

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **TERESITA DEL CARMEN CICERI DE MURIEL** en contra de **COLPENSIONES, y PORVENIR SA.**

EXP. 11001 31 05 023 2019 00083 01.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre 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 y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2019, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado a Porvenir S.A., el incumplimiento

de los deberes legales de información y deber de asesoría, los cuales generaron un error de hecho que vició su consentimiento, y que por tanto, se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida; en consecuencia, se condene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos e intereses, y a esta última a activar su afiliación en pensión, sin solución de continuidad, actualizando en la historia laboral las cotizaciones efectuadas en el régimen de ahorro individual con solidaridad (f.º 4, 5).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 23 de marzo de 1956, por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 era beneficiaria del régimen de transición y cumplió 55 años de edad en el año 2011; realizó aportes en el I.S.S., entre el 1.º de febrero de 1978 y el 6 de mayo de 1999, completando un total de 619 semanas; en esta última fecha se afilió a Porvenir S.A., previo a que el funcionario le efectuara un análisis comparativo en el cual proyectó unas cifras que no eran claras, ni reflejaron en ese momento la gran diferencia de lo que le podía corresponder como pensión en los regímenes de ahorro individual con solidaridad y de prima media con prestación definida, por lo que considera que la indujo en error, y omitió información relevante y completa teniendo en cuenta su bono pensional, y por el contrario, le indicó que no podía pensionarse ya que el I.S.S. se iba a acabar.

Agregó, que el asesor le informó que podía pensionarse a cualquier edad, sin explicarle la afectación que ello tendría sobre su mesada pensional, ni las desventajas de trasladarse de régimen, el 7 de septiembre de 2018, un funcionario de Porvenir S.A., le envió un análisis comparativo en el que le indicaron que la pensión para el año 2018 sería de \$781.242, mientras que con Colpensiones sería de \$1.826.700; actualmente cuenta con más de 1598 semanas de

cotización; el 11 y el 25 de octubre siguiente, solicitó ante las demandadas la invalidación de la afiliación y el correspondiente traslado de régimen, peticiones que no fueron avaladas por las entidades (f.º 5-7).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, la demanda se admitió el 21 de marzo de 2019, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (f.º 56).

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 indexación o intereses moratorios y compensación (f.º 73-82).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de la obligación, ausencia de responsabilidad atribuible a Porvenir, compensación y buena fe (f.º 96-105).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 58, vto).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 10 de diciembre de 2019, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A.; en consecuencia,

condenó a dicha entidad a devolver o trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, saldos de la cuenta de ahorro individual, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses y rendimientos, tal y como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto.

Por otro lado, declaró que la demandante para todos los efectos pensionales, se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a Porvenir S.A. (f.º 134-133).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., apeló bajo el argumento de que la asesoría brindada a la demandante sí se encuentra demostrada con las manifestaciones realizadas en el hecho 10 de la demanda, y en el interrogatorio de parte, acerca de la asesoría recibida respecto de las características principales del régimen de ahorro individual con solidaridad como que podía pensionarse en forma anticipada sabiendo la edad exigida en el régimen de prima media con prestación definida, la existencia de un bono pensional, y que los dineros cotizados constituían un ahorro.

También dijo, que la asesoría se acreditó con el formulario suscrito en el que dejó constancia de que su decisión fue tomada en forma libre, espontánea y sin presiones, lo que implica que recibió asesoría, sin que dicho documento hubiera sido tachado de falso, aunado a que la demandante es una persona plenamente capaz y por ende, debe asumir las consecuencias jurídicas de sus actos al tenor

de lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1992; también se debe tener en cuenta que para la época en que realizó el traslado, la ley autorizaba que la constancia de la asesoría quedara a través de la leyenda respectiva en el formulario de afiliación sin exigir soportes adicionales; por lo que considera que la demandante tomó un decisión de manera consciente, sin que sea viable predicar un engaño o vicio en el consentimiento de conformidad con la ley civil, al haber conocido los montos de las mesadas pensionales en uno y otro régimen, dado que son completamente diferentes y con características distintas, máxime cuando la entidad no sabía cuál iba a ser el comportamiento salarial de la demandante.

Por último, sostuvo que en caso de que se mantenga la condena, no es viable ordenar la devolución de los gastos de administración, por cuanto esa misma proporción se hubiere descontado en caso de que la demandante hubiera permanecido en el régimen de prima media con prestación definida [sic], de manera que de conservarse esa orden, la misma va en detrimento de su patrimonio, aunado a que tales descuentos están permitidos legalmente debido a las condiciones de administración que se pactaron, lo que permitió que la demandante percibiera rendimientos financieros.

V. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 23 de marzo de 1956 (f.º 22); **ii)** cotizó al extinto

Instituto de Seguros Sociales entre el 24 de febrero de 1989 hasta el 30 de septiembre de 1999, 418.86 semanas (f.º 87-90); **iii)** que el 6 de mayo de 1999 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de julio de 1999 (f.º 30, 109 CD f.º 72), donde actualmente se encuentra vinculada, con un total de 1598 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º 23 a 27 y el CD de f.º 110.

Establecido lo anterior, se tiene que la demandante aduce que procede la nulidad del traslado, por cuanto Porvenir no le suministró información alguna, sobre los beneficios contemplados en el régimen de prima media con prestación definida y el Régimen de ahorro individual con solidaridad. Sobre el particular, señaló la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989, que:

“La doctrina bien ha elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad”.

A su vez, frente a la falta de información completa y comprensible a los afiliados, dicho Colegiado, en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31314, expuso:

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad”.

127

Luego agregó:

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.”

Criterio reiterado por la misma Corporación en sentencias CSJ CSJ SL19447 y SL17595 de 2017, SL413 y SL4964 de 2018.

Entonces, en principio, claramente la línea jurisprudencial señala que la falta de información completa y comprensible por parte de la administradora de pensiones, puede configurar un engaño, que conlleve a la anulación del traslado; no obstante el Tribunal de Cierre en esas providencias resalta las condiciones o expectativas pensionales de los trabajadores demandantes al momento del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual, las que de resultar vulneradas con el traslado pueden conllevar a la ineficacia del mismo; lo cual se materializa en que el afiliado ya cuente con un derecho consolidado, que le genere una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión bajo las previsiones del sistema de prima media con prestación definida.

Ahora, para que prospere el traslado de régimen, si bien se debe suministrar la información suficiente y completa por parte de las administradoras de fondos de pensiones, no es menos cierto 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.

Así las cosas, se tiene que la protección que se ha brindado mediante las sentencias que declaran la nulidad del traslado, se encaminan a evitar que el derecho pensional se vea frustrado en las específicas condiciones establecidas en el régimen de prima media con prestación definida, situación en la que se encontraba la demandante al momento en que decidió efectuar su cambio de sistema pensional.

Pues bien, no existe la menor evidencia de que el fondo privado le hubiera brindado información clara y comprensible, de las consecuencias de celebrar el acto jurídico cuestionado, ya que sobre el particular solo se arrió el formulario de afiliación en el que únicamente quedó expresada la voluntad de selección del régimen de ahorro individual (f.º 30,109), y a su vez, del interrogatorio de parte practicado a la gestora no se extrae prueba de confesión en ese sentido; todo ello a pesar de que Teresita Ciceri de Muriel, fue beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto al 1.º de abril de 1994, contaba con 37 años de edad (f.º 22).

Prerrogativas, que sea bueno decir, se mantuvieron vigentes, debido a que para el 23 de marzo de 2011, la actora ya había arribado a los 55 años, y a 29 de julio de 2005, fecha en que entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de ese año (fecha de publicación del Diario Oficial 45984 de julio 29 de 2005), registraba más de 750 semanas, que incluyendo los tiempos de servicio público, sumaban

aproximadamente 936.16 semanas (f.º 23-27, 87-90, y el CD de f.º 110).

Circunstancias, que constituyen razón suficiente para confirmar la declaratoria de nulidad de traslado de régimen pensional de la demandante, dispuesta en la sentencia de primer grado, pues estima la Sala que se encuentra demostrado el perjuicio cierto y real frente al derecho pensional, debido a que dicho tránsito conllevó a la pérdida del régimen de transición, en la medida en que la demandante no podría haberlo recuperado, debido a que a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, no acreditaba 15 o más años de servicios cotizados (f.º 87-90).

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

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

En consecuencia, se **confirma** la decisión de primer grado. Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

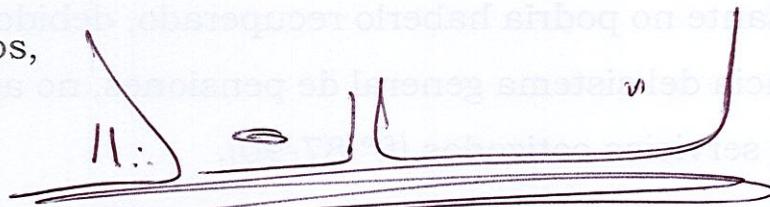
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada, 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
Salvamento de voto

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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



DEMANDANTE: TERESITA DEL CARMEN CICERI DE MURIEL

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y OTRO

RADICADO: 11001 31 05 023 2019 00083 01

Magistrado Ponente: **DAVID A. J. CORREA STEER**

A continuación, se presenta las razones por las cuales se presenta salvamento de voto:

El fundamento de la sentencia es que el fondo de pensiones no asesoró debidamente al demandante frente a las repercusiones sobre el traslado, en especial, el régimen de transición, lo cual le generó un perjuicio; sin embargo, desde la demanda se observa que era conocedora de los regímenes de pensiones, y las razones por las que escogió el Régimen de Ahorro Individual, de tal manera que al valorar los diferentes elementos de prueba se puede colegir que comparó los regímenes y prefirió la expectativa de una pensión en el Régimen de Ahorro Individual.

En este punto, bueno es recordar que las reglas de la experiencia y la sana crítica indican que cuando entre los particulares se suscriben diferentes negocios jurídicos, en virtud de la autonomía de la voluntad privada, no resulta razonable que alguno de los contratantes preste su consentimiento a compromisos y obligaciones que le ocasionen alguna clase de perjuicios, lo que descarta que la demandante no hubiera valorado la información.

Por último, es dable señalar que el posible monto de la mesada pensional que se consolida al momento de hacer exigible la pensión no configura alguna de las causales de nulidad o ineficacia consagradas en la ley.

Lo anterior es relevante porque de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional el traslado de régimen de una persona que se encuentra *ad portas* de cumplir los requisitos de pensión atenta contra los principios de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad, los que con mayor razón se vulneran con las personas que ya cuentan con los requisitos para acceder al derecho como ocurre en el presente caso.

En ese orden de ideas, se considera que en el presente caso si existió una asesoría que le permitió al actor ponderar de acuerdo a su condición lo que más le convenía para su expectativa pensional, y, por ello, la sentencia debió ser revocada.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

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



DEMANDANTE: TERESITA DEL CARMEN CICERO DE MURIEL
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y
OTROS

RAÓCIDO: 11001 31 02 023 2019 0083 01

Magistrado Ponente: DAVID A. J. CORREA STEIN

A continuación, se presenta las razones por las cuales se pronuncia el voto de voto.

El fundamento de la sentencia es que el fondo de pensiones no es un instrumento
al demandante frente a las reposiciones sobre el traslado en especial el régimen de
pensionado, lo cual le genera un perjuicio; sin embargo, desde la creación de la
que sus cotizadores de los regímenes de pensiones, y las razones por las que se
el Régimen de Ahorro Individual, de tal manera que el valor de los aportes
de donde se puede colegir que compare los regímenes y no se debe tener una
pensión en el Régimen de Ahorro Individual.

En este punto, bueno es recordar que las reglas de la experiencia y la sana crítica
indican que cuando entre los particulares se escriben diferentes negocios jurídicos
en virtud de la autonomía de la voluntad privada, no resulta viable que alguno de
los contratantes preste su consentimiento a comprarse y obligaciones que le
existen alguna clase de perjuicio, lo que ocurre que la demandante no ha
verificado la información.

Por último, es importante señalar que el posible monto de la pensión de vejez
depende del momento de hacer exigible la pensión de vejez, según lo establece el artículo
de la ley.

En primer lugar, se debe tener presente de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte
que el artículo 47 del Código de Comercio establece que se debe tener en cuenta el
momento de la creación de la pensión de vejez, lo que implica que el momento de
la creación de la pensión de vejez es el momento de la creación de la pensión de vejez.
En consecuencia, el momento de la creación de la pensión de vejez es el momento de la
creación de la pensión de vejez.

En segundo lugar, se debe tener presente que el artículo 47 del Código de Comercio
establece que el momento de la creación de la pensión de vejez es el momento de la
creación de la pensión de vejez.

DAVID A. J. CORREA STEIN
Magistrado Ponente

ACLARACIÓN DE VOTO

Demandante: Teresita Del Carmen Ciceri

Demandado: Colpensiones y otros

Radicado: 110013105 023 2019 00083 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.

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 **OSCAR HERNAN RODRÍGUEZ GUERRERO** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y OLD MUTUAL S.A.**, litisconsorte necesario **PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 026 2017 00534 01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre 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 demandada OLD MUTUAL S.A., y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el 14 de noviembre de 2019, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se declarara la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, toda vez que COLFONDOS S.A., no lo asesoró de manera clara, veraz, adecuada y suficiente, respecto de las implicaciones que tendría el traslado de régimen de pensiones, y en general sobre las prestaciones económicas que obtendría en el R.A.I.S., los riesgos, beneficios y desventajas; que se ordenara a OLD MUTUAL S.A., a trasladar a COLPENSIONES como administradora del R.P.M. los aportes, y rendimientos causados, como si nunca se hubiese surtido el traslado al R.A.I.S.; y que se ordenara a COLPENSIONES aceptar el traslado. Además, subsidiariamente, pretendió que se declarara la ineficacia e inoperancia de los efectos de su traslado al régimen de ahorro individual, toda vez que en su vinculación al fondo privado no existió un consentimiento libre, voluntario e informado. Consecuencialmente, que se condenara al pago de las costas procesales a las demandadas, y que se aplicara las facultades extra y ultra petita.

