como en la SL12136-2014, citada en la demanda y en la decisión de primera instancia, se analizaron casos en los que el traslado significó la pérdida del régimen de transición, como presupuesto especial para el traslado de la carga de la prueba en torno a la afectación de la voluntad, supuesto que aquí no se da, y, por tanto, debe seguirse la regla general respecto a que corresponde a quien alega un vicio del consentimiento acreditarlo.

De manera que, era menester demostrar que ese traslado de régimen le generó un perjuicio cierto y real frente al derecho pensional, situación esta última que no ocurrió en este caso, porque el demandante nunca fue beneficiario del régimen de transición, porque contaba con 33 años de edad y 336 semanas de cotización a 1.º de abril de 1994 y su selección de régimen pensional, por tanto, se verificó en igualdad de condiciones frente a los demás usuarios del sistema que no lo son, tuvo la posibilidad de trasladarse nuevamente de acuerdo con la Ley 797 de 2003, con las limitantes establecidas para todos los afiliados, hasta antes del 25 de noviembre de 2012, sin perder de vista que este aspecto de índole legal, que fue publicitado por varios fondos, entre ellos, Porvenir SA, Colfondos y Protección SA, mediante publicación de comunicados de prensa en periódicos de

amplia circulación nacional, como los que se acreditaron en este asunto (f.º 136, 158).

Por ende, el afiliado no contaba con un derecho consolidado, que le generara una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión bajo las previsiones del sistema de prima media con prestación definida.

Y con las 3 solicitudes de vinculación efectuadas a Porvenir SA, Davivir y Colfondos, ya reseñadas, estima la Sala que las mismas son claramente indicativas de que el promotor del juicio tenía pleno y amplio conocimiento del régimen de ahorro individual con solidaridad, advirtiéndose como ratificaciones tácitas del acto jurídico de traslado, corroborando su conocimiento de las condiciones del régimen en el que se encontraba.

Sobre las consideraciones expuestas en las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL1452 y SL1421 ambas de 2019, se debe advertir que no desconoce la obligación de los fondos de pensiones de suministrar a los afiliados la información completa y veraz respecto a las condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, sin embargo, se considera que la omisión de esa obligación, *per se*, no afecta ni la validez ni la eficacia del acto jurídico de traslado, salvo que se constituya en un verdadero engaño, en maniobras o artificios tendientes a obtener el consentimiento en la celebración del acto jurídico de traslado, lo que necesariamente debe analizarse en cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias fáctico jurídicas particulares que lo rodean, como se dijo en la sentencia STL3186-2020, con la advertencia de que el juez está facultado para formar libremente su convencimiento sin estar sujeto a tarifa legal alguna, en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica (artículos 51, 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la

Seguridad Social); sin embargo, con base en ello, en este caso en específico se reitera no se acreditó.

Además, en las reseñadas providencias de 2019 se analizaron también asuntos en los que los traslados significaron la pérdida del régimen de transición para los afiliados, y aunque se mencionó en las consideraciones de las decisiones, que ese hecho no resultaba relevante de cara a la información que debía suministrarse al afiliado y al traslado de la carga de la prueba respecto de la misma, conforme a las aclaraciones de voto de 2 de los 4 magistrados que las tomaron, se advierte que sí resulta relevante, y que, solo en esos eventos en los que se acredita el perjuicio por ese hecho, se traslada la carga de la prueba respecto a la información otorgada previo al traslado de régimen por la vinculación al régimen de ahorro individual.

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

Si en gracia de discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido en junio del año 1995, el

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

Así las cosas, no es viable que el demandante pretenda ahora la nulidad de su traslado, después de que observó que la pensión no estaría acorde con sus aspiraciones económicas. Por ende, el afiliado debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó, tal y como lo admitió al firmar el formulario de vinculación a Davivir, hoy Protección S.A.

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

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

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

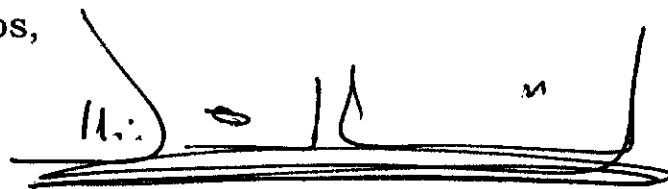
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 30 de agosto de 2019, por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá DC, para en su lugar **absolver** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA**, a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA**, y a **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS SA**, de todas las pretensiones incoadas por **JORGE EDUARDO LONDOÑO ULLOA**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

SALVO VOTO

SALVAMENTO DE VOTO

Demandante: Osmaira Serna Gaviria
Demandado: Colpensiones y otros
Radicado: 110013105 019 2018 00445 01

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que en el caso bajo estudio, **la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad demandada**, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró haber brindado **al accionante** al momento de la afiliación o con posterioridad, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse del el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Lo anterior, se edifica en que la característica fundamental para la selección de régimen pensional, es que la misma sea libre y voluntaria por parte del afiliado, conforme lo dispone el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; igualmente, el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada y, permite realizar una nueva en forma libre y espontánea.

También, desde la expedición del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; el artículo 4º decreto 656 de 1994 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, dispusieron las obligaciones de las AFP de ofrecer un servicio eficiente, eficaz, y oportuno a los usuarios, brindándoles la información necesaria para tomar la decisión de afiliarse y permanecer en el régimen pensional. Premisa que conforme a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de

modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible, pues, solo así, se entenderá que el asesor o promotor del fondo pensional ha emitido un consejo, sugerencia o recomendación de manera completa en atención a las situaciones particulares del afiliado (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018; STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Paralelamente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL1421 de 2019, la misma corporación indicó que, el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”, la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. **Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado.**

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que, para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688-2019 y SL1452-2019. Ello es así también, porque considero que las “expectativas legítimas” es un concepto vacío que no puede ser llenado por el

intérprete de manera subjetiva sin la existencia de unas reglas claras y objetivas, so pena de transgredir el derecho fundamental a la igualdad.

También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en aplicación del artículo 1604 del Código Civil, señaló que en tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

En el presente asunto, ninguna confesión se colige del interrogatorio de parte surtido por el demandante de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, dado que no se advierte del mismo que le hubieren ilustrado al momento del traslado o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que por ley tenía para trasladarse, acerca de las características, condiciones, acceso, servicios, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, en un lenguaje claro, simple y comprensible. Se reitera que no existe libertad informada cuando la persona desconoce realmente de los efectos que pueda acarrearle el cambio de régimen, de allí, la gran importancia de la carga de la prueba en cabeza de la administradora de pensiones, en demostrar que el cambio de régimen fue lo suficientemente informado.

Finalmente, considero que la sostenibilidad del sistema no se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su **vida productiva**, en los cuales se **edifica el financiamiento de la pensión**, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social (Ley 100 de 1993), serán devueltos con sus rendimientos y gastos de administración al régimen de prima media con prestación definida.

En consecuencia, para el suscrito Magistrado se configuró una violación del deber de información, lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, que no puede entenderse superada con la suscripción del formulario de afiliación, con lo dicho en el interrogatorio de parte y tampoco por las cotizaciones efectuadas en el RAIS, por lo que resulta procedente declarar la ineficacia del traslado e imponer las consecuentes condenas.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **OSMAIRA SERNA GAVIRIA** en contra de **COLPENSIONES** y **PORVENIR SA.**

EXP. 11001 31 05 023 2019 00154 01

Bogotá DC, treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por Porvenir SA, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 20 de agosto de 2019, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá DC, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuados a Porvenir SA, el 1.º de marzo de 1997, y por tanto, su única afiliación válida es la efectuada al Instituto de Seguros Social, hoy Colpensiones; en consecuencia, se

condene a Porvenir S.A. a devolver todos los aportes contenidos en la cuenta de ahorro individual de su titularidad a Colpensiones, y a esta última, reconocer y pagar la pensión de vejez de conformidad con lo establecido en el Acuerdo n.º 049 de 1990, junto con el retroactivo pensional, los reajustes y los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 (f.º 3, 4).

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 26 de noviembre de 1958, por lo que a 1.º de abril de 1994 tenía 35 años de edad; realizó aportes en el Fondo de Prestaciones Sociales del Fondo de Pasivo Prestacional Sector Salud a través de su empleador Hospital Diógenes Troncoso desde el 1.º de septiembre de 1983 hasta el 18 de febrero de 1984; cotizó al régimen de prima media con prestación definida 395 semanas; el 1.º de marzo de 1997, suscribió formulario de traslado a Porvenir S.A., sin recibir asesoría alguna acerca de las condiciones y requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en el régimen de ahorro individual con solidaridad, ni lo relacionado con la redención normal de su bono pensional, tampoco la diferencia en la distribución de las cotizaciones, ni la inconveniencia de trasladarse a dicho régimen, de manera que la decisión de vinculación, no estuvo precedida de una comprensión suficiente y menos del real consentimiento para adoptarla. No le informó que podía regresar al régimen de prima media con prestación definida dentro del año siguiente sin necesidad de acreditar 5 años de servicios; actualmente cuenta con un total de 1219 semanas en Porvenir; reclamó administrativamente el 16 de enero de 2019, pero la solicitud fue negada (f.º 4, 5).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 3 de abril de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 32).

Porvenir SA, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (f.º 42-50).

Colpensiones, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación y compensación (f.º 81-88).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 41, vto).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 20 de agosto de 2019, declaró la ineficacia de la afiliación efectuada ante Porvenir SA, en consecuencia condenó a dicha entidad a trasladar los aportes recibidos con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, rendimientos, de conformidad con el artículo 1746 del Código Civil, sin la posibilidad de efectuar de efectuar descuento alguno por administración, ni otro concepto y la condenó en costas.

Declaró que para efectos pensionales, la demandante se encuentra afiliada en el régimen de prima media con prestación definida y que cumplió con los requisitos para acceder a la pensión de vejez prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, siendo

causada con antelación al Acto Legislativo 01 de 2005, así que condenó a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez a la demandada, a partir del 1.º de octubre de 2016, en cuantía inicial de \$1.693.273 a razón de 13 mesadas anuales con un retroactivo calculado a 31 de julio de 2019 de \$67.743.756, respecto del cual se deben realizar los descuentos por cotizaciones a salud, la absolvió de las demás pretensiones incoadas en su contra y declaró no probadas las excepciones propuestas

En lo que interesa a la alzada, consideró que la demandada Porvenir SA no allegó ningún elemento probatorio con el propósito de acreditar que le había suministrado a la demandante la información completa, veraz, precisa, suficiente y necesaria, pues solo aportó la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, por ende, no cumplió con el deber de información, aunado a que el engaño también se produce respecto de los silencios guardados y en el presente proceso, tampoco se realizó una proyección general respecto de su régimen pensional. Adujo, que esta clase de procesos no están llamados a prescribir, dado que tienen repercusiones importantes en el goce del derecho a la pensión de vejez y a la seguridad social.