Para el efecto, se tiene que nació el 10 de octubre de 1956, que se cotizó en el extinto I.S.S., hoy COLPENSIONES, desde el 1.º de julio de 1994 hasta el 30 de noviembre de 1997; que el 29 de octubre de 1997 suscribió formulario de traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, Fondo COLFONDOS S.A., con fecha de efectividad 1.º de diciembre de 1997; que el 30 de noviembre de 2007 se afilió a PROTECCIÓN S.A., y el 1.º de noviembre de 2009 se afilió a OLD MUTUAL S.A., donde continúa afiliado. Así mismo, indicó que el día 17 de julio de 2017, reclamó administrativamente a COLPENSIONES, pero su petición fue negada (f.º 3 - 20).

Arguyó que, no fue asesorado por COLFONDOS S.A., entre otras cosas, respecto de las implicaciones que tendría sobre sus derechos pensionales, las diferencias entre uno y otro régimen, desventajas o inconvenientes del R.A.I.S., los requisitos para poder adquirir una pensión de vejez en ese régimen, que no todo el aporte mensual que hiciera iría a su cuenta individual, sino que parte de éste se destinaría al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y sobrevivientes, así como para cubrir el costo de administración del fondo, no le informó si tendría derecho o no a un bono pensional entregado por el R.P.M.

Como consecuencia de su traslado de régimen, ni de su posibilidad de negociarlo para anticipar su pensión, ni que el monto de su pensión en el R.A.I.S. se liquidaría teniendo en cuenta su expectativa de vida conjuntamente con la de sus beneficiarios, no le hizo proyecciones futuras de su pensión con las hipótesis que podrían surgir en cada uno de los dos regímenes, ni le informó sobre la tasa de reemplazo en relación con la pensión de vejez en el R.A.I.S, y cómo influiría todo lo anterior en su pensión.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 4 de octubre de 2017, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.° 67 - 69).

OLD MUTUAL S.A., se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; manifestó que no fue a través de ésta que el demandante realizó el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad; que de pretender la nulidad del traslado, el demandante debió siquiera aportar prueba sumaria que sustentara dicha afirmación y señalar cuál de las causales se configuró en la celebración del

contrato de traslado de régimen; y que el demandante se encuentra válidamente afiliado al R.A.I.S. a través de ésta A.F.P.

Propuso como excepciones las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, prescripción de la acción de nulidad y buena fe (f.º 105 -124).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones; señaló que desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se efectuó el traslado de régimen pensional del demandante al R.A.I.S., el cual cuenta con plena validez, sumado a que la afirmación del vicio de consentimiento acaecida en el proceso de traslado debe ser probado en el transcurso del presente trámite judicial.

Propuso como excepciones las de prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir (f.º 189 -191).

COLFONDOS S.A., inicialmente se opuso a todas y cada una de las pretensiones; arguyó que las pretensiones carecen de fundamento jurídico y fáctico, pues no se aportó prueba que demuestre que la vinculación del demandante a esta A.F.P. fue efectuada bajo algún vicio del consentimiento; que el demandante suscribió formulario de vinculación con esta A.F.P. de manera libre y con su consentimiento expreso; que no le asiste razón al demandante al pretender la nulidad, toda vez que en ningún momento se vulneró su derecho pensional, puesto que el actor puede obtener una pensión de vejez en el R.A.I.S., siempre y cuando cumpla con los requisitos de ley; que el actor no alegó la nulidad dentro del término legal para hacerlo; y que el cumplimiento de los motivos o las expectativas económicas que tuvo

el demandante al momento de la afiliación al R.A.I.S., es imprevisible, lo cual no se condiciona a un engaño o una mala información por parte del fondo.

En su defensa, propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, prescripción, falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda, carencia de acción y ausencia de derecho frente a COLFONDOS S.A., inviabilidad del traslado de régimen pensional, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, la innominada o genérica, inaplicabilidad legal, mala fe por parte del demandante y ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A. (f.º 151 - 178).

En la audiencia de que trata el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo, en la etapa de decisión de excepciones previas, el apoderado de COLFONDOS S.A. solicitó a la Juez tener en cuenta lo manifestado a folio 168 del expediente, esto es, que el demandante no sólo estuvo vinculado a COLFONDOS S.A. en el año 1997, y a OLD MUTUAL S.A. en el año 2009, sino que además, en el interregno, se afilió a PROTECCIÓN S.A., esto para el año 2007, razón por la cual, la Juez, asistiéndole la razón, consideró que se debía vincular al proceso a esta A.F.P. en calidad de litisconsorte necesario, pese a que el demandante no lo hubiese manifestado en la demanda, y conforme a la historia laboral aportada por OLD MUTUAL S.A., donde se evidenciaba lo anterior, con el fin de que PROTECCIÓN S.A., contestara la demanda y manifestara si el demandante efectivamente estuvo afiliado a dicha entidad.

Así mismo, una vez vinculado a PROTECCIÓN S.A. al proceso, mientras se celebraba de nuevo la audiencia de que trata el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo, en la fijación del litigio, COLFONDOS S.A. manifestó estar de acuerdo con lo pretendido por el demandante, esto es, que se declare la nulidad del traslado de régimen pensional del actor.

PROTECCIÓN S.A., se opuso a todas y cada una de las pretensiones; argumentó que el traslado del demandante es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, sumado a que el mismo, fue suscrito de forma libre, espontánea y sin engaños, desvirtuándose de esta manera cualquier vicio, ya que el actor tuvo la suficiente ilustración para que optara por el cambio de régimen. Además, señaló que el demandante no puede soportar su pretensión principal en expectativas económicas respecto del valor de la mesada pensional, ya que un acto es nulo por vicios del consentimiento, no por la favorabilidad económica de un acto jurídico.

Propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa e inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe (f.º 242 - 253).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de

14 de noviembre de 2019, declaró ineficaz el traslado del demandante al R.A.I.S., que en su caso administra OLD MUTUAL S.A., para tenerlo como válidamente afiliado a COLPENSIONES; condenó a OLD MUTUAL S.A. a trasladar a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor con sus correspondientes rendimientos, sin que tenga derecho a descontar alguna suma por concepto de administración; ordenó a COLPENSIONES a aceptar el traslado del demandante al R.P.M.; condenó en costas a PROTECCIÓN S.A. Y OLD MUTUAL S.A., y concedió recurso de apelación a OLD MUTUAL, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

Consideró, que de acuerdo como lo ha indicado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral en sentencia SL-12136 del 3 de septiembre de 2014, rad. 46292, en este tipo de procesos donde se pretende la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, se debe verificar si el fondo privado efectivamente suministró la información suficiente, completa y veraz, que permitiera al potencial afiliado la toma de una decisión informada, autónoma y consciente; lo cual no se acreditó en este proceso por COLFONDOS S.A., quien era el sujeto procesal con la carga para hacerlo, ni por ninguno de los demás fondos demandados, puesto que además, sobre él recaía el deber de informar al afiliado las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, los riesgos que implicaba el traslado de régimen y a su vez los beneficios que obtendría, lo que tampoco no fue acreditado en este caso.

Respecto del deber de información de las A.F.P., señaló el criterio contenido en la sentencia del 3 de abril de 2019, rad. 68852 de la Corte Suprema de Justicia, donde se dijo que éste ha existido desde la entrada en vigencia de la Ley 100, razón por la cual debe analizarse el momento histórico en el que se realizó la

correspondiente afiliación, esto con el fin de establecer las obligaciones de las entidades demandadas, toda vez que las A.F.P. desde su creación tendían el deber de brindar la información completa a sus afiliados, a fin de que éstos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional, lo cual, con el transcurrir del tiempo se intensificó, acumulando más obligaciones, pasando de un deber de obligación necesaria, al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría, lo cual consecuentemente, genera en los jueces la necesidad de evaluar el cumplimiento del deber de información de las A.F.P., de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que éste siempre ha existido.

Respecto del caso bajo estudio, arguyó que el hecho de que el demandante en su interrogatorio de parte haya manifestado tener conocimiento acerca de su cuenta de ahorro individual, esto no quiere decir y de ahí no se puede desprender, que el demandante tuviese conocimiento de las demás características del R.A.I.S., las cuales debieron ser informadas oportunamente por la demandada COLFONDOS S.A., quien incurrió en una omisión del deber de información.

Frente a lo manifestado por OLD MUTUAL S.A. respecto del conocimiento del demandante de las características propias del R.A.I.S., basado en que éste realizó aportes voluntarios, acogió lo dicho por el demandante en su interrogatorio de parte, esto es, que los mismos fueron realizados ya que su empleador para ese momento creó un modelo de ahorro con Skandia, quien no demostró que haya informado al demandante respecto de la utilidad de los mismos; arguyó que tan fue así, que el demandante manifestó haber hecho uso de dicho ahorro debido a que se encuentra desempleado, de lo cual desprendió que el demandante no lo realizó para aumentar su

mesada pensional, como lo manifiesta la demandada, sino que consideraba que dicho ahorro lo podía retirar después de un tiempo, pues sólomente lo realizó para obtener unos beneficios tributarios y no para generar una mejor mesada pensional.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **OLD MUTUAL S.A.**, inicialmente interpuso recurso de apelación solicitando que fuese revocada íntegramente la sentencia proferida por el juez de primera instancia; sin embargo, mediante memorial allegado el día 19 de diciembre de 2019, visible a folio 271 del expediente, presentó desistimiento parcial del recurso de apelación, en lo referente a la oposición al traslado de régimen pensional; solicitando surtir el mismo, sólo en lo atinente a la oposición del reintegro de los gastos de administración y que no fuese condenado en costas.

V. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 10 de octubre de 1956 (f.º 37); **ii)** que el 1.º de abril de 1994 se afilió al R.P.M., donde permaneció hasta el día 30 de noviembre de 1997, cotizando un total de 172,29 semanas (f.º 39); **iii)** que el 29 de octubre de 1997 suscribió formulario de traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por la A.F.P. COLFONDOS S.A., con fecha de efectividad 1º de diciembre de

1997 (f.° 179); que el 30 de noviembre de 2007 se afilió a PROTECCIÓN S.A. (f.° 268), y que desde el 1.° de noviembre de 2009 se encuentra vinculado a la A.F.P. OLD MUTUAL S.A. (f.° 42).

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

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

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

El inciso 1.° 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.° 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, se tiene que el demandante firmó la solicitud de afiliación y traslado de régimen (f.º 179). En el recuadro denominado ‘voluntad de afiliación’, se encuentra el siguiente texto ‘preimpreso’ respecto de la afiliación al fondo de pensiones obligatorias, encima de su firma como afiliadoa: *“Hago constar que la selección del régimen de ahorro individual 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 COLFONDOS para que administre mis aportes pensionales y que los datos aquí aportados son verídicos”*.

Entonces, en principio, se tiene claramente que la línea jurisprudencial de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, (sentencias SL-4964 de 2018, SL-19447 de 2017, SL-17595 de 2017, STL-1677 de 2019, SL-413 de 2018, SL-1688 de 2019, SL-1451 de 2019 y SL-1452 de 2019, entre otras) señala que la falta de información completa y comprensible por parte de la administradora de pensiones, puede configurar un engaño, que conlleve a la anulación del traslado, situación que no se da en el presente caso; no obstante el Tribunal de Cierre en dichas providencias resalta las condiciones o expectativas pensionales de los trabajadores demandantes al momento del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual, las que de resultar vulneradas con el traslado pueden conllevar a la ineficacia del mismo; lo cual se materializa en que el afiliado ya cuente con un derecho consolidado, que le genere una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión bajo las previsiones del sistema de prima media con prestación definida.

Y es que realmente surgen interrogantes como: ¿Qué tipo de efecto nocivo puede causarse al accionante quien contaba con 37

años de edad para el 1.º de abril de 1994, que para esa data apenas se afiliaba al régimen de prima media, y se encontraba iniciando la formación de su derecho de pensión?

Así las cosas, para el año de 1994, el demandante contaba con 37 años, es decir, según la norma que se encuentra vigente -Ley 797 de 2003- le faltaban aproximadamente 25 años para cumplir la edad de 62 años, lo cual se traduce en que no contaba con esa expectativa legítima de adquirir el derecho para que pudiera predicarse válidamente que su afiliación inicial a COLFONDOS S.A. le cercenó ese derecho.

Por lo que se infiere, que con este acto se produjeron los efectos de traslado válido al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A Y OLD MUTUAL S.A., fue ineficaz o estuviera viciado de nulidad, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando la suscripción del formulario no fue objeto de reproche de su parte, y posteriormente realizó dos afiliaciones al mismo régimen, lo que es indicativo de que conocía el R.A.I.S. De igual forma, admitió que siempre recibió información de su fondo de pensiones mediante extractos, además de visitas de seguimiento de su derecho pensional realizadas en sus diferentes lugares de trabajo por las A.F.P. COLFONDOS S.A. Y OLD MUTUAL S.A., las cuales se realizaban de manera periódica y adicionalmente, en el momento en que el demandante lo solicitara.

Ahora bien, sobre las consideraciones expuestas en la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL-1452 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.

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

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

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

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

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

Por lo anterior, respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe señalar que no se encuentra consignada en una norma legal, porque se reitera las conductas referidas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 no se alegan en el presente caso,

y en gracia de discusión, no le compete a la jurisdicción definir sobre su ocurrencia o no.

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

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

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

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes desde el año 1997, en la medida en que las partes realizaron las actuaciones (sucesivamente) correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores realizaron los aportes a las Administradoras en los periodos en que el demandante se vinculó a éstas.