Así mismo, ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez regulada en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 por virtud de la conservación de la transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dado que encontró acreditados los requisitos para tal efecto, porque la demandante cuenta con más de 55 años de edad y 1247.57 semanas (f.º 114-118).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir SA, sostuvo que se deben estudiar cuáles eran las exigencias que existían en el año 1995 para realizar el traslado, y que

este tipo de acciones son prescriptibles y para tal efecto, se debe tener en cuenta que en este caso, la demandante se dio cuenta de las consecuencias de su decisión de trasladarse en el año 2013 e interpuso la demanda en el 2019. Adicional a ello, la jurisprudencia reseñada por e *a quo* no es aplicable al caso de la demandante.

. En todo caso, no se puede imponer la obligación de trasladar los gastos de administración, porque están autorizados por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y constituyen los seguros provisionales de invalidez y muerte, contingencias que se consumen de manera inmediata y que cubrieron a la demandante desde el año 1997, siendo destinados a un tercero de buena fe, sin perder de vista que se hizo una buena administración de los aportes y que la demandante nunca los solicitó como pretensión, ni se habló al respecto, en la fijación del litigio, así que se vulnera su derecho al debido proceso

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico verificar si el traslado de régimen pensional de la demandante, estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente; y si hay lugar a ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo de Colpensiones.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 26 de noviembre de 1958 (f.º 17); **ii)** prestó servicio al Hospital Diógenes Troncoso, cotizando al Fondo de Prestaciones Sociales Hospitalario entre el 1.º de septiembre de 1983 y el 28 de febrero de 1984 (f.º 26); **iii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 9 de septiembre de 1986 hasta el 30 de abril

de 1997, 368.14 semanas (f.º 95-98); **iv)** que el 1.º de marzo de 1997 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir SA, con fecha de efectividad desde 1.º de mayo de 1997 (f.º 52, 53), fondo al que actualmente se encuentra vinculada, con un total de 1.219 semanas cotizadas, según lo informado por dicha AFP en la historia laboral que reposa de f.º 18-25, 59-76 y la certificación de f.º 51.

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

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

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

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso

7.º del artículo 11 del Decreto n.º 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera ‘preimpresa’ en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

En el presente proceso, ello ocurrió precisamente si se observa que en el recuadro denominado ‘voluntad de afiliación’ de la afiliación a fondo de pensiones obligatorias n.º 879222 diligenciado en marzo de 1997, se encuentra el siguiente texto ‘preimpreso’, encima de su firma como afiliada: *«Hago constar que **realizo en forma libre, espontánea y sin presiones** la escogencia del régimen de ahorro individual con solidaridad, así como la selección de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir, para que sea la única que administre mis aportes pensionales. También declaro que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos»* (f.º 52).

De manera que, se podría entender que con este acto produjo los efectos de traslado válido al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a Porvenir S.A., fuera ineficaz o estuviera viciado de nulidad como lo afirmó la parte demandante, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando la suscripción del mencionado formulario no fue objeto de reproche de su parte; por el contrario, en su interrogatorio de parte, admitió que impuso su firma de manera libre y voluntaria, sin presiones, después de haber leído el formulario radicado ante Porvenir.

Lo anterior, por cuanto dichas obligaciones generales y especiales que establecen los artículos 14 y 15 del Decreto n.º 656 de 1994, a cargo de los Fondos de Pensiones, relativas al deber de información para con los afiliados, se suple con aquellas previsiones que se reitera, fueron aceptadas por la demandante, al momento de

suscribir los formularios, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad libre, espontánea y sin presiones.

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

Tampoco se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en la demandante para su afiliación, por parte de la administradora privada de fondos de pensiones, en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil, pues de las afirmaciones efectuadas al absolver el interrogatorio de parte (f.º 116-118), es factible inferir que conocía algunas de las posibilidades que ofrece el régimen de ahorro individual con solidaridad, porque admitió que recibió una asesoría grupal por parte de Porvenir SA, en Colsanitas, en donde trabajaba para esa época como enfermera jefe; que los asesores le indicaron los beneficios de pasarse al fondo, dentro de los cuales se encontraba obtener una pensión anticipada y que el Instituto de Seguros Sociales sería liquidado, lo que nunca verificó; que solo se acercó a preguntar por su situación pensional después del año 2013 cuando ya se acercaba a cumplir la edad pensional; que realizó aportes voluntarios e pensiones. Manifestaciones estas, que denotan su convicción sobre el traslado de régimen, la asesoría recibida y el conocimiento de características propias del régimen pensional al que se trasladó.

Se considera entonces, que no existen elementos de juicio que permitan establecer coacción, error o inducción al mismo como vicios

del consentimiento, la deficiencia de la asesoría que se aduce, menos aún el dolo consistente en artificios o engaños para obtener el consentimiento en el traslado, pues lo que está claro es que la demandante fue asesorada y conocía las condiciones del régimen al cual se vinculaba, por lo tanto, no había lugar a declarar ni la nulidad de la afiliación a Porvenir S.A., ni la ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se acreditó que persona alguna hubiese atentado contra el derecho de la trabajadora a seleccionar el régimen pensional.

De igual modo, frente a las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 y 31314, reiteradas en la SL, 22 nov. 2011 rad. 33083 -que se adujeron como sustento de las pretensiones (f.º 6-11) y del fallo de primera instancia-, no son aplicables porque aquellos asuntos difieren sustancialmente de este, encontrándose los afiliados en cada caso, en circunstancias muy distintas respecto del sistema pensional, en la última citada, cuando el afiliado se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual, contaba 58 años y 1286 semanas cotizadas, por lo que consideró la Alta Corporación que era *“claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos”* y que era *“evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición”*; además en todos estos asuntos, se acreditó que la información dada por los fondos no fue veraz, pues se allegaron proyecciones que no se encontraban acordes con la realidad, acreditándose la inducción al error por parte del asesor del fondo, que determinó el traslado.

Empero, en este caso no se acreditó que hubiese sido una información engañosa la suministrada a la demandante, ni era evidente que le convenía más estar en uno u otro régimen pensional,

ni tenía una expectativa legítima, teniendo en cuenta las semanas que completó entre tiempos públicos y las cotizadas al Instituto de Segur Sociales (393.56 – f.º 26, 95-98), y la edad cumplida a la fecha de traslado (39 años – f.º 17), por lo que difiere este caso del analizado en las sentencias que se citan, dado que para esa data se encontraba en plena formación de su derecho a la pensión y la decisión de traslado no causó ningún efecto nocivo.

Ahora, respecto a la proyección del valor de la mesada pensional que aludió la *a quo*, no se considera por la Sala posible, pues precisamente para el momento del traslado, como se dijo, le faltaban casi 18 años para arribar a la edad mínima pensional y más del 40% de las semanas de cotización necesarias para ello, que se incrementaron con la Ley 797 de 2003, así que, cualquier proyección o cálculo pensional en ese momento constituiría una simple especulación, ya que era imposible prever, si le resultaba más beneficioso permanecer en uno u otro régimen, al desconocerse totalmente las condiciones laborales de la demandante con posterioridad al traslado, indispensables para determinar sus posibilidades pensionales.

En este punto, resulta relevante advertir que, no podían los asesores de Porvenir, informarle a la demandante previo a la suscripción de las afiliaciones, que podría devolverse al régimen de prima media hasta antes del cumplimiento de los 47 años de edad, pues ello fue así con ocasión de la reforma pensional introducida por la Ley 797 de 2003, el traslado ocurrió 6 años antes de su expedición, por lo que tal restricción no existía para ese momento.

Además, en esas providencias, así como en la SL12136-2014, citada en la demanda y en la decisión de primera instancia, se analizaron casos en los que el traslado significó la pérdida del régimen

de transición, como presupuesto especial para el traslado de la carga de la prueba en torno a la afectación de la voluntad, supuesto que aquí no se da, y, por tanto, debe seguirse la regla general respecto a que corresponde a quien alega un vicio del consentimiento acreditarlo.

De manera que, era menester demostrar que ese traslado de régimen le generó un perjuicio cierto y real frente al derecho pensional, situación esta última que no ocurrió en este caso, porque si bien la demandante fue beneficiaria del régimen de transición por edad, porque contaba con 36 años de edad, y un acumulado de 239.40 semanas entre tiempos públicos y cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales a 1.º de abril de 1994, lo cierto es que, si se tienen en cuenta las estrictas cotizaciones realizadas en los regímenes de prima media con prestación definida y de ahorro individual con solidaridad, junto con los tiempos públicos reseñados, contrario a lo considerado por la *a quo*, no conservó tal prerrogativa al tenor de lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, porque para la entrada en vigencia de dicha normativa, completó alrededor de 701 semanas de cotización, insuficientes para completar la densidad mínima de 750 semanas exigida por el mencionado Acto Legislativo.

Por lo dicho anteriormente, su selección de régimen pensional, se verificó en igualdad de condiciones frente a los demás usuarios del sistema que no lo son, tuvo la posibilidad de trasladarse nuevamente de acuerdo con la Ley 797 de 2003, con las limitantes establecidas para todos los afiliados, hasta antes del 26 de noviembre de 2005, y no lo hizo, sin perder de vista que este aspecto de índole legal, que fue publicitado por varios fondos, entre ellos, Porvenir SA, mediante publicación de comunicados de prensa en periódicos de amplia circulación nacional, como los que se acreditaron en este asunto (f.º 77, 78).

Por ende, la afiliada no contaba con un derecho consolidado, que le generara una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión bajo las previsiones del sistema de prima media con prestación definida.

Sobre las consideraciones expuestas en las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL1452 y SL1421 ambas de 2019, se debe advertir que no desconoce la obligación de los fondos de pensiones de suministrar a los afiliados la información completa y veraz respecto a las condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, sin embargo, se considera que la omisión de esa obligación, *per se*, no afecta ni la validez ni la eficacia del acto jurídico de traslado, salvo que se constituya en un verdadero engaño, en maniobras o artificios tendientes a obtener el consentimiento en la celebración del acto jurídico de traslado, lo que necesariamente debe analizarse en cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias fáctico jurídicas particulares que lo rodean, como se dijo en la sentencia STL3186-2020, con la advertencia de que el juez está facultado para formar libremente su convencimiento sin estar sujeto a tarifa legal alguna, en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica (artículos 51, 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social); sin embargo, con base en ello, en este caso en específico se reitera no se acreditó.