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

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

Aunado a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras), donde se reitera que la suscripción del formulario a lo sumo acredita el consentimiento, y en este caso, se encuentra que el documento suscrito además de acreditar el consentimiento prueba la información entregada al demandante, lo cual se corrobora con la exposición en el interrogatorio de parte por el demandante.

En este punto, bueno es recordar que las reglas de la experiencia y la sana crítica indican que cuando se suscriben diferentes negocios jurídicos, en virtud de la autonomía de la voluntad, no resulta razonable que alguno de los contratantes presten su consentimiento a compromisos y obligaciones que le ocasionen alguna clase de perjuicios, lo que de contera descarta, como ya se vio, que el demandante no hubiera recibido información sobre el régimen de ahorro individual, pues como es bien sabido, es deber de quien decide

efectuar esta clase de actuaciones definir las condiciones y términos de los mismos, las ventajas y desventajas que traerán sus determinaciones, dado que el acto de la afiliación o no, depende de la persona natural y no del fondo.

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

En dicha sentencia, expuso la Corte lo siguiente:

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

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente

cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, ...”.

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

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

Así mismo, en la sentencia C-083/19, señaló que:

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

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que

recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

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

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

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

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

Sala, por lo que se considera que 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.

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

Así las cosas, si en gracia de discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido el 1.º de diciembre de 1997, el mismo tuvo que ser advertido en esa oportunidad, ante la información brindada, por lo que, indefectiblemente, partir de esa

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

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

En conclusión, se tiene el pleno convencimiento para la mayoría de esta Sala de decisión, que al no aplicar la jurisprudencia constitucional al presente caso, se encuentra que declarar la nulidad o ineficacia del acto de traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual vulnera los principios constitucionales de equidad, solidaridad y sostenibilidad financiera del Régimen de pensiones; al tener en cuenta que los criterios jurisprudenciales para declarar la ineficacia del traslado señalados por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no se acreditan, además de que no se prueban los vicios del consentimiento consagrados en las normas legales antes citadas, en consecuencia, hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia.

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,

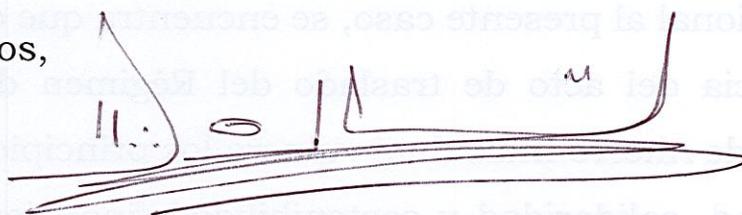
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 14 de noviembre de 2019, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y OLD MUTUAL S.A.**, litisconsorte necesario **PROTECCIÓN S.A.**, de todas las pretensiones incoadas por **RUBÉN DARÍO GÓMEZ SALDAÑA**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

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 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 albedrio 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

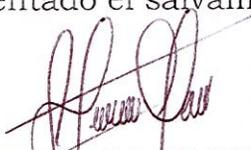
asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

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

En el presente asunto, ninguna confesión se colige del interrogatorio de parte estado por el demandante de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, dado que no se exhibió el mismo que se hubiera dictado el momento del traslado o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que por ley tenía para trasladarse, según de las características, condiciones, acceso, servicios, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes penales, en un lenguaje claro, simple y comprensible. Es razón que no puede haberse inferido cuando la persona desconoce realmente de los efectos que puede acarrear el cambio de régimen, debido a que la información de la que se habla en el presente en materia de la administración de prisiones, en demostrar que el cambio de régimen fue lo suficientemente informado.

Finalmente, considero que la estructuración del sistema no se ve afectada por los hechos alegados por el estado, ya que en virtud de lo establecido en el artículo 191 del Código General del Proceso, el demandante debe probar que el cambio de régimen fue lo suficientemente informado, y no que el sistema de prisiones sea deficiente o que exista un riesgo de reincidencia. Por lo tanto, la alegación de que el sistema de prisiones es deficiente o que existe un riesgo de reincidencia, no es suficiente para demostrar que el cambio de régimen fue lo suficientemente informado.

En consecuencia, considero que la alegación de que el sistema de prisiones es deficiente o que existe un riesgo de reincidencia, no es suficiente para demostrar que el cambio de régimen fue lo suficientemente informado. Por lo tanto, la alegación de que el sistema de prisiones es deficiente o que existe un riesgo de reincidencia, no es suficiente para demostrar que el cambio de régimen fue lo suficientemente informado.



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 ROSMIRA RODRÍGUEZ BUITRAGO** en contra de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**

EXP. 110013105-026-2019-00573-01.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre 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 y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida el 5 de diciembre de 2019, por el Juzgado 26 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 Porvenir S.A. la indujo en error al momento de firmar el formulario de afiliación con el cual se trasladó de régimen pensional, así como la nulidad del mismo; declaró que continúa afiliada al régimen de prima media con prestación definida, en consecuencia, se ordene a Porvenir S.A. devolver todos aportes a Colpensiones, quien deberá recibirla como su afiliada para todos los efectos, y se reconozca y pague la pensión de vejez junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 (f.º 5 vto).

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 17 de marzo de 1960; realizó aportes en el extinto Instituto de Seguros Sociales-I.S.S., desde el 6 de noviembre de 1981 hasta el 31 de diciembre del 2000; en el año 2001 se trasladó a Porvenir S.A., 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 Coomsalud E.S.S., pues solo le indicó que la condición pensional en el fondo privado sería mucho más ventajosa, que el Instituto de Seguros Sociales desaparecería, y con él, el régimen de prima media con prestación definida, por ello, jamás se pensionaría de continuar allí, que podría tener una pensión anticipada, vitalicia y con una mesada inicial superior, y que para ello, sólo debía firmar el formulario de vinculación y/o traslado; reclamó administrativamente a Porvenir S.A. el 8 de noviembre de 2017, pero la petición fue negada, donde se señaló que la nulidad la podría declarar la autoridad competente, y a Colpensiones, el 9 de noviembre de 2017 quien no respondió dicha reclamación (f.º 6-10).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 18 de mayo de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 44).

COLPENSIONES S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentó que la demandante se encuentra válidamente afiliada a la A.F.P. Porvenir S.A., y no probó error, fuerza o dolo en la afiliación a la Administradora Privada, por lo cual no procede la declaración de nulidad.

En su defensa, propuso como excepciones las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y la innominada o genérica (f.º 52-59).

PORVENIR S.A., se opuso a todas y cada una de las pretensiones, y señaló que la demandante tomó una decisión informada y consciente, y en señal de ello suscribió el formulario de vinculación de traslado al R.A.I.S., manifestó su pleno conocimiento y consentimiento en el proceso de la vinculación, lo que refleja una escogencia libre, espontánea y sin presiones del régimen de ahorro individual con solidaridad. Además, dijo que la información suministrada a la demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales, y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia.

Formuló como excepciones las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas del derecho reclamado, buena fe, prescripción de obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica o innominada (f.º 84-94).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 119).

Es de anotar, que en su momento, el Juez 25 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., se declaró impedido mediante providencia de fecha 12 de agosto de 2019, visible a folio 128, razón por la cual, una vez aceptado el mismo, la Juez 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. asumió la competencia del presente proceso (f.º 132).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 5 de diciembre de 2019, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante el 1.º de noviembre del 2000 a Porvenir S.A.; ordenó a dicha entidad, trasladar la totalidad de los dineros que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones, quien a su vez la debe recibir sin solución de continuidad desde la afiliación inicial al régimen de prima media con prestación definida, absolvió a Colpensiones S.A. de las demás pretensiones y condenó en costas a Porvenir S.A.

En lo que interesa a la alzada, consideró que no se acreditó por parte de la demandada Porvenir S.A., teniendo la carga procesal de hacerlo, en el cumplimiento del deber legal de información y buen consejo, así, no se indicó a la demandante las características propias del régimen pensional, ventajas y desventajas, los factores necesarios para obtener una pensión en el R.A.I.S., la incidencia de esta decisión respecto a su derecho pensional, ni acreditó que le hubiese informado las diferencias entre uno y otro régimen, información necesaria para que se generara así un consentimiento libre de vicios; adujo respecto de la prescripción, que al tratarse de un derecho pensional, el mismo

no prescribe (f.º 149).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., apeló con el argumento de que la demandante se trasladó en forma libre y voluntaria al régimen de ahorro individual con solidaridad, porque su manifestación de voluntad se hizo de manera consciente, espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de los requisitos vigentes y recibiendo antes de firmar el formulario la información completa y suficiente. Así mismo, señaló que la demandante debió actuar con la mediana diligencia con el fin de obtener más información respecto del acto jurídico que estaba celebrando, dada la importancia de esta decisión para su vida pensional.

Finalmente, arguyó que para el momento del traslado no existían las cargas de asesoría y buen consejo, que fueron impuestos sólo hasta la expedición de los Decretos n.º2555 y 2071 de 2010, y la Ley 1748 de 2015.

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 o no, a ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones S.A.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 17 de marzo de 1960, hecho que es aceptado

pacíficamente por las partes en el presente proceso ordinario laboral (f.º 20); **ii**) que a 1.º de abril de 1994 tenía un total de 275,01 semanas cotizadas en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (f.º 70); **iii**) y que el 1.º de noviembre de 2000, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 28 y 96).

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

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

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

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

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

En el presente proceso, se tiene que el demandante firmó la solicitud de afiliación y traslado de régimen n.º01477139 diligenciado el 30 de septiembre de 1998 (f.º28 y 96). En el recuadro denominado ‘voluntad de afiliado’, se encuentra el siguiente texto ‘preimpreso’, encima de su firma como afiliada: *“Hago constar que 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 sea la única que administra mis aportes pensionales. También declaro que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos”*.

Se infiere que con este acto se produjeron los efectos de traslado válido al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a PORVENIR S.A., fue ineficaz o estuviera viciado de nulidad, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando PORVENIR S.A. le realizó un cálculo del valor de las mesadas pensionales en cada régimen. De igual forma, admitió siempre recibió información de su fondo de pensiones, y que cuando hizo averiguaciones respecto del estado de su pensión consideró que la información suministrada por PORVENIR S.A. era confiable, pero no suficiente.

Como primera medida, se debe tener en cuenta que la información señalada por el demandante que le fue otorgada, no implica un engaño, en la medida en que no es errónea, dado que quienes se encuentran vinculados al Régimen de Ahorro Individual pueden obtener el derecho a la pensión sin el cumplimiento del requisito de edad, aumentar el monto de la mesada pensional etc.,

situaciones estas que son excluyentes del Régimen de Prima Media, que la actora manifestó conocer según su dicho, por lo que desvirtúa el deseo de permanecer en el Régimen de Prima Media o de retornar a él.

Ahora bien, sobre las consideraciones expuestas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL-1452 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.

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

Lo anterior, por cuanto dichas obligaciones generales y especiales que establecen los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, a cargo de los Fondos de Pensiones, relativas al deber de información para con los afiliados, se suple con aquellas previsiones que se reitera, fueron aceptadas por 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 PORVENIR S.A., en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil.

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

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

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

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

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

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes desde el año 1995, en la medida en que las partes realizaron las actuaciones (sucesivamente) correspondientes para tal fin, al

punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora en los periodos en que el demandante se vinculó a ella.

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

Ahora, si en gracia de discusión, se analizara la causal de ineficacia del acto de traslado por incumplimiento al deber de información asignado a las Administradoras de Pensiones, que se reitera deviene de la jurisprudencia, se encuentra en el presente caso, que la carga de la prueba bajo la responsabilidad de los fondos fue cumplida en la medida en que es el mismo demandante quien en el interrogatorio de parte acepta que se le entregó asesoría, al punto que se le informó que no le convenía un traslado de régimen, y pese a esa información optó por el mismo.

Aunado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras), señala que la suscripción del formulario a lo sumo acredita el consentimiento, y en este caso, se encuentra que el documento suscrito además de acreditar el consentimiento prueba la información entregada al demandante, lo cual se corrobora con la exposición en el interrogatorio de parte por el demandante.

El anterior análisis probatorio, desvirtúa el argumento del recurso de apelación de que no se acogió la postura de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, que impone la carga de la prueba sobre la información otorgada al vinculado al fondo de pensiones, ya que es el propio dicho de la demandante el que corrobora primero que se le informó que no le convenía trasladarse de régimen, segundo las características del Régimen de Ahorro Individual, y tercero que era conocedora de las características del Régimen de Prima Media.

Aunado a que la información ofrecida por Porvenir al demandante, además de ser cierta, fue suficiente y oportuna, sin embargo, la actora, le restó importancia a dicha información, lo que a la postre la llevó a continuar afiliado al régimen de ahorro individual.

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

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

En dicha sentencia, expuso la Corte lo siguiente:

“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones, ...” y “el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no

fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.

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

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

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

Así mismo, en la sentencia C-083/19, señaló que:

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

obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

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

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

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

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

Lo anterior, sin pasar por alto que en la actualidad existe un criterio jurisprudencial mayoritario no unificado en nuestro Órgano

de Cierre en relación con la temática que hoy absorbe el conocimiento de esta Sala, por lo que se considera que el afiliado no está exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos, y teniendo en cuenta que de su elección dependerá su futuro pensional; tal como se vio en el presente proceso, donde la demandante 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.

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

Así las cosas, si en gracia de discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido el 1.º de noviembre de 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 el afiliado para pedir la rescisión del acto

jurídico de traslado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, y como no lo hizo, ese hecho debe tenerse como una ratificación tácita del acto, con lo que se sana cualquier nulidad que hubiese podido existir.