Además, en las reseñadas providencias de 2019 se analizaron también asuntos en los que los traslados significaron la pérdida del régimen de transición para los afiliados, y aunque se mencionó en las consideraciones de las decisiones, que ese hecho no resultaba relevante de cara a la información que debía suministrarse al afiliado y al traslado de la carga de la prueba respecto de la misma, conforme a las aclaraciones de voto de 2 de los 4 magistrados que las tomaron,

se advierte que sí resulta relevante, y que, solo en esos eventos en los que se acredita el perjuicio por ese hecho, se traslada la carga de la prueba respecto a la información otorgada previo al traslado de régimen por la vinculación al régimen de ahorro individual.

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

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

Así las cosas, no es viable que la demandante pretenda ahora la nulidad de su traslado, después de que observó que la pensión no

estaría acorde con sus aspiraciones económicas. Por ende, la afiliada debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó, tal y como lo admitió al firmar el formulario de vinculación a Porvenir S.A.

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

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 20 de agosto de 2019, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá DC, para en su lugar **absolver** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA**, de todas las pretensiones incoadas por **OSMAIRA SERNA GAVIRIA**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER

Ángela Lucía Murillo Varón
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
23-2019-154.

Hernán Mauricio Oliveros Motta
HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
SALVO VOTO

Última hoja del ORD. n.º 023 2019 00154 01

SALVAMENTO DE VOTO

Demandante: Osmaira Serna Gaviria
Demandado: Colpensiones y otros
Radicado: 110013105 023 2019 00154 01

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que en el caso bajo estudio, **la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad demandada**, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró haber brindado **a la accionante** al momento de la afiliación o con posterioridad, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse del el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Lo anterior, se edifica en que la característica fundamental para la selección de régimen pensional, es que la misma sea libre y voluntaria por parte del afiliado, conforme lo dispone el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; igualmente, el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada y, permite realizar una nueva en forma libre y espontánea.

También, desde la expedición del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; el artículo 4º decreto 656 de 1994 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, dispusieron las obligaciones de las AFP de ofrecer un servicio eficiente, eficaz, y oportuno a los usuarios, brindándoles la información necesaria para tomar la decisión de afiliarse y permanecer en el régimen pensional. Premisa que conforme a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de

modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible, pues, solo así, se entenderá que el asesor o promotor del fondo pensional ha emitido un consejo, sugerencia o recomendación de manera completa en atención a las situaciones particulares del afiliado (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018; STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Paralelamente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL1421 de 2019, la misma corporación indicó que, el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”, la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. **Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado.**

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que, para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688-2019 y SL1452-2019. Ello es así también, porque considero que las “expectativas legítimas” es un concepto vacío que no puede ser llenado por el

intérprete de manera subjetiva sin la existencia de unas reglas claras y objetivas, so pena de transgredir el derecho fundamental a la igualdad.

También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en aplicación del artículo 1604 del Código Civil, señaló que en tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

En el presente asunto, ninguna confesión se colige del interrogatorio de parte surtido por la demandante de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, dado que no se advierte del mismo que le hubieren ilustrado al momento del traslado o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que por ley tenía para trasladarse, acerca de las características, condiciones, acceso, servicios, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, en un lenguaje claro, simple y comprensible. Se reitera que no existe libertad informada cuando la persona desconoce realmente de los efectos que pueda acarrearle el cambio de régimen, de allí, la gran importancia de la carga de la prueba en cabeza de la administradora de pensiones, en demostrar que el cambio de régimen fue lo suficientemente informado.

Finalmente, considero que la sostenibilidad del sistema no se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su **vida productiva**, en los cuales se **edifica el financiamiento de la pensión**, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social (Ley 100 de 1993), serán devueltos con sus rendimientos y gastos de administración al régimen de prima media con prestación definida.

En consecuencia, para el suscrito Magistrado se configuró una violación del deber de información, lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, que no puede entenderse superada con la suscripción del formulario de afiliación, con lo dicho en el interrogatorio de parte y tampoco por las cotizaciones efectuadas en el RAIS, por lo que resulta procedente declarar la ineficacia del traslado e imponer las consecuentes condenas.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized, overlapping loops and lines, positioned above the printed name and title.

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JAIME RAMÍREZ MORENO** en contra de **COLPENSIONES y PROTECCIÓN SA.**

EXP. 11001 31 05 007 2018 00654 01

Bogotá DC, treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor, respecto de la sentencia proferida el 5 de septiembre de 2019, por el Juzgado 7º Laboral del Circuito de Bogotá DC.

Se reconoce a la abogada Diana María Vargas Jerez, como apoderada sustituta de la parte demandada, conforme el poder allegado al plenario.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la ineficacia del traslado a Protección S.A., al no haber proporcionado esta entidad una información completa y comprensible acerca de su traslado, omitiendo información sobre los riesgos que debía asumir así como las desventajas de vincularse allí, incurriendo en omisión al deber de información, por ende, debe estar afiliado al régimen de prima media con prestación definida; en consecuencia se condene a Protección a trasladar todos los aportes a Colpensiones y a esta a aceptarlos ya registrarlos como su afiliado sin solución de continuidad (f.º 5, 6).

Sustentó sus pretensiones, en que realizó aportes en el extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 21 de septiembre de 1987, un total de 153.14 semanas; el 18 de junio de 1997 se trasladó a Protección, sin haber obtenido información adecuada y completa acerca del cambio de régimen pensional, ni que recibiría una pensión menor que en Colpensiones, ni le elaboró una proyección teniendo en cuenta el bono pensional, pues solo le indicó que se podía pensionar a cualquier edad y que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar; cumplió 52 años de edad el 20 de diciembre de 2008, mientras estaba afiliada a Protección, y dicho fondo nunca le informó de la posibilidad de regresarse al régimen de primera media con prestación definida; actualmente se encuentra vinculado a dicho fondo, en donde registra más de 1054.57 semanas; reclamó administrativamente el 11 de septiembre y el 31 de octubre de 2017, pero las peticiones fueron negadas (f.º 6-8).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

De la demanda se avocó conocimiento el 25 de octubre de 2018, posteriormente fue admitida el 14 de noviembre de 2018 ordenando su notificación y traslado a las demandadas (f.º 68, 71, 75).

Colpensiones, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, y saneamiento de la nulidad alegada, (f.º 88-109).

Protección SA, se opuso parcialmente a las pretensiones y propuso como excepciones de fondo o de mérito las denominadas: aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada, prescripción inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir y buena fe (f.º 115-143).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 122).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 7º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 5 de septiembre de 2019, declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado el 18 de junio de 1997 a Colmena, hoy Protección S.A.; ordenó a Protección trasladar la totalidad de los dineros que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante a

Colpensiones, quien a su vez debe recibir sin solución de continuidad desde la afiliación inicial al régimen de prima media con prestación definida, declaró no probadas las excepciones planteadas e impuso costas a cargo de las demandadas.

En lo que interesa a la alzada, consideró que no se acreditó por parte de las demandadas, teniendo la carga procesal de hacerlo, cuál fue la asesoría brindada a la demandante para que tomara la decisión de trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, por ende, no se tiene certeza de que la misma haya sido completa, ni que se cumplió con el deber legal de información, así que también existió un vicio en el consentimiento, por no contar con la suficiente documentación respecto de su afiliación; adujo que si el derecho a la pensión es imprescriptible, igual debe ocurrir con lo referente a la nulidad del traslado (f.º 203, 204).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones, apeló con el argumento de que el demandante se trasladó en forma voluntaria al régimen de ahorro individual con solidaridad y se cumplieron los presupuestos de los artículos 1524 del Código Civil, y 13 de la Ley 100 de 1993, porque la manifestación de voluntad, el demandante la expresó al firmar el formulario de vinculación, aunado a que el deber de documental la información que se suministraba a los potenciales afiliados, solo apareció con la expedición de la Ley 1748 de 2014, tampoco obra prueba de que la entidad haya actuado de mala fe. Agregó que la jurisprudencia reseñada pro el *a quo* no es aplicable al caso del demandante, en todo caso, sí es cierto que el Instituto de Seguros Sociales se liquidó, lo

cual fue de público conocimiento, sin que la ignorancia de la ley sirva de excusa, máxime cuando el demandante es economista, por ende, entiende perfectamente las características financieras de los regímenes pensionales, y admitió haber recibido asesoría por parte de Protección SA

Tampoco resulta viable declarar la nulidad del traslado al RAIS, porque ello va en contravía del principio de sostenibilidad financiera de ambos regímenes pensionales, porque se regresa la persona al régimen sin hacer un cálculo de rentabilidad, de manera que si se trasladan los fondos de la cuenta de ahorro individual, resultan insuficientes para otorgar la pensión en cuantía mínima, ya que solo alcanzaría para 8 años, así que con posterioridad a esa data, tendría que entrar a pagar la pensión directamente a través de los recursos públicos; en todo caso, debe ser exonerada del pago de costas, teniendo en cuenta que maneja recursos de la seguridad social, además, la entidad nunca influyó en la decisión que tomó el demandante.

V. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 20 de diciembre de 1956 (f.º 21); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 21 de septiembre de 1987 hasta el 31 de julio de 1997, 120.86 semanas (f.º 55); **iii)** que el

18 de junio de 1997 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colmena hoy Protección S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de agosto de 1997 (f.º 48, 148, 155), teniendo en la actualidad un total de 1123.86 semanas cotizadas, según lo informado por dicha entidad en la historia laboral que reposa de f.º 50 a 54 y 157 a 166

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

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

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

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada

manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

En el presente proceso, ello ocurrió precisamente si se observa que en el recuadro denominado 'voluntad de afiliación' de la solicitud de vinculación al fondo de pensiones obligatorias n.º 1010338069 diligenciado el 18 de junio de 1997, se encuentra el siguiente texto 'preimpreso', encima de su firma como afiliada: *«De acuerdo con el Decreto 692 de 1994 artículo 11, hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado **en forma libre, espontánea y sin presiones**. Manifiesto que he elegido a Cesantías y Pensiones Colmena AIG, para que administre mis aportes pensionales y que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos.»* (f.º 48, 148), documento que admitió en el interrogatorio de parte, haber firmado en forma voluntaria.