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

En conclusión, se tiene el pleno convencimiento para la mayoría de esta Sala de decisión, que al no aplicar la jurisprudencia constitucional al presente caso, se encuentra que declarar la nulidad o ineficacia del acto de traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual vulnera los principios constitucionales de equidad, solidaridad y sostenibilidad financiera del Régimen de pensiones; al tener en cuenta que los criterios jurisprudenciales para declarar la ineficacia del traslado señalados por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no se acreditan, además de que no se prueban los vicios del consentimiento consagrados en las normas legales antes citadas, en consecuencia, hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia.

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: REVOCAR la sentencia proferida el 5 de diciembre de 2019, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

FIS

ORD. N.º 026 2019-00273 01

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEINER

ÁNGELA LUCÍA MURIELLO VARÓN
HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Saco voto

SALVAMENTO DE VOTO

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 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

En el presente asunto, ninguna contestación alguna del demandado se ha presentado por el demandante de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, dado que no se advierte del mismo que se hubieran iniciado el trámite del traslado a los peritos, antes del vencimiento de los 15 días que por ley tanto para traslados, como de las contestaciones, condiciones, aclaraciones, señalamientos, señalamientos y traslados de los peritos, en un lenguaje claro, simple y comprensible, de tal modo que no exista libertad alguna cuando la persona demandada tratara de las cosas que puede ocurrirle el cambio de régimen de las administraciones de personas, en desarrollo de la prueba en materia de la administración de personas, en desarrollo de la prueba en materia de la administración de personas.

Finalmente, cabe señalar que la administración de personas no es un asunto que se resuelve por vía de arbitraje, sino que se resuelve por vía judicial, de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, en virtud de que se trata de un asunto que no puede resolverse por vía arbitral, sino que se resuelve por vía judicial, de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, en virtud de que se trata de un asunto que no puede resolverse por vía arbitral, sino que se resuelve por vía judicial, de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso.



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **LUZ MARINA HERRERA CAMPILLO** en contra de **COLPENSIONES S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.**

EXP. 110013105-026-2019-00639-01.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre 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 Porvenir S.A. y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida el 11 de diciembre de 2019, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad de traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, y en consecuencia, se ordene a Porvenir S.A. a devolver todos valores, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con sus respectivos intereses, que ésta hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora a Colpensiones S.A., quien deberá recibirla como su afiliada, más las costas y las agencias en derecho, (f.º 81 a 90).

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 1.º de noviembre de 1957; realizó aportes en el extinto Instituto de Seguros Sociales I.S.S., desde el 1.º de enero de 1980 hasta el 30 de mayo de 1994; en junio de 1994 se trasladó a Colfondos S.A., sin haber obtenido información adecuada y completa acerca del cambio de régimen pensional por parte del asesor en la reunión grupal que tuvo en su lugar de trabajo, pues solo les indicaron que en el fondo privado podría pensionarse de forma anticipada, que su mesada pensional allí sería más alta y que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, razón por la cual, de permanecer allí, perdería todo el dinero aportado al sistema y no tendría derecho a una pensión nunca; que se trasladó al R.A.I.S., a la A.F.P. Colfondos S.A. desde el 16 de abril de 1994, con una efectividad del mismo, a partir del 1.º de junio de dicha anualidad; posteriormente, el 30 de septiembre de 1998, la demandante se afilió Porvenir S.A., haciéndose efectiva dicha afiliación a partir del mes de noviembre de 1998, donde se encuentra afiliada actualmente; que reclamó administrativamente a Porvenir S.A., el día 18 de octubre de 2014; a Colpensiones, el día 31 de julio de 2015; y a Colfondos S.A.,

el 8 de mayo de 2017, pero dichas peticiones fueron negadas (f.º 82 - 83).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 4 de octubre de 2017 por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., ordenándose su notificación y traslado a las entidades demandadas (f.º 95-96).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentó que la demandante se encuentra válidamente afiliada a la A.F.P. Porvenir S.A., y no se probó error, fuerza o dolo en la afiliación a la administradora privada, razón por la cual no procede la declaratoria de nulidad, puesto que al ser taxativas las causales de nulidad, es necesario probarlas en el proceso.

En su defensa, propuso como excepciones la de prescripción, cobro de lo no debido, falta de reclamación administrativa artículo 6 del C.P.T. y S.S., buena fe y declaratoria de otras excepciones (f.º 111-114).

COLFONDOS S.A., inicialmente se opuso a todas y cada una de las pretensiones, adujo que no existe razón para declarar nulo o ineficaz el acto de traslado de la demandante porque en ningún momento se está vulnerando su derecho pensional, ya que la actora puede obtener una pensión de vejez en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, con el fondo Porvenir S.A., siempre y cuando cumplan con los requisitos de ley. Aunado a esto, la suscripción del formulario de afiliación de la demandante al fondo privado se realizó de manera libre, informada, espontánea y sin coacción alguna, de manera que allí quedó plasmado su consentimiento en señal de aceptación de dicho traslado.

Formuló como excepciones las denominadas inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción, 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, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos, innominada o genérica, petición antes de tiempo, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada y ausencia de vicios del consentimiento (f.º 156-184).

Sin embargo, en audiencia de que trata el artículo 80 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, antes de la práctica de las pruebas decretadas a su favor, desistió de las mismas, y se allanó a la demanda, lo cual fue reiterado en los alegatos de conclusión, donde, además, lo único solicitado fue no ser condenado en costas.

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, señaló que la demandante se encuentra válidamente afiliada a Porvenir S.A., mediante una decisión libre, informada, espontánea, eficaz y válida, sumado a que el traslado se realizó cumpliendo con todos los lineamientos legales establecidos para la perfección de dicho acto jurídico.

Formuló como excepciones las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica (f.º 218 - 225).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 261).

Es de anotar que, en su momento, el Juez 25 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., se declaró impedido mediante providencia de fecha 21 de agosto de 2019 (folio 175), razón por la cual, una vez aceptado el mismo, la Juez 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., asumió la competencia del presente proceso (f.º 276).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 11 de diciembre de 2019, declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado efectivamente a partir de junio de 1994 a Colfondos S.A.; ordenó a Porvenir S.A. trasladar la totalidad de los dineros que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos causados y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración, a Colpensiones, quien a su vez debe recibir sin solución de continuidad desde la afiliación inicial al régimen de prima media con prestación definida, sin costas en esta instancia.

En lo que interesa a la alzada, consideró que de acuerdo como lo ha indicado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral en sentencia SL-12136-2014, del 3 de septiembre de 2014, rad. 46292, en este tipo de procesos donde se pretende la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, se debe verificar si el fondo privado efectivamente suministró la información suficiente, completa y veraz, que permitiera a la potencial afiliada la toma de una decisión informada, autónoma y consciente; lo cual no se acreditó en este proceso por Colfondos S.A., quien era el sujeto procesal con la carga para hacerlo, puesto que además, sobre él recaía el deber de informar a la afiliada las características del régimen de ahorro individual con solidaridad y la información necesaria para que la demandante

supiera si éste le era más favorable en su caso particular, lo que tampoco no fue acreditado en este caso.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación en contra del numeral segundo de la sentencia, solicitando sea revocada la condena a la devolución de los gastos de administración, toda vez que esta entidad no fue la que realizó el traslado de régimen pensional de la demandante, y actuó de buena fe en el tiempo que ella estuvo afiliada a dicho fondo. Además, manifiesta que no es procedente el reintegro de estos gastos de administración, toda vez que los mismos le son descontados a los afiliados para que los aportes que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de cada uno produzcan unos rendimientos, lo que genera un crecimiento del capital de la cuenta de ahorro individual de la demandante; por este motivo, si se condena al reintegro de estos dineros, se estaría desconociendo el trabajo realizado durante muchos años por Porvenir S.A., generándose así un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones S.A.

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, primeramente, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, 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. Posteriormente, establecer si es procedente o no, la devolución y

reintegro de los gastos de administración a Colpensiones, por parte de la A.F.P. Porvenir S.A., en virtud de la nulidad del traslado del régimen decretado por el juez de primera instancia.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 1.º de noviembre de 1957 (f.º 3), hecho además, que es pacíficamente aceptado por las partes en conflicto; **ii)** que a 1.º de abril de 1994 tenía un total de 146 semanas cotizadas en el **R.P.M.** (f.º 120); **iii)** y que el 19 de mayo de 1994, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., conforme al historial de vinculaciones que obra a folio 185 y s.s., donde reiterando que pretendía pernoctar en dicho régimen, el 30 de septiembre de 1998, se trasladó fondo de pensiones administrado por PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 227).

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

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

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación

respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

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

En el presente proceso, se tiene que el demandante firmó la solicitud de afiliación y traslado de régimen n.º01090908 diligenciado el 30 de septiembre de 1998 (f.º227). En el recuadro denominado ‘voluntad de afiliado’, se encuentra el siguiente texto ‘preimpreso’, encima de su firma como afiliada: *“Hago constar que 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 sea la única que administra mis aportes pensionales. También declaro que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos”*.

Se infiere que con este acto, se produjeron los efectos de traslado válido al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a PORVENIR S.A., fue ineficaz o estuviera viciado de nulidad, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, y en donde PORVENIR S.A. le realizó un cálculo del valor de los mesadas pensionales en cada régimen. De igual forma, admitió siempre recibió información de su fondo de pensiones, y que cuando

hizo averiguaciones respecto del estado de su pensión consideró que la información suministrada por PORVENIR S.A. era confiable, pero no suficiente.

Como primera medida, se debe tener en cuenta que la información señalada por el demandante que le fue otorgada, no implica un engaño, en la medida en que no es errónea, dado que quienes se encuentran vinculados al Régimen de Ahorro Individual pueden obtener el derecho a la pensión sin el cumplimiento del requisito de edad, aumentar el monto de la mesada pensional etc., situaciones estas que son excluyentes del Régimen de Prima Media, que la actora manifestó conocer según su dicho, por lo que desvirtúa el deseo de permanecer en el Régimen de Prima Media o de retornar a él, lo cual se concluye porque pese a las diversas oportunidades de trasladarse no optó por tal situación, antes por el contrario, pernoctó en el R.A.I.S.

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 37 años de edad, y un acumulado de 146 semanas en 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, 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 676,85 semanas de cotización, insuficientes para completar la densidad mínima de 750 semanas exigida por el mencionado Acto Legislativo.

Ahora bien, sobre las consideraciones expuestas en la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre

otras en la SL-1452 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 ha dicho reiteradamente por la Honorable Corte Suprema de Justicia, en su sala de casación laboral (entre otras, 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.

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

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

Por lo tanto, 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 PORVENIR S.A., en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil.

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

Por ende, respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe señalar que no se encuentra consignada en

una norma legal, porque se reitera las conductas referidas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 no se alegan en el presente caso, y en gracia de discusión, no le compete a la jurisdicción definir sobre su ocurrencia o no.

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

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

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

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

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

Ahora, si en gracia de discusión, se analizara la causal de ineficacia del acto de traslado por incumplimiento al deber de información asignado a las Administradoras de Pensiones, que se reitera deviene de la jurisprudencia, se encuentra en el presente caso, que la carga de la prueba bajo la responsabilidad de los fondos fue cumplida en la medida en que es el mismo demandante quien en el interrogatorio de parte acepta que se le entregó asesoría, al punto que se le informó que no le convenía un traslado de régimen, y pese a esa información optó por el mismo.

Aunado a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras), la cual señala que la suscripción del formulario a lo sumo acredita el consentimiento, y en este caso, se encuentra que el documento suscrito además de acreditar el consentimiento, prueba la información entregada al demandante.

El anterior análisis probatorio, desvirtúa el argumento del recurso de apelación de que no se acogió la postura de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, que impone la carga de la prueba sobre la información otorgada al vinculado al fondo de pensiones, ya que es el propio dicho de la demandante el que corrobora primero que se le informó que no le convenía trasladarse de régimen, segundo las características del Régimen de Ahorro Individual, y tercero que era conocedora de las características del Régimen de Prima Media.

Aunado a que la información ofrecida por Porvenir al demandante, además de ser cierta, fue suficiente y oportuna, sin embargo, la actora, le restó importancia a dicha información, lo que

a la postre la llevó a continuar afiliado al régimen de ahorro individual.

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

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

En dicha sentencia, expuso la Corte lo siguiente:

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

a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.

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

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

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

Así mismo, en la sentencia C-083/19, señaló que:

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

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

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

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

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

Lo anterior, sin pasar por alto que en la actualidad existe un criterio jurisprudencial mayoritario no unificado en nuestro Órgano de Cierre en relación con la temática que hoy absorbe el conocimiento de esta Sala, por lo que se considera que la afiliada no está exonerada de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen

pensional, toda vez que no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos, y teniendo en cuenta que de su elección dependerá su futuro pensional; y como se vio en el presente trámite procesal, 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.

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

Así las cosas, si en gracia de discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido el 19 de mayo de 1994, el mismo tuvo que ser advertido en esa oportunidad, ante la información brindada, por lo que, indefectiblemente, partir de esa fecha, debía contarse el plazo de 4 años con el que contaba el afiliado para pedir la rescisión del acto jurídico de traslado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, y como no lo hizo, ese hecho debe tenerse como una ratificación tácita del acto, con lo que se sana cualquier nulidad que hubiese podido existir.

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

En conclusión, se tiene el pleno convencimiento para la mayoría de esta Sala de decisión, que al no aplicar la jurisprudencia constitucional al presente caso, se encuentra que declarar la nulidad o ineficacia del acto de traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual vulnera los principios constitucionales de equidad, solidaridad y sostenibilidad financiera del Régimen de pensiones; al tener en cuenta que los criterios jurisprudenciales para declarar la ineficacia del traslado señalados por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no se acreditan, además de que no se prueban los vicios del consentimiento consagrados en las normas legales antes citadas, en consecuencia, hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia.

Por último, no se puede desconocer que la entidad demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, se allanó a las pretensiones de la demanda como se constata a folio 289, sin que indicará los hechos que aceptaba, y como las mismas se sustentan en el incumplimiento de obligaciones por parte de los fondos, de tal manera, que hay lugar a remitir copia de toda la actuación judicial a la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, entidad a la que fue fusionada la Superintendencia Bancaria, (Decreto n.º4327 de 2005), porque de conformidad con los artículos 13 literal k) de la Ley 100 de 1993, y 211 del Decreto n.º663 de 1994, toda vez que es la entidad encargada del control y vigilancia de las entidades administradoras de los regímenes de pensiones, y es la competente de verificar e investigar si la demandada incumplió o no con las obligaciones legales correspondientes.

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:

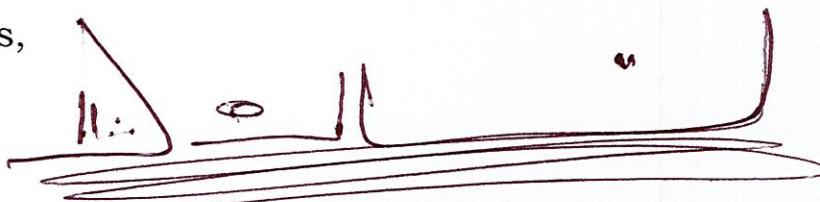
PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 11 de diciembre de 2019, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: REMITIR copia de toda la actuación judicial a la Superintendencia Financiera de Colombia, con el fin de que verifique e investigue sí la demandada Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, incumplió o no, con las obligaciones legales correspondientes, de acuerdo con lo considerado.

TERCERO: 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

... de la ...

RESUMEN

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 11 de diciembre de 2014 por el Juzgado Tercero del Circuito de Bogotá de ...

SEGUNDO: REINTENTAR copia de toda la actuación judicial a la ...

...

...

...

...

...

SALVAMENTO DE VOTO

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 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

... que se ha producido en el mundo de la salud, se han ido creando los centros de la salud y se han ido creando los centros de la salud y se han ido creando los centros de la salud...

En el presente estudio, se han realizado entrevistas a los profesionales de la salud, con el objetivo de conocer su opinión sobre el sistema de salud y las medidas que se han tomado para mejorar la atención al paciente. Los resultados muestran que los profesionales consideran que el sistema de salud actual es insuficiente y que se necesitan más recursos y personal para mejorar la atención al paciente. Se han identificado algunas de las principales causas de los problemas de salud y se han propuesto algunas medidas para mejorar la atención al paciente.

El presente estudio tiene como objetivo principal conocer la opinión de los profesionales de la salud sobre el sistema de salud y las medidas que se han tomado para mejorar la atención al paciente. Los resultados muestran que los profesionales consideran que el sistema de salud actual es insuficiente y que se necesitan más recursos y personal para mejorar la atención al paciente. Se han identificado algunas de las principales causas de los problemas de salud y se han propuesto algunas medidas para mejorar la atención al paciente.

Los resultados del estudio muestran que los profesionales de la salud consideran que el sistema de salud actual es insuficiente y que se necesitan más recursos y personal para mejorar la atención al paciente. Se han identificado algunas de las principales causas de los problemas de salud y se han propuesto algunas medidas para mejorar la atención al paciente.

En conclusión, el presente estudio ha demostrado que los profesionales de la salud consideran que el sistema de salud actual es insuficiente y que se necesitan más recursos y personal para mejorar la atención al paciente. Se han identificado algunas de las principales causas de los problemas de salud y se han propuesto algunas medidas para mejorar la atención al paciente.



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **PEDRO ENRIQUE CAICEDO MARTÍNEZ** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES S.A. y PORVENIR S.A.**

EXP. 110013105-026-2019-00658-01.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre 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 Porvenir S.A. y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida el 12 de diciembre de 2019, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se declarara que Porvenir S.A., lo asesoró de manera equivocada, toda vez que no le informó de las consecuencias del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; y en consecuencia, que se decretara la nulidad del traslado; que se ordenara a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones como administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida los aportes, rendimientos y semanas cotizadas, como si nunca se hubiese surtido el traslado al R.A.I.S., y que se ordenara a Colpensiones aceptar el mismo.

Para el efecto, manifestó que nació el 30 de septiembre de 1957; que cotizó en el extinto I.S.S, hoy Colpensiones S.A., desde el 25 de septiembre de 1975 hasta el 6 de julio de 1996; que el 1.º de septiembre de 1996, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, Fondo Porvenir S.A., sin haber obtenido la información completa por parte del asesor en la reunión que tuvo en su lugar de trabajo, ya que solo le indicó que el I.S.S. iba a ser liquidado, y como consecuencia de ello, el tiempo de cotización se iba a perder, y que la mesada pensional en dicho fondo iba a ser más alta, sumado a ello, omitió brindar asesoría respecto de la posibilidad de devolverse al régimen de prima media con prestación definida, con ocasión de la expedición de la Ley 797 de 2003, y sobre las posibilidades o alternativas de ahorro voluntario, a fin de evitarle un perjuicio respecto de la mesada en la pensión de vejez, así, considera que existe un vicio en su consentimiento, toda vez que fue asaltado en su buena fe, dado que creyó en la promesa de un mayor beneficio pensional.

Señaló, que el día 3 de agosto de 2018, solicitó a Porvenir S.A. un estudio pensional, donde se le indicó que su pensión en el régimen

de ahorro individual ascendería a la suma de \$781.242, mientras que en el régimen de prima media correspondería a un valor de \$2.537.900, así mismo, indicó que el día 11 de septiembre de 2018, solicitó a Colpensiones S.A. traslado de régimen, pero las peticiones fueron negadas (f.º 4-5).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 20 de septiembre de 2018, por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.º 43).

COLPENSIONES S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que la demandante se encuentra válidamente afiliada a la A.F.P. Porvenir S.A., y no se probó error, fuerza o dolo en la afiliación a la administradora privada, razón por la cual no procede la declaratoria de nulidad.

En su defensa, propuso como excepciones la de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y la innominada o genérica (f.º 51 - 59).

PORVENIR S.A., también se opuso a las pretensiones de la demanda, alegó en su favor que la afiliación del demandante es un acto válido, toda vez que se realizó de manera libre, espontánea y sin presiones, luego de haber recibido una asesoría integral y completa respecto de las implicaciones de su decisión, sumado a que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, razón por la cual no se vulneró para el momento del traslado ninguna expectativa legítima y cualquiera de los dos regímenes le podía ser favorable; manifestó que el error sobre un punto de derecho no vicia el

consentimiento, y que por lo anterior, no se produjo ningún vicio del consentimiento que invalide la decisión del demandante de vincularse al R.A.I.S.

Respecto de las pretensiones subsidiarias, se opuso a las mismas, señaló que no es viable condenarla a reconocer una pensión de vejez liquidada bajo los parámetros aplicables al régimen de prima media, ya que en el R.A.I.S. la única variable válida para determinar la causación del derecho a acceder a una pensión de vejez es el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, sumado a que Porvenir S.A. no ha determinado a través de un cálculo actuarial, si al demandante le asiste o no el derecho a una pensión de vejez, por cuanto la misma nunca ha sido solicitada.

Propuso las excepciones de mérito de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, inexistencia del perjuicio alegado, ausencia de responsabilidad atribuible a mi representada, compensación, buena fe y la innominada o genérica. (f.º 93 - 117).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 131).

Es de anotar, que en su momento, el Juez 25 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., se declaró impedido mediante providencia de fecha 14 de agosto de 2019, visible a folio 150, razón por la cual, una vez aceptado el mismo, la Juez 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. asumió la competencia del presente proceso (f.º 154).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia

de 12 de diciembre de 2019, declaró la ineficacia del traslado del demandante al R.A.I.S., que en su caso administra Porvenir S.A., para tenerlo como válidamente afiliado a Colpensiones; condenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor con sus correspondientes rendimientos financieros, sin que hubiese lugar a descontar alguna suma por concepto de administración; ordenó a Colpensiones a aceptar el traslado del demandante al R.P.M.; condenó en costas a Porvenir S.A., y concedió recurso de apelación a Porvenir S.A., y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

En lo que interesa a la alzada, consideró que de acuerdo como lo ha indicado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral en sentencia SL-12136-2014, del 3 de septiembre de 2014, rad. 46292, en este tipo de procesos donde se pretende la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, se debe verificar si el fondo privado efectivamente suministró la información suficiente, completa y veraz, que permitiera al potencial afiliado la toma de una decisión informada, autónoma y consciente; lo cual no se acreditó en este proceso por Porvenir S.A., quien era el sujeto procesal con la carga para hacerlo, puesto que además, sobre él recaía el deber de informar al afiliado las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, los riesgos que implicaba el traslado de régimen y a su vez los beneficios que obtendría, lo que tampoco no fue acreditado en este caso.

Ahondó respecto del deber de información de las A.F.P., donde señaló el criterio contenido en la sentencia del 3 de abril de 2019, rad. 68852 de la Corte Suprema de Justicia, donde se dijo que éste ha existido desde la entrada en vigencia de la Ley 100, razón por la cual debe analizarse el momento histórico en el que se realizó la correspondiente afiliación, esto con el fin de establecer las

obligaciones de la entidad demandada, toda vez que las A.F.P. desde su creación tendían el deber de brindar la información completa a sus afiliados, a fin de que éstos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional, lo cual, con el transcurrir del tiempo se intensificó, acumulando más obligaciones, pasando de un deber de obligación necesaria, al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría, lo cual consecuentemente, genera en los jueces la necesidad de evaluar el cumplimiento del deber de información de las A.F.P., de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que éste siempre ha existido.

Por lo anterior, consideró que de acuerdo con las pruebas documentales y lo manifestado por el demandante en el interrogatorio de parte, la parte demandada Porvenir S.A., no acreditó que efectivamente en 1996, le haya brindado al demandante una información clara, oportuna y suficiente respecto al régimen de pensiones al cual se encontraría afiliado, lo anterior por cuanto simplemente se limitó a ofrecerle una mejor pensión que la que obtendría en el I.S.S., sin explicarle dicha circunstancia. Sumado a esto, no se acreditó que se haya puesto en conocimiento al demandante del manual o reglamento de derechos y obligaciones de los afiliados, tal como lo prevé el Decreto n.º656 de 1994.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., apeló con el argumento de que el demandante se trasladó en forma libre y voluntaria al régimen de ahorro individual con solidaridad, porque su manifestación de voluntad se hizo de manera consciente, espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de los requisitos vigentes y recibiendo antes de firmar el formulario la información completa y

suficiente. Así mismo, señaló que el demandante debió actuar con la mediana diligencia con el fin de obtener más información respecto del acto jurídico que estaba celebrando, dada la importancia de esta decisión para su vida pensional.

Arguyó, que para el momento del traslado no existían las cargas de asesoría y buen consejo, que fueron impuestos sólo hasta la expedición del Decreto n.º2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2014, y sumado a ello, con la expedición de la Ley 797 de 2014, en lo relativo a las modificaciones que introdujo en su artículo 2.º, al artículo 13, literal e) de la Ley 100 de 1993, y siguiendo las instrucciones de la superintendencia financiera, se publicó en el diario de circulación nacional 'El Tiempo' un aviso donde se informaba a los afiliados la imposibilidad de trasladarse de régimen cuando la persona se encontrare a 10 años o menos de cumplir con la edad para la pensión.

Sobre lo relacionado con la carga de la prueba, consideró no ajustado a la normatividad vigente la inversión de la misma, toda vez que ésta le corresponde a quien tenga la capacidad de demostrar el hecho procesal, y se refirió al artículo 835 del Código de Comercio, para argumentar que, consecuentemente, quien alegue mala fe de una persona o afirme que éste conocía o debía conocer determinado hecho, deberá probarlo, significando esto que le corresponde a la parte demandante probar el actuar indebido de Porvenir S.A. o de sus funcionarios.

V. CONSIDERACIONES

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

reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones S.A.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 30 de septiembre 1957 (f.º 14) hecho además, que es pacíficamente aceptado por las partes en conflicto; **ii)** que a 1.º de abril de 1994 tenía un total de 577,42 semanas cotizadas en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (f.º 65 expediente administrativo); **iii)** y que el 16 de octubre de 1996, se trasladó fondo de pensiones administrado por PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 122).

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

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

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

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

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

En el presente proceso, se tiene que el demandante firmó la solicitud de afiliación y traslado de régimen (f.º122). En el recuadro denominado ‘voluntad de afiliado’, se encuentra el siguiente texto ‘preimpreso’, encima de su firma como afiliada: *“Hago constar que 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 sea la única que administra mis aportes pensionales. También declaro que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos”*.

Entonces, en principio, se tiene claramente que la línea jurisprudencial de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, (sentencias SL-4964 de 2018, SL-19447 de 2017, SL-17595 de 2017, STL-1677 de 2019, SL-413 de 2018, SL-1688 de 2019, SL-1451 de 2019 y SL-1452 de 2019, entre otras) señala que la falta de información completa y comprensible por parte de la administradora de pensiones, puede configurar un engaño, que conlleve a la anulación del traslado, situación que no se da en el presente caso; no obstante el Tribunal de Cierre en dichas providencias resalta las condiciones o expectativas pensionales de los trabajadores demandantes al momento del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual, las que de resultar vulneradas con el traslado pueden conllevar a la ineficacia del mismo; lo cual se

materializa en que el afiliado ya cuente con un derecho consolidado, que le genere una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión bajo las previsiones del sistema de prima media con prestación definida.

Y es que realmente surgen interrogantes como: ¿Qué tipo de efecto nocivo puede causarse al accionante quien contaba con 37 años de edad para el 1º de abril de 1994, que para esa data tenía un total de 577.42 semanas cotizadas, y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?

Así las cosas, para el año de 1994, el demandante contaba con 37 años, es decir, según la norma que se encuentra vigente -Ley 797 de 2003- le faltaban aproximadamente 25 años para cumplir la edad de 62 años, lo cual se traduce en que no contaba con esa expectativa legítima de adquirir el derecho para que pudiera predicarse válidamente que su afiliación inicial a PORVENIR S.A. le cercenó ese derecho.

Por lo que se infiere, que con este acto se produjeron los efectos de traslado válido al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a PORVENIR S.A., fue ineficaz o estuviera viciado de nulidad, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando en el interrogatorio el actor indicó que estuvo de acuerdo con la información suministrada por PORVENIR S.A., mediante el cual dicha entidad le realizó un cálculo del valor de los mesadas pensionales en cada régimen. De igual forma, admitió siempre recibió información de su fondo de pensiones, y que cuando hizo averiguaciones respecto del estado de su pensión consideró que la información suministrada por PORVENIR S.A. era confiable, pero no suficiente.

Así mismo, se debe tener en cuenta que la información señalada por el demandante que le fue otorgada, no implica un engaño, en la medida en que no es errónea, dado que quienes se encuentran vinculados al Régimen de Ahorro Individual pueden obtener el derecho a la pensión sin el cumplimiento del requisito de edad, aumentar el monto de la mesada pensional etc., situaciones estas que son excluyentes del Régimen de Prima Media, que el actor manifestó conocer según su dicho, por lo que desvirtúa el deseo de permanecer en el Régimen de Prima Media o de retornar a él, lo cual se concluye porque pese a las diversas oportunidades de trasladarse no optó por tal situación, antes por el contrario, pernoctó en el R.A.I.S.

Ahora bien, sobre las consideraciones expuestas en la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL-1452 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.

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

Lo anterior, por cuanto dichas obligaciones generales y especiales que establecen los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, a cargo de los Fondos de Pensiones, relativas al deber de información para con los afiliados, se suple con aquellas previsiones que se reitera, fueron aceptadas por 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 PORVENIR S.A., en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil.

Se considera entonces, que no existen elementos de juicio que permitan establecer coacción, error o inducción al mismo como vicios del consentimiento, la deficiencia de la asesoría que se aduce, menos

aún el dolo consistente en artificios o engaños para obtener el consentimiento en el traslado, pues lo que está claro es que la demandante fue asesorada, y estuvo de acuerdo con la información suministrada, por lo tanto, no había lugar a declarar ni la nulidad de la afiliación PORVENIR S.A., ni la ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se acreditó que persona alguna hubiese atentado contra el derecho del trabajador a seleccionar el régimen pensional.

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

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

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

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

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

Ahora, si en gracia de discusión, se analizara la causal de ineficacia del acto de traslado por incumplimiento al deber de información asignado a las Administradoras de Pensiones, que se reitera deviene de la jurisprudencia, se encuentra en el presente caso, que la carga de la prueba bajo la responsabilidad de los fondos fue cumplida en la medida en que es el mismo demandante quien en el interrogatorio de parte acepta que se le entregó asesoría, al punto que se le informó que no le convenía un traslado de régimen, y pese a esa información optó por el mismo.

Aunado a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras), donde se reitera que la suscripción del formulario a lo sumo acredita el consentimiento, y en este caso, se encuentra que el documento suscrito además de acreditar el consentimiento prueba la información entregada al demandante, lo cual se corrobora con la exposición en el interrogatorio de parte por el demandante.

El anterior análisis probatorio desvirtúa el argumento del recurso de apelación de que no se acogió la postura de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, que impone la carga de la prueba sobre la información otorgada al vinculado al fondo de pensiones, ya que es el propio dicho del demandante el que corrobora primero que se le informó que no le convenía trasladarse de régimen, segundo las características del Régimen de Ahorro Individual, y tercero que era conocedor de las características del Régimen de Prima Media.

Aunado a que la información ofrecida por Porvenir al demandante, además de ser cierta, fue suficiente y oportuna, sin embargo, el actor, le restó importancia a dicha información, lo que a la postre lo llevó a continuar afiliado al régimen de ahorro individual.

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

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

En dicha sentencia, expuso la Corte lo siguiente:

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

llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.

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

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

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

Así mismo, en la sentencia C-083/19, señaló que:

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

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

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

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

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

Lo anterior, sin pasar por alto que en la actualidad existe un criterio jurisprudencial mayoritario no unificado en nuestro Órgano de Cierre en relación con la temática que hoy absorbe el conocimiento de esta Sala, por lo que se considera que el afiliado no está exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen

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

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

Así las cosas, si en gracia de discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido el 16 de agosto de 1996, el mismo tuvo que ser advertido en esa oportunidad, ante la información brindada, por lo que, indefectiblemente, partir de esa fecha, debía contarse el plazo de 4 años con el que contaba el afiliado para pedir la rescisión del acto jurídico de traslado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, y como no lo

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

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

En conclusión, se tiene el pleno convencimiento para la mayoría de esta Sala de decisión, que al no aplicar la jurisprudencia constitucional al presente caso, se encuentra que declarar la nulidad o ineficacia del acto de traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual vulnera los principios constitucionales de equidad, solidaridad y sostenibilidad financiera del Régimen de pensiones; al tener en cuenta que los criterios jurisprudenciales para declarar la ineficacia del traslado señalados por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no se acreditan, además de que no se prueban los vicios del consentimiento consagrados en las normas legales antes citadas, en consecuencia, hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia.

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,

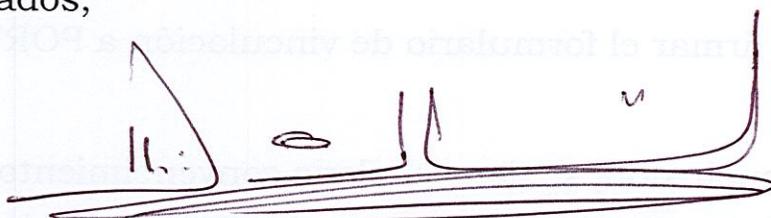
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 12 de diciembre de 2019, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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 VO FO

SALVAMENTO DE VOTO

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 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

En el presente asunto, ninguna confesión del autor de los hechos por el demandante de conformidad con el artículo 191 del Código Penal del Proceso, dado que no se advierte del mismo que el demandante al momento del testigo a ser reconocido, antes del reconocimiento de los hechos que por ley tenía para testificar, acerca de las circunstancias, condiciones, causas, motivos, fines y medios de cada uno de los delitos consumados en un lenguaje claro, simple y comprensible. Se trata de un delito que se cometió en el momento de la comisión de los delitos, por lo que se advierte al demandante al momento de la comisión de los delitos que se advierte en el momento de la comisión de los delitos, en el momento de la comisión de los delitos, en el momento de la comisión de los delitos.

En el presente asunto, ninguna confesión del autor de los hechos por el demandante de conformidad con el artículo 191 del Código Penal del Proceso, dado que no se advierte del mismo que el demandante al momento del testigo a ser reconocido, antes del reconocimiento de los hechos que por ley tenía para testificar, acerca de las circunstancias, condiciones, causas, motivos, fines y medios de cada uno de los delitos consumados en un lenguaje claro, simple y comprensible. Se trata de un delito que se cometió en el momento de la comisión de los delitos, por lo que se advierte al demandante al momento de la comisión de los delitos, en el momento de la comisión de los delitos, en el momento de la comisión de los delitos.

En el presente asunto, ninguna confesión del autor de los hechos por el demandante de conformidad con el artículo 191 del Código Penal del Proceso, dado que no se advierte del mismo que el demandante al momento del testigo a ser reconocido, antes del reconocimiento de los hechos que por ley tenía para testificar, acerca de las circunstancias, condiciones, causas, motivos, fines y medios de cada uno de los delitos consumados en un lenguaje claro, simple y comprensible. Se trata de un delito que se cometió en el momento de la comisión de los delitos, por lo que se advierte al demandante al momento de la comisión de los delitos, en el momento de la comisión de los delitos, en el momento de la comisión de los delitos.

En el presente asunto, ninguna confesión del autor de los hechos por el demandante de conformidad con el artículo 191 del Código Penal del Proceso, dado que no se advierte del mismo que el demandante al momento del testigo a ser reconocido, antes del reconocimiento de los hechos que por ley tenía para testificar, acerca de las circunstancias, condiciones, causas, motivos, fines y medios de cada uno de los delitos consumados en un lenguaje claro, simple y comprensible. Se trata de un delito que se cometió en el momento de la comisión de los delitos, por lo que se advierte al demandante al momento de la comisión de los delitos, en el momento de la comisión de los delitos, en el momento de la comisión de los delitos.

En el presente asunto, ninguna confesión del autor de los hechos por el demandante de conformidad con el artículo 191 del Código Penal del Proceso, dado que no se advierte del mismo que el demandante al momento del testigo a ser reconocido, antes del reconocimiento de los hechos que por ley tenía para testificar, acerca de las circunstancias, condiciones, causas, motivos, fines y medios de cada uno de los delitos consumados en un lenguaje claro, simple y comprensible. Se trata de un delito que se cometió en el momento de la comisión de los delitos, por lo que se advierte al demandante al momento de la comisión de los delitos, en el momento de la comisión de los delitos, en el momento de la comisión de los delitos.



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **ANA MERCEDES DÍAZ DÍAZ** en contra de **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 027 2018 00389-01.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre 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 Protección y Colpensiones, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la sentencia proferida el 23 de octubre de 2019, por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

AUTO:

Se reconoce personería al abogado **ANDRÉS ZAHIR CARRILLO TRUJILLO**, como apoderado sustituto de la parte demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES S.A.**, de conformidad con el poder visible de f.º 280. En los términos y para los efectos del poder conferido. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la ineficacia del traslado de régimen, al no ser informada en forma suficiente, veraz e idónea acerca de los regímenes pensionales y las eventuales condiciones pensionales; en consecuencia, se condene a la demandada **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar los aportes obligatorios y rendimientos que posee en su cuenta de ahorro individual, y aceptar a satisfacción y sin deducciones los mismos por parte de **COLPENSIONES** (f.º 2-3).

Como fundamento fáctico relevante, sustentó sus pretensiones en que se afilió al extinto Instituto de los Seguros Sociales el 1.º de mayo de 1978, cotizó al Régimen de Prima Media previo a tu traslado al Régimen de Ahorro Individual un total de 787.14 semanas; se trasladó el 20 de agosto de 1999 al R.A.I.S., y que dicho traslado no estuvo precedido de una suficiente ilustración por parte de la A.F.P. que la recibió, por lo que no existe consentimiento de libertad y voluntariedad, en la actualidad cuenta con más de 1.716.14.

Señaló, que el asesor del fondo demandado no le informó sobre las desventajas de trasladarse al R.A.I.S., así como tampoco le señaló que el valor de su mesada pensional sería inferior a la que recibiría

en el R.P.M., no le elaboró una proyección para que tuviera la información completa sobre el valor de su mesada pensional.

Finalizó, diciendo que el 11 de septiembre de 2011, envió derecho de petición a PROTECCIÓN S.A., solicitando la invalidez de su afiliación a dicho fondo, que radicó ante Colpensiones formulario de traslado de régimen en la misma fecha, la administradora colombiana de pensiones dio contestación a tal solicitud indicando que no era procedente por cuanto se encuentra a 10 años o menos de adquirir su pensión.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El juzgado Dieciséis laboral del circuito de Medellín, mediante auto calendado el 16 de marzo de 2018, inadmitió la demanda con el fin de que presentara el certificado de representación legal de COLPENSIONES, y efectuara presentación personal al poder aportado (f.º 69).

Una vez subsanada la demanda (f.º 70-82), en providencia emitida el 17 de mayo de 2018, el despacho resolvió rechazar de plano la demanda por falta de competencia por factor territorial, estimó que los jueces laborales del circuito de Bogotá, son los competentes para conocer del proceso, por ende remitió el expediente a dichos juzgados.

Para arrimar a esta decisión, el *a quo* consideró que no era el competente para conocer del asunto, toda vez que el domicilio de las entidades demandadas está en Bogotá, y que revisadas las documentales obrantes en el proceso a ese momento, se evidenció que el domicilio de la demandante también se encontraba en la ciudad de Bogotá, como sustento de su decisión citó el artículo 5.º del Código

del Trabajo y la Seguridad Social y la sentencia rad. 62743 del 19 feb. de 2014 (f. ° 83-84).

El apoderado de la parte actora, interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, el cual fue resuelto por el juzgado en mención, mediante auto del 25 de mayo de 2018, en el cual decidió no reponer, y negó a su vez el recurso de apelación (f. ° 166-167).

La demanda fue admitida por el juzgado Veintisiete laboral del circuito de Bogotá el 12 de septiembre de 2018, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (f.º 169).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, afirmó que no basta con trasladar los aportes a la A.F.P., sino que el fondo debe emitir el bono pensional donde incluya el saldo total de la cuenta de ahorro individual y los rendimientos para después aprobar el traslado.

De otra parte, agregó que de conformidad a la Sentencia C-1024 de 2004, el afiliado solo podrá trasladarse cuando le faltaren 10 años o menos para tener derecho a la pensión de vejez; además, no le asiste a la demandante el reconocimiento pensional debido a que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no contaba con 15 de años de servicios o cotizaciones.

Finalmente, advirtió que la A.F.P. en la cual se encuentre activo el afiliado es la encargada de dar aprobación al traslado de régimen. En su defensa, propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción (f. ° 180-192).

PROTECCIÓN S.A., se opuso a las pretensiones, aseveró que no puede hablarse de que existió un error de hecho en el consentimiento de la demandante al momento de suscribir la afiliación, puesto que, como quedó demostrado a la afiliada se le brindó la información necesaria para tomar su decisión; añadió, que el desconocimiento que tuvo la demandante sobre los aspectos legales del R.A.I.S no vician el consentimiento.

En cuanto a la prescripción, afirmó que, de acuerdo a la posición de la Corte Suprema de Justicia, la acción pretendida se encuentra prescrita, y que en este caso, si bien se está tratado un aspecto derivado de la prestación pensional, no se está tratando la prestación pensional en sí misma, y por esto, no se puede hablar de imprescriptibilidad de esta, ya que no se está frente a la afectación de un derecho pensional a la actora.

Puntualizó, que solo hasta la promulgación de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2555 de 2010, se estableció el deber de las administradoras de fondo de pensiones de asesorar e informar a sus consumidores sobre los efectos, beneficios e inconvenientes de cada régimen pensional, y que solo hasta el 2016, surgió la obligación para las administradoras de conservar los soportes que den cuenta de la doble asesoría a los usuarios al momento de afiliarse o trasladarse, por lo que solo hasta ese año las asesorías brindadas a los afiliados eran verbales, sin que ello implique que no fueron asesorías completas, transparentes y oportunas.

Finalizó, al resaltar que una vez efectuada su afiliación, la demandante tuvo diferentes oportunidades para retornar al R.P.M. y no hizo uso de dichas oportunidades, de otra parte, no puede pretenderse que se invierta la carga de la prueba, pues de conformidad al precedente citado en el escrito de la demanda, esto

solo ocurre en los casos en los que se encuentren bajo el supuesto de hecho de esas sentencias.

Propuso como excepciones de fondo o de mérito, las denominadas: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción e innominada o genérica (f.º 229-230).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 23 de octubre de 2019, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al R.A.I.S., en este caso administrado PROTECCIÓN S.A., para tenerlo como válidamente afiliado a COLPENSIONES; condenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los valores correspondientes a rendimientos y comisiones por administración; condenó en costas a PROTECCIÓN S.A., y concedió recurso de apelación a las demandadas, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

En lo que tiene que ver con el deber de información de las A.F.P., y la carga probatoria de éstas ante el afiliado que solicita el traslado, consideró que PROTECCIÓN S.A. no cumplió con esta, ya que no obra en el plenario prueba alguna que acredite que se le haya informado sobre las ventajas y desventajas de trasladarse de régimen, y la única forma con la que el fondo pretendió acreditar la debida información otorgada a la demandante es la suscripción del formulario de afiliación, el cual tiene formas previamente establecidas para todos los casos, y con el que no es posible determinar cuáles fueron los términos de la asesoría en su momento, por esta razón, no puede tenerse éste como prueba del consentimiento informado de la demandante al momento del traslado.

Asimismo, manifestó que la A.F.P. demandada incumplió con los deberes de buen consejo y asesoría, y sumado a esto, vulneró los principios de transparencia que deben imperar en el traslado de regímenes pensionales, razón por la cual declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante.

En cuanto a la excepción de prescripción, señaló que de acuerdo con las sentencias SL-1421 del 10 de abril de 2019 y SL-1688 del 8 de mayo de 2019, no opera la misma cuando se trata de la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental, como el de la seguridad social, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, por lo que declaró no probada esta excepción.

Conforme a la excepción denominada error de derecho no vicia el consentimiento formulada por COLPENSIONES, la declaró no probada, toda vez que como lo dejó claro la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-1688 de 2019, se debe analizar la validez del traslado desde la óptica de los vicios del consentimiento, y en el caso de autos, esto no ocurrió, ya que la Administradora Colombiana de Pensiones analizó el traslado entre regímenes desde la óptica de la ineficacia

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES, sostuvo que no se puede declarar que el acto de traslado de régimen es nulo porque se presenta un error en un punto de derecho que no vicia el consentimiento, y cualquier tipo de nulidad fue saneado durante los 20 años que estuvo la demandante en el R.A.I.S. Manifestó, que no se demostró que la accionante hubiere sido coaccionada para efectuar su afiliación al R.A.I.S., por esto, se entiende que su traslado se efectuó de manera libre y

voluntaria, y esto conlleva a la eficacia del mismo.

Finalizó su intervención, al señalar que el traslado de régimen cumple con los requisitos que imponía la ley en ese momento, que era la escogencia de régimen, en este caso, la demandante escogió el R.A.I.S, y no puede haber otro traslado porque se encuentra inmersa en la prohibición legal del artículo 2.º de la ley 797 de 2003.

Por otra parte, **PROTECCIÓN S.A.** apeló con el argumento de que el 3% del Ingreso Base de cotización se destina a pagar la comisión de administración y el seguro previsional, que dicho seguro se paga mes a mes a la aseguradora para que en caso de algún siniestro, dicha entidad pague la suma necesaria para financiar la pensión de invalidez y sobrevivencia.

Finalmente, dijo que los únicos dineros que serían procedentes realizar la devolución a Colpensiones serían los referentes a los aportes de la cuenta de ahorro individual de la afiliada y los rendimientos generados, más no lo concerniente al seguro previsional, toda vez que fue descontado con base en la ley, y fue girado a la aseguradora que presta el servicio, quien es un tercero 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 tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional del demandante, estuvo o no viciado de nulidad, por falta de información suficiente, por parte de las aseguradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 9 de abril de 1960, hecho que es pacíficamente aceptado por las partes procesales (f.º 23); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 1.º de mayo de 1978 y el 31 de octubre de 1999, 460,86 semanas (f.º 52-53 y 193 a 197), de las cuales 222,86 fueron cotizadas al 1.º de abril de 1994; **iii)** que el 20 de agosto de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Colmena, hoy Protección S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de noviembre de 2001 (f.º 236), y actualmente se encuentra con un total de 1776,14 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º 237 a 251.

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

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

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

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

En el presente proceso, ello ocurrió, precisamente si se observa que en el recuadro denominado 'voluntad de selección y afiliación' de la solicitud de vinculación a fondo de pensiones obligatorias n.º 0198926 diligenciado el 20 de agosto de 1999, 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 Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección SA, para que administre mis aportes pensionales y que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos»* (f.º 236).

Entonces, en principio, se tiene claramente que la línea jurisprudencial de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, (sentencias SL19447 y SL17595 de 2017, SL4964 y SL413 de 2018, SL1688, SL1451, SL1452 y STL1677 de 2019, entre otras) señala que la falta de información completa y comprensible por parte de la administradora de pensiones, puede configurar un engaño, que conlleve a la anulación del traslado, situación que no se da en el presente caso; no obstante, el Tribunal de Cierre en dichas providencias resalta las condiciones o expectativas pensionales de los trabajadores demandantes al momento del traslado del régimen de

prima media al de ahorro individual, las que de resultar vulneradas con el traslado pueden conllevar a la ineficacia del mismo; lo cual se materializa en que el afiliado ya cuente con un derecho consolidado, que le genere una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión bajo las previsiones del sistema de prima media con prestación definida.

Y es que realmente surgen interrogantes como: ¿Qué tipo de efecto nocivo puede causarse a la accionante quien contaba con 33 años de edad para el 1.º de abril de 1994, que para esa data tenía un total de 222.86 semanas cotizadas (f.º 52 a 56 y 193 a 197), y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?

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

Por lo que se infiere, que con este acto se produjeron los efectos de traslado válido al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a 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 PROTECCIÓN S.A., sin que nadie la obligara a hacerlo. También

admitió, que estuvo de acuerdo con la información individual suministrada por el asesor de PROTECCIÓN S.A., señaló que tenía conocimiento de que podía reversarse faltándole 10 años para poder terminar con el I.S.S., pero no la dejaron trasladar dado que le indicaron que no tenía el tiempo mínimo de permanencia en PROTECCIÓN S.A. De igual forma, admitió siempre recibió los extractos por parte de dicho fondo, y que cuando hizo averiguaciones respecto del estado de su pensión consideró que la información suministrada por PROTECCIÓN S.A. no fue suficiente.

Así mismo, se debe tener en cuenta que la información señalada por la demandante que le fue otorgada, no implica un engaño, en la medida en que no es errónea, dado que quienes se encuentran vinculados al régimen de ahorro individual con solidaridad pueden obtener el derecho a la pensión sin el cumplimiento del requisito de edad, aumentar el monto de la mesada pensional, etc., situaciones estas que son excluyentes del régimen de prima media con prestación definida, que la actora manifestó conocer según su dicho, por lo que desvirtúa el deseo de permanecer en el régimen de prima media o de retornar a él, lo cual se concluye porque no demostró haber optado por tal situación, antes por el contrario, pernoctó en el R.A.I.S.

Ahora bien, sobre las consideraciones expuestas en la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL1452-2019, se debe advertir que no se desconoce la obligación de los fondos de pensiones de suministrar a los afiliados la información completa y veraz respecto a las condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, sin embargo, se considera que la omisión de esa obligación, *per se*, no afecta ni la validez ni la eficacia del acto jurídico de traslado, salvo que se constituya en un verdadero engaño, en maniobras o artificios tendientes a obtener el consentimiento en la celebración del acto jurídico de traslado, lo que necesariamente debe analizarse en cada caso concreto, de acuerdo a las

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

De manera que, 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 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 Protección S.A., sin ser coaccionado.

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 la demandante para su afiliación, por parte de la AFP Colfondos S.A., en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil.

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

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

Ya la Corte Constitucional, en la sentencia C-345-2017, realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto “*suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad*

defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”.

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

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

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes desde el año 2007, en la medida en que las partes realizaron las actuaciones (sucesivamente) correspondientes para tal fin, al punto que la empleadora ha realizado los aportes a Colfondos, en los periodos en que la demandante se vinculó a ella.

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

Ahora, si en gracia de discusión, se analizara la causal de ineficacia del acto de traslado por incumplimiento al deber de

información asignado a las administradoras de pensiones, que se reitera deviene de la jurisprudencia, se encuentra en el presente caso, que la carga de la prueba bajo la responsabilidad de los fondos fue cumplida en la medida en que es la misma demandante quien en el interrogatorio de parte aceptó que se le entregó asesoría.

Aunado a ello, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL19447-2017, SL1452, SL1688 y SL1689 últimas de 2019, entre otras), donde se reitera que la suscripción del formulario a lo sumo acredita el consentimiento, y en este caso, se encuentra que el documento suscrito además de acreditar el consentimiento prueba la información entregada a la demandante, lo cual se corrobora con la exposición realizada en el interrogatorio de parte que absolvió, por lo que la información ofrecida por Colfondos a la demandante, además de ser cierta, fue suficiente y oportuna, sin embargo, ella le restó importancia a dicha información, lo que a la postre la llevó a continuar afiliada al régimen de ahorro individual.

En este punto, bueno es recordar que las reglas de la experiencia y la sana crítica indican que cuando se suscriben diferentes negocios jurídicos, en virtud de la autonomía de la voluntad, no resulta razonable que alguno de los contratantes presten su consentimiento a compromisos y obligaciones que le ocasionen alguna clase de perjuicios, lo que de contera descarta, como ya se vio, que la demandante no hubiera recibido información sobre el régimen de ahorro individual, pues como es bien sabido, es deber de quien decide efectuar esta clase de actuaciones definir las condiciones y términos de los mismos, las ventajas y desventajas que traerán sus determinaciones, tal como se concluye en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación

68838, dado que el acto de la afiliación o no, depende de la persona natural y no del fondo.

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

En dicha sentencia, expuso la Corte lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional³⁰¹, y que

dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación³¹¹, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

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

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

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

Es de anotar también, que no se puede pasar por inadvertido que la inconformidad de la demandante que motivó la presentación de la demanda es el posible monto de la mesada pensional, lo cual no

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

Así las cosas, si en gracia de discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido el 20 de agosto de 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. Así, la afiliada debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó, tal y como lo admitió al firmar el formulario de vinculación a PROTECCIÓN S.A.

En conclusión, se tiene el pleno convencimiento para la mayoría de esta Sala de Decisión, que al no aplicar la jurisprudencia constitucional al presente caso, se encuentra que declarar la nulidad o ineficacia del acto de traslado del régimen de prima media al

régimen de ahorro individual vulnera los principios constitucionales de equidad, solidaridad y sostenibilidad financiera del régimen de pensiones; al tener en cuenta que los criterios jurisprudenciales para declarar la ineficacia del traslado señalados por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no se acreditan, además de que no se probaron los vicios del consentimiento consagrados en las normas legales antes citadas, en consecuencia, la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que se **REVOCARÁ** la sentencia impugnada y consultada, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra.

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

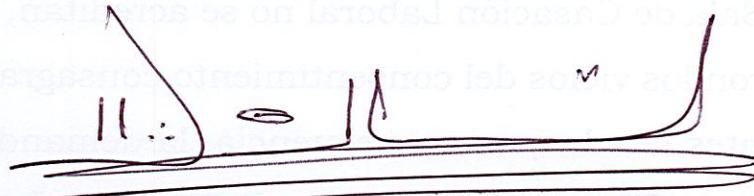
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 23 de octubre de 2019, por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, y a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, de todas las pretensiones incoadas por **ANA MERCEDES DÍAZ DÍAZ**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

SALVO VOTO

SALVAMENTO DE VOTO

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 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



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **SANDRA CLAUDIA PRIETO ZARTHA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 027 2018 00596 01.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre 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 **COLPENSIONES**, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida el 29 de noviembre de 2019, por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá.

Se reconoce al abogado Andrés Zahir Carrillo Trujillo, como apoderado sustituto de Colpensiones, en los términos y para los

efectos legales conferidos en el poder de sustitución aportado a f.º 212. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como la afiliación efectuada a PROTECCIÓN S.A., el 24 de Junio de 1999, por existir error de hecho que vició el consentimiento, debido a la falta de asesoría profesional, clara y precisa; que actualmente se encuentra efectivamente afiliada a COLPENSIONES; en consecuencia, se ordene a PROTECCIÓN S.A. trasladar a esta última, todos los dineros existentes en su cuenta de ahorro individual, tales como bonos pensionales, aportes, rendimientos, y comisiones de administración.

Consecuencialmente, que COLPENSIONES actualizara su historia laboral, que se condenara al pago de las costas procesales a las demandadas, y que se aplicara las facultades extra y ultra petita.

Para el efecto, manifestó que nació el 5 de enero de 1962; que laboró para el empleador Ministerio de Defensa Nacional como trabajadora oficial desde el 1.º de marzo de 1984 hasta el 28 de febrero de 1985; que se afilió al extinto I.S.S el 11 de mayo de 1992; que el 24 de junio de 1999, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, Fondo PROTECCIÓN S.A.; que no se le informó de las implicaciones de trasladarse de régimen pensional, ni sobre la naturaleza propia de este régimen de capitalización, así como tampoco le informó de las desventajas de afiliarse a éste régimen, ni generó una comparación entre uno y otro régimen pensional; que

actualmente se encuentra afiliada a PROTECCIÓN S.A., y que a la fecha ha cotizado un total de 1.233,85 semanas.

Señaló, que reclamó administrativamente a PROTECCIÓN S.A. y a COLPENSIONES el 1.º de junio de 2018, solicitando la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, pero la petición fue negada, el día 7 de junio de 2018 por COLPENSIONES, argumentando que dicho traslado fue realizado ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen de conformidad con el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993; y el 25 de junio de 2018, por PROTECCIÓN S.A., al señalar que su afiliación se consideraba válida dentro de este fondo y que la nulidad sólo la podría declarar la autoridad competente.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 28 de enero de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.º 100).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en que no es procedente declarar la nulidad del traslado de la demandante, toda vez que ésta se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., sumado a que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado establecida en el artículo 2.º de la Ley 797 de 2003.

Propuso como excepciones, las denominadas inexistencia de la obligación, error de hecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, y la innominada o genérica (f.º 110 - 123).

PROTECCIÓN S.A., también se opuso a las pretensiones de la actora, y en especial, a que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de la demandante, alegó que el mismo es un acto existente, válido y exento de vicios de consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; además, que la información suministrada a la demandante fue acorde con las disposiciones legales, y que su decisión de trasladarse de régimen pensional fue libre de presión y engaños, teniendo en cuenta que la actora tuvo la suficiente ilustración para que optara por el traslado de régimen.

Propuso las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficiencia de la afiliación por falta de causa y la innominada o genérica (f.º 146 - 165).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio. (f.º 101).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 29 de noviembre de 2019, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al R.A.I.S., que en su caso administra PROTECCIÓN S.A., para tenerlo como válidamente afiliado a COLPENSIONES; condenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en la cuenta de ahorro individual de la actora; ordenó a COLPENSIONES a afiliarse nuevamente a la demandante al R.P.M. y a recibir las cotizaciones

provenientes de PORVENIR S.A.; condenó en costas a PROTECCIÓN S.A., y concedió recurso de apelación a la demandada COLPENSIONES, y el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

Consideró que, pese a que lo pretendido por la demandante era la nulidad del traslado de régimen pensional, en los términos expuestos en sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y haciendo uso de su facultad extra petita, el problema jurídico debía centrarse en determinar si dicho traslado debía considerarse ineficaz.

Como premisas normativas, tomó las sentencias proferidas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia dentro de los expedientes 31989, del 9 de septiembre de 2008; 33083, del 22 de noviembre de 2011; SL 12136, del 13 de septiembre de 2014; SL 17595 del 18 de octubre de 2017; SL 19447 de 2017, SL 1452 del 3 de abril de 2019; SL 1421 del 10 de abril de 2019; y la SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Respecto del deber de información de las A.F.P. y la carga probatoria de éstas ante la afiliado lego que solicita el traslado, consideró que PROTECCIÓN S.A. no cumplió con la misma, toda vez que no obra en el plenario prueba alguna que acredite que se le haya informado sobre las ventajas y desventajas de trasladarse de régimen, y la única forma con la que el fondo pretendió acreditar la debida información otorgada a la demandante es con la suscripción del formulario de afiliación, el cual tiene formas previamente establecidas para todos los casos y con el que no es posible determinar cuáles fueron los términos de la asesoría en su momento, razón por la cual no puede tenerse éste como prueba del consentimiento informado de la demandante al momento del traslado. Así mismo, señaló que el deber de información no sufre variaciones si nos encontramos frente

a potenciales afiliados que no están inmersos en régimen de transición o no tienen una expectativa legítima.

Como consecuencia de lo anterior, manifestó que PROTECCIÓN S.A., incumplió con sus deberes de buen consejo y asesoría, y vulneró los principios mínimos de transparencia que deben gobernar la movilidad entre regímenes pensionales, razón por la cual declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante.

Respecto de la excepción de prescripción, señaló que de acuerdo con las sentencias SL-1421 del 10 de abril de 2019, y SL-1688 del 8 de mayo de 2019, no opera la misma cuando se trata de la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental, como el de la seguridad social, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, por lo que declaró no probada esta excepción.

Conforme a la excepción denominada error de derecho no vicia el consentimiento formulada por COLPENSIONES, la declaró no probada, toda vez que no se analizó la validez del traslado entre regímenes pensionales desde la óptica de los vicios del consentimiento y la declaratoria de nulidad, sino desde la óptica de la ineficacia, como lo dejó claro la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-1688 de 2019.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES**, interpuso recurso de apelación para que sea revocada la sentencia proferida por el juez de primera instancia. Manifestó, que el traslado se hizo de manera libre, voluntaria y consciente, además, que la elección de régimen es una facultad que le da la ley al afiliado, y una vez éste ejerció dicha

facultad, se mantuvo en el tiempo en el régimen de ahorro individual, haciendo este traslado completamente válido y eficaz.

Finalmente, indicó que Colpensiones es un fondo común que maneja dineros del estado, razón por la cual este tipo de decisiones judiciales pueden afectar las arcas del Estado.

V. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 5 de enero de 1962, hecho que es aceptado pacíficamente por las partes en el presente proceso ordinario laboral (f.º 32); **ii)** que a 1.º de abril de 1994 tenía un total de 75.85 semanas cotizadas en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (f.º 33 -36, 44); **iii)** y que el 24 de junio de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 46 y 171).

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

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema

general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

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

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

En el presente proceso, se tiene que el demandante firmó la solicitud de afiliación y traslado de régimen n.º 1038026401 diligenciado el 24 de junio de 1999 (f.º46 y 171). En el recuadro denominado 'voluntad de selección y afiliación', 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. "*

Entonces, en principio, se tiene claramente que la línea jurisprudencial de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, (sentencias SL-4964 de 2018, SL-19447 de 2017, SL-17595 de 2017, STL-1677 de 2019, SL-413 de 2018, SL-1688 de 2019, SL-1451 de 2019 y SL-1452 de 2019, entre otras) señala que la falta de información completa y comprensible por parte de la administradora de pensiones, puede configurar un engaño, que conlleve a la anulación del traslado, situación que no se da en el presente caso; no obstante el Tribunal de Cierre en dichas providencias resalta las condiciones o expectativas pensionales de los trabajadores demandantes al momento del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual, las que de resultar vulneradas con el traslado pueden conllevar a la ineficacia del mismo; lo cual se materializa en que el afiliado ya cuente con un derecho consolidado, que le genere una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión bajo las previsiones del sistema de prima media con prestación definida.

Y es que realmente surgen interrogantes como: ¿Qué tipo de efecto nocivo puede causarse a la accionante quien contaba con 32 años de edad para el 1.º de abril de 1994, que para esa data tenía un total de 75.85 semanas cotizadas, y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?

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

Por lo que se infiere, que con este acto se produjeron los efectos de traslado válido al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a PROTECCIÓN S.A., fue ineficaz o estuviera viciado de nulidad, 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 en la demanda, ni en su interrogatorio de parte.

Así mismo, se debe tener en cuenta que la información señalada por la demandante que le fue otorgada, no implica un engaño, en la medida en que no es errónea, dado que quienes se encuentran vinculados al Régimen de Ahorro Individual pueden obtener el derecho a la pensión sin el cumplimiento del requisito de edad, aumentar el monto de la mesada pensional etc., situaciones estas que son excluyentes del Régimen de Prima Media, que la demandante manifestó conocer según su dicho, por lo que desvirtúa el deseo de permanecer en el Régimen de Prima Media o de retornar a él, lo cual se concluye porque pese a las diversas oportunidades de trasladarse no optó por tal situación, antes por el contrario, pernoctó en el R.A.I.S.

Ahora bien, sobre las consideraciones expuestas en la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL-1452 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.

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

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

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

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

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

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

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

la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad".

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

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

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes desde el año 1999, en la medida en que las partes realizaron las actuaciones (sucesivamente) correspondientes para tal fin, al punto que su empleador ha realizado los aportes a la Administradora en los periodos en que la demandante se vinculó a ella.

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

Ahora, si en gracia de discusión, se analizara la causal de ineficacia del acto de traslado por incumplimiento al deber de

información asignado a las Administradoras de Pensiones, que se reitera deviene de la jurisprudencia, se encuentra en el presente caso, que la carga de la prueba bajo la responsabilidad de los fondos fue cumplida en la medida en que es el mismo demandante quien en el interrogatorio de parte acepta que se le entregó asesoría, de la cual se desprende el conocimiento de la demandante de ciertas características propias del R.A.I.S.

Aunado a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras), donde se reitera que la suscripción del formulario a lo sumo acredita el consentimiento, y en este caso, se encuentra que el documento suscrito además de acreditar el consentimiento prueba la información entregada a la demandante, lo cual se corrobora con la exposición en el interrogatorio de parte que absolvió.

En este punto, bueno es recordar que las reglas de la experiencia y la sana crítica indican que cuando se suscriben diferentes negocios jurídicos, en virtud de la autonomía de la voluntad, no resulta razonable que alguno de los contratantes presten su consentimiento a compromisos y obligaciones que le ocasionen alguna clase de perjuicios, lo que de contera descarta, como ya se vio, que la demandante no hubiera recibido información sobre el régimen de ahorro individual, pues como es bien sabido, es deber de quien decide efectuar esta clase de actuaciones definir las condiciones y términos de los mismos, las ventajas y desventajas que traerán sus determinaciones, tal como se concluye en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68838, dado que el acto de la afiliación o no, depende de la persona natural y no del fondo.

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

En dicha sentencia, expuso la Corte lo siguiente:

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

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

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

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

Así mismo, en la sentencia C-083/19, señaló que:

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

□

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

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

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

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

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

Lo anterior, sin pasar por alto que en la actualidad existe un criterio jurisprudencial mayoritario no unificado en nuestro Órgano de Cierre en relación con la temática que hoy absorbe el conocimiento de esta Sala, por lo que se considera que el afiliado no está exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuido en su capacidad

para celebrar actos y contratos, y teniendo en cuenta que de su elección dependerá su futuro pensional; aquí como se vio con lo manifestado en el interrogatorio de parte, 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.

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

Así las cosas, si en gracia de discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido el 24 de junio de 1999, y reiterando sucesivamente el pernoctar en el R.A.I.S., el mismo tuvo que ser advertido en esa oportunidad, ante la información brindada, por lo que, indefectiblemente, partir de esa fecha, debía contarse el plazo de 4 años con el que contaba la afiliada para pedir la rescisión del acto jurídico de traslado, de conformidad con lo

dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, y como no lo hizo, ese hecho debe tenerse como una ratificación tácita del acto, con lo que se sana cualquier nulidad que hubiese podido existir.

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

En conclusión, se tiene el pleno convencimiento para la mayoría de esta Sala de decisión, que al no aplicar la jurisprudencia constitucional al presente caso, se encuentra que declarar la nulidad o ineficacia del acto de traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual vulnera los principios constitucionales de equidad, solidaridad y sostenibilidad financiera del Régimen de pensiones; al tener en cuenta que los criterios jurisprudenciales para declarar la ineficacia del traslado señalados por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no se acreditan, además de que no se prueban los vicios del consentimiento consagrados en las normas legales antes citadas, en consecuencia, hay lugar a REVOCAR la sentencia de primera instancia.

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,

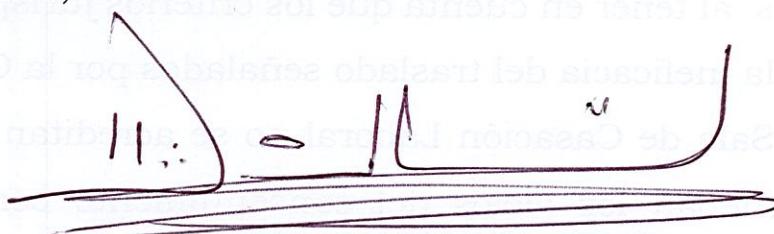
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 29 de noviembre de 2019, por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, y a **PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, de todas las pretensiones incoadas por **SANDRA CLAUDIA PRIETO ZARTHA**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

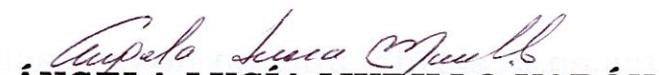
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

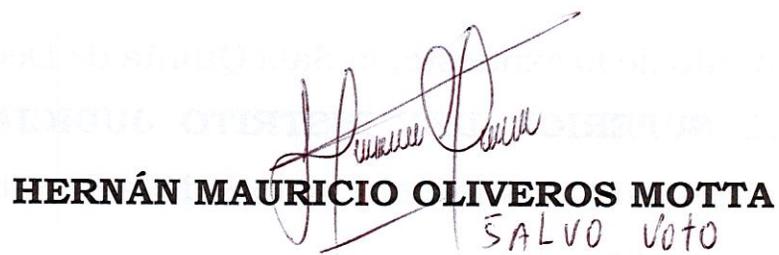
Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
SALVO VOTO

SALVAMENTO DE VOTO

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 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