De manera que se podría entender que con este acto produjo los efectos de traslado válido al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a Porvenir, fuera ineficaz o estuviera viciado de nulidad como lo afirmó la parte demandante, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando la suscripción del mencionado formulario no fue objeto de reproche de su parte.

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

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

Tampoco se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en la demandante para su afiliación, por parte de la administradora de fondos de pensiones, en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil, pues de las afirmaciones efectuadas en los hechos n.º 10 a 14 (f.º 7, 8) y al absolver el interrogatorio de parte (f.º 196, 198), es factible inferir que conocía algunas de las posibilidades que ofrece el régimen de ahorro individual con solidaridad, porque admitió ser economista y que recibió una asesoría grupal y personalizada, en la caja de compensación familiar campesina Comcaja, en donde trabajaba para esa época; que recibió extractos en donde podía observar el movimiento que tenían sus aportes a pensión; afirmó, que los asesores le indicaron los beneficios de pasarse al fondo de pensiones, y que el Instituto de Seguros Sociales sería liquidado, lo que lo motivó a trasladarse ante esa incertidumbre, máxime cuando después supo que se había transformado en Colpensiones, y señaló que inició su consulta pensional cuando se acercaba a la edad respectiva y que hizo aportes voluntarios una vez. Manifestaciones que denotan su convicción sobre el traslado de régimen, la asesoría recibida y el conocimiento de características propias del régimen pensional al que se trasladó.

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

De igual modo, frente a las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 y 31314, reiteradas en la SL, 22 nov. 2011 rad. 33083 -que se adujeron como sustento de las pretensiones (f.º 9-16), no son aplicables porque aquellos asuntos difieren sustancialmente de este, encontrándose los afiliados en cada caso, en circunstancias muy distintas respecto del sistema pensional, en la última citada, cuando el afiliado se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual, contaba 58 años y 1286 semanas cotizadas, por lo que consideró la Alta Corporación que era *“claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos”* y que era *“evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición”*; además en todos estos asuntos, se acreditó que la información dada por los fondos no fue veraz, pues se allegaron proyecciones que no se encontraban acordes con la realidad, acreditándose la inducción al error por parte del asesor del fondo, que determinó el traslado.

Empero en este caso, no se acreditó que hubiese sido una información engañosa la suministrada al demandante, ni era evidente que le convenía más estar en uno u otro régimen pensional, ni tenía una expectativa legítima, teniendo en cuenta las semanas que tenía cotizadas en el Instituto de Seguros Sociales (120.86 – f.º 55), y la edad cumplida a la fecha de traslado (40 años – f.º 21), por lo que difiere este caso del analizado en las sentencias que se citan, dado que para esa data se encontraba en plena formación de su derecho a la pensión y la decisión de traslado no causó ningún efecto nocivo.

Ahora, respecto a la proyección del valor de la mesada pensional que aludió el demandante y el *a quo*, no se considera por la Sala posible, pues precisamente para el momento del traslado, como se dijo, le faltaban casi 21 años para arribar a la edad mínima pensional y más del 90% de las semanas de cotización necesarias para ello, que se incrementaron con la Ley 797 de 2003, así que, cualquier proyección o cálculo pensional en ese momento constituiría una simple especulación, ya que era imposible prever, si le resultaba más beneficioso permanecer en uno u otro régimen, al desconocerse totalmente las condiciones laborales del demandante con posterioridad al traslado, indispensables para determinar sus posibilidades pensionales.

En este punto, resulta relevante advertir que, no podían los asesores de Colmena, informarle al demandante, previo a la suscripción de la afiliación, que podría devolverse al régimen de prima media hasta antes del cumplimiento de los 52 años de edad, pues ello fue así con ocasión de la reforma pensional introducida por la Ley 797 de 2003, el traslado ocurrió 6 años antes de su expedición, por lo que tal restricción no existía para ese momento.

Además, en esas providencias, así como en la SL12136-2014, citada en la demanda y en la sentencia de primera instancia, se analizaron casos en los que el traslado significó la pérdida del régimen de transición, como presupuesto especial para el traslado de la carga de la prueba en torno a la afectación de la voluntad, supuesto que aquí no se da, y, por tanto, debe seguirse la regla general respecto a que corresponde a quien alega un vicio del consentimiento acreditarlo.

De manera que, era menester demostrar que ese traslado de régimen le generó un perjuicio cierto y real frente al derecho pensional, situación esta última que no ocurrió en este caso, porque el demandante nunca fue beneficiario del régimen de transición, porque contaba con 37 años de edad y 115.86 semanas de cotización a 1.º de abril de 1994, y su selección de régimen pensional, por tanto, se verificó en igualdad de condiciones frente a los demás usuarios del sistema que no lo son, tuvo la posibilidad de trasladarse nuevamente de acuerdo con la Ley 797 de 2003, con la 20 18 de diciembre de 2008 y no lo hizo, sin perder de vista que este aspecto de índole legal, que fue publicitado por varios fondos, entre ellos, Protección S.A., mediante publicación de comunicados de prensa en periódicos de amplia circulación nacional, como los que se acreditaron en este asunto (f.º 172-174).

Por ende, el afiliado no contaba con un derecho consolidado, que le generara una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión bajo las previsiones del sistema de prima media con prestación definida.

Sobre las consideraciones expuestas en las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL1452 y SL1421 ambas de 2019, se debe advertir que no desconoce la obligación de los fondos de pensiones de suministrar a los afiliados

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

Además, en las reseñadas providencias de 2019 se analizaron también asuntos en los que los traslados significaron la pérdida del régimen de transición para los afiliados, y aunque se mencionó en las consideraciones de las decisiones, que ese hecho no resultaba relevante de cara a la información que debía suministrarse al afiliado y al traslado de la carga de la prueba respecto de la misma, conforme a las aclaraciones de voto de 2 de los 4 magistrados que las tomaron, se advierte que sí resulta relevante, y que, solo en esos eventos en los que se acredita el perjuicio por ese hecho, se traslada la carga de la prueba respecto a la información otorgada previo al traslado de régimen por la vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Lo anterior, sin pasar por alto que en la actualidad existe un criterio jurisprudencial mayoritario no unificado en nuestro Órgano de Cierre en relación con la temática que hoy absorbe el conocimiento

de esta Sala, por lo que se considera que el afiliado no está exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos, y teniendo en cuenta que de su elección dependerá su futuro pensional; aquí como se vio con lo manifestado en el interrogatorio de parte, el demandante fue negligente frente a este aspecto, que decidió voluntariamente cambiarse de régimen, contando con la oportunidad de trasladarse nuevamente de régimen en los términos dispuestos en la Ley 797 de 2003, antes de que le faltaran 10 años o menos para arribar a la edad mínima pensional.

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

Por lo dicho anteriormente, no es viable que el demandante pretenda ahora la nulidad de su traslado, después de que observó que la pensión no estaría acorde con sus aspiraciones económicas. Por ende, el afiliado debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó, tal y como lo admitió al firmar el formulario de vinculación a Colmena, hoy Protección.

En consecuencia, en ningún vicio del consentimiento, ni causa de nulidad o ineficacia se incurrió en el traslado de régimen pensional surtido por el demandante, quien ese encuentra válidamente afiliado

al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que se **REVOCARÁ** la sentencia impugnada y consultada, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra.

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 5 de septiembre de 2019, por el Juzgado 7º Laboral del Circuito de Bogotá DC, para en su lugar **absolver** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, y a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA**, de todas las pretensiones incoadas por **JAIME RAMÍREZ MORENO**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
SALVO VOTO

SALVAMENTO DE VOTO

Demandante: Jaime Ramírez Moreno
Demandado: Colpensiones y otros
Radicado: 110013105 007 2018 00654 01

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que en el caso bajo estudio, **la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad demandada**, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró haber brindado **al accionante** al momento de la afiliación o con posterioridad, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse del el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Lo anterior, se edifica en que la característica fundamental para la selección de régimen pensional, es que la misma sea libre y voluntaria por parte del afiliado, conforme lo dispone el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; igualmente, el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada y, permite realizar una nueva en forma libre y espontánea.

También, desde la expedición del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; el artículo 4° decreto 656 de 1994 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, dispusieron las obligaciones de las AFP de ofrecer un servicio eficiente, eficaz, y oportuno a los usuarios, brindándoles la información necesaria para tomar la decisión de afiliarse y permanecer en el régimen pensional. Premisa que conforme a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de

modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible, pues, solo así, se entenderá que el asesor o promotor del fondo pensional ha emitido un consejo, sugerencia o recomendación de manera completa en atención a las situaciones particulares del afiliado (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018; STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Paralelamente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL1421 de 2019, la misma corporación indicó que, el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”*, la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. **Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado.**

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que, para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688-2019 y SL1452-2019. Ello es así también, porque considero que las *“expectativas legítimas”* es un concepto vacío que no puede ser llenado por el

intérprete de manera subjetiva sin la existencia de unas reglas claras y objetivas, so pena de transgredir el derecho fundamental a la igualdad.

También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en aplicación del artículo 1604 del Código Civil, señaló que en tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

En el presente asunto, ninguna confesión se colige del interrogatorio de parte surtido por el demandante de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, dado que no se advierte del mismo que le hubieren ilustrado al momento del traslado o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que por ley tenía para trasladarse, acerca de las características, condiciones, acceso, servicios, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, en un lenguaje claro, simple y comprensible. Se reitera que no existe libertad informada cuando la persona desconoce realmente de los efectos que pueda acarrearle el cambio de régimen, de allí, la gran importancia de la carga de la prueba en cabeza de la administradora de pensiones, en demostrar que el cambio de régimen fue lo suficientemente informado.

Finalmente, considero que la sostenibilidad del sistema no se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su **vida productiva**, en los cuales se **edifica el financiamiento de la pensión**, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social (Ley 100 de 1993), serán devueltos con sus rendimientos y gastos de administración al régimen de prima media con prestación definida.

En consecuencia, para el suscrito Magistrado se configuró una violación del deber de información, lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, que no puede entenderse superada con la suscripción del formulario de afiliación, con lo dicho en el interrogatorio de parte y tampoco por las cotizaciones efectuadas en el RAIS, por lo que resulta procedente declarar la ineficacia del traslado e imponer las consecuentes condenas.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado