



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

PROCESO ORDINARIO LABORAL

**DEMANDANTE:** SILVIO ANGEL GARAY TOVIO

**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -  
COLPENSIONES

**RADICADO:** 11001 31 05 019 2018 00029 01

**MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

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

### **SENTENCIA**

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, a decidir los recursos de apelación presentado por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida el 30 de enero de 2020 por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Demandada COLPENSIONES, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

### **ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende se condene a la demandada a i) reconocer, liquidar y pagar la indexación del ingreso base de liquidación de la primera mesada pensional con la cual el ISS le reconoció la pensión de vejez al actor, a partir del 12 de mayo de 1991, **ii)** pagar los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, **iii)** actualizar las sumas adeudadas, **iv)** pagar las costas y agencias en derecho y **v)** todo lo que se encuentre probado ultra y extra petita. (fol. 4-6).

Para sustentar las pretensiones señaló que radicó la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez el 26 de mayo de 1992, la cual le fue reconocida por el ISS mediante Resolución N° 000691 de 1993 bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990, a partir del 12 de mayo de 1991, en cuantía inicial de \$51.720; sin embargo, el salario base de liquidación no fue actualizado y por ello presentó reclamación para la indexación el 5 de octubre de 2017.

Frente a esas pretensiones, Colpensiones se opuso en síntesis con el argumento de que el actor no tiene derecho al reconocimiento de la indexación del ingreso base de liquidación porque la pensión se reconoció con sustento en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

Presentó las excepciones: previa, de no comparecer todos los litisconsortes necesarios, y, de mérito, de inexistencia del derecho y la obligación, improcedencia de los intereses moratorios, improcedencia de intereses moratorios e indexación, buena fe, prescripción e innominada o genérica. (fols. 27 a 33)

Mediante providencia del 3 de octubre de 2018, el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá accedió a la solicitud de Litis consorcio necesario con el Banco Popular y en consecuencia se ordenó su notificación

El Banco Popular S.A. se opuso a las pretensiones al considerar que no se puede imponer una condena en su contra porque la pensión fue reconocida inicialmente por el banco en calidad de empleador, la que fue compartida con Colpensiones a partir del 12 de mayo de 1991.

Presentó las excepciones de fondo de prescripción, compartibilidad de la pensión de jubilación reconocida por el banco popular y la de vejez otorgada por el ISS hoy Colpensiones, subrogación del riesgo de vejez por parte del ISS hoy Colpensiones, imposibilidad de proferir condena contra el banco popular y declaración de otras excepciones. (fols. 68 a 75).

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 30 de enero de 2020, condenó a Colpensiones a **i)** indexar la pensión de vejez reconocida al señor SILVIO ANGEL GARAY TOVIO, a partir del 12 de mayo de 1991 en la suma de \$92.470,15 y consecuentemente reajustar las mesadas pensionales ordinarias y adicionales causadas en lo sucesivo, **ii)** reconocer y pagar a favor del actor como retroactivo las diferencias causadas en razón del reajuste de la primera mesada de la suma

de \$9.406.255,82 comprendido entre el 6 de octubre de 2014 hasta el 30 de diciembre de 2019, valor que deberá ser indexado y **iii)** pagar las costas del proceso. Adicionalmente, ordenó al Banco Popular S.A. a continuar reconociendo y pagando a favor del demandante el mayor valor de las diferencias pensionales que se sigan surgiendo entre las mesadas pagadas en la pensión de jubilación reconocida por su entidad y las mesadas de la pensión que actualmente percibe por parte de Colpensiones la cual se fijó para el 2020 en cuantía de \$974.730,03, junto con las causadas en mesada adicional y los reajustes legales.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Presentaron recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente y sobre los siguientes puntos:

#### **Parte demandante**

Solicita la revisión de las operaciones aritméticas.

#### **Parte demandada**

##### **Banco Popular**

Solicita se ordene el reintegro del mayor valor pagado por el banco respecto de los valores que se ordena reconocer a Colpensiones, en virtud de la compartibilidad y sustentado en el hecho de que el actor autorizó expresamente a descontar de su mesada pensional lo adeudado a la entidad bancaria.

##### **Colpensiones**

Expone que el actor no tiene derecho a la indexación de la primera mesada pensional porque para el reconocimiento de la pensión se aplicó la normativa vigente para el momento de causar el derecho y, en consecuencia, la Resolución 691 de 1993 se encuentra ajustada a derecho.

### **ALEGACIONES**

#### **PARTE DEMANDANTE:**

Expresa en el escrito de alegaciones que la indexación periódica de la prestación es simultáneamente una garantía del derecho al mínimo vital y

una medida concreta en favor de las personas de la tercera edad, que ha sido reconocida por la jurisprudencia constitucional y laboral.

#### **PARTE DEMANDADA:**

##### **Banco Popular**

Solicita en caso de ser confirmada la condena de indexación de la primera mesada, se modifique la sentencia en el sentido de ordenar a COLPENSIONES pagar el retroactivo en la proporción que le corresponde al banco y la condena en costas.

Señala que en los casos de compartibilidad pensional cuando procede la reliquidación de la pensión, al ex empleador le correspondería un menor valor y por ello el retroactivo debe ser pagado al banco.

##### **Colpensiones**

Solicita se revoque la sentencia porque la indexación de la primera mesada no es procedente en el presente caso porque la fecha de estatus pensional del causante fue el 11 de mayo de 1991 y la efectividad de la prestación el 12 de mayo de 1999, fecha anterior a la entrada en vigencia de la Constitución Política.

Presenta poder de sustitución.

#### **CONSIDERACIONES**

##### **PROBLEMA JURÍDICO**

La Sala revisará en primer término si hay lugar a la indexación de la primera mesada pensional.

Si la respuesta al anterior problema jurídico es afirmativa, se determinará si se debe modificar la condena por concepto de reliquidación de la primera mesada pensional, si hay lugar a generar el retroactivo y a reintegrar los valores reconocidos al Banco.

##### **Elementos de prueba relevantes:**

- A folio 13, Resolución N° 000691 de 1993.
- A folios 14 a 17, Resolución SUB 230464 del 18 de octubre de 2017.
- A folios 18 a 20 y 34 a 38, historia laboral.

- A folios 83 a 85, Resolución 067 de 1986 del Banco Popular.

### **Caso Concreto**

En el presente proceso no existe controversia sobre la calidad de pensionado del actor, sino sobre la procedencia de la indexación o no a la primera mesada pensional.

En virtud del recurso de apelación presentado por COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta que se debe surtir de la sentencia de conformidad con el artículo 69 del CPTYSS, lo primero que se estudiara es si hay lugar en el presente caso al reconocimiento y pago de la indexación de la primera mesada pensional, dado que la demandada señala que no procede cuando la pensión fue reconocida bajo la aplicación directa del Acuerdo 049 de 1990.

En el caso de autos se debe tener en cuenta la reiterada jurisprudencia sobre casos análogos en los que la Corte suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha expuesto que en las pensiones reconocidas con sustento en el Acuerdo 049 de 1990 no procede la indexación.

Lo anterior, se deduce de la consideración expuesta por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación en sentencia SL de 30 de agosto de 2011, proferida en el proceso identificado con la radicación No. 41852:

*(...)Ahora bien, el tema objeto de controversia se reduce a determinar, si es viable el reconocimiento y pago de la indexación de la primera mesada pensional, cuando dicha pensión fue reconocida conforme al Acuerdo 049 de 1990, donde se estableció una fórmula para el cálculo de la pensión. [...] Así las cosas no era posible abrogarle al ISS la obligación de actualizar las cotizaciones que efectuó entre la fecha en que cesó sus aportes, hasta el cumplimiento de la edad para acceder a la pensión, pues tal situación debe asumirla el afiliado, en la medida en que este pudo seguir aportando para elevar la tasa de reemplazo, de conformidad con lo dispuesto en la normativa a la que se hizo referencia.”(...)*

La consideración anterior ha sido reiterada en varias sentencias por la misma corporación, como, por ejemplo: la SL10187-2017, Radicación N° 52435 del 12 de julio de 2017, la SL6613-2017, Radicación N° 48242 del 3 de mayo de 2017, la SL7705-2016, Radicación N°. 49850 del 20 de abril de 2016, la SL16727-2015, Radicación N° 52007 del 2 de diciembre de 2015, la SL15680-2015, Radicación N° 50307 del 11 de noviembre de 2015, la SL13183-2015, Radicación N° 62315 del 9 diciembre de 2015.

De tal manera que en virtud de ese precedente jurisprudencial no resulta aplicable la indexación de la primera mesada pensional cuando la prestación ha sido reconocida acorde a los reglamentos del ISS, esto es, en aplicación estricta del Acuerdo 049 de 1990, como es el caso bajo análisis, dado que la pensión del actor se causó y se hizo exigible en vigencia de esa normativa, que previó la fórmula para el cálculo de dicha prestación teniendo en cuenta para el efecto el número de semanas que logró cotizar el afiliado mas no el salario devengado por este.

Luego, como no se trata de una pensión del régimen de seguridad previsto en la Ley 100 de 1993 ni tampoco derivada del régimen de transición pensional de dicha ley, no procede la actualización del ingreso base de liquidación.

Adicionalmente, tampoco habría lugar a la indexación de la primera mesada de la pensión de jubilación reconocida por el empleador porque no existió un lapso de interrupción entre la fecha de terminación del contrato de trabajo, 30 de junio de 1986, y la fecha de reconocimiento de la pensión, 1 de julio de 1986 (folio 81), en la medida que la indexación procede cuando transcurre un lapso amplio entre la fecha de terminación del vínculo laboral y la fecha de reconocimiento de la pensión para corregir el fenómeno de la devaluación del peso.

Por lo anterior, le asiste la razón a la demandada COLPENSIONES y hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, no se estudiarán los argumentos de los recursos de apelación presentados por los apoderados del Banco Popular y del demandante.

**COSTAS** no se impondrán en la presente instancia por considerar que no se causaron.

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

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: RECONOCER** personería para actuar al dr. HENRY DARÍO MACHADO identificado con la C.C. 77.091.125 y T.P. 248528 como apoderado de la parte demandada COLPENSIONES en los términos en que le fue conferido el poder.

**SEGUNDO: REVOCAR** la sentencia proferida el 30 de enero de 2020 por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá por las razones expuestas, y en consecuencia **ABSOLVER** a COLPENSIONES de las pretensiones presentadas por el señor SILVIO ANGEL GARA TOVIO, identificado con la cédula de ciudadanía 885.110.

**TERCERO:** Sin costas en la presente instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**(original firmado)**  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

**(original firmado)**  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

**(original firmado)**  
**DAVID A. J. CORREA STEER**  
Magistrado



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

**DEMANDANTE:** SIMON CRUZ TRUJILLO

**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES  
COLPENSIONES Y OTROS

**RADICADO:** 11001 31 05 021 2018 00296 01

**MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

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

### **SENTENCIA**

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, a decidir el recurso de apelación presentado por la parte actora contra la sentencia proferida el 22 de mayo de 2020 por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

### **ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende se condene a los demandados a reconocer y pagar la pensión de vejez al señor Simón Trujillo, las sumas que corresponden por concepto de mesadas no cobradas, los perjuicios materiales y morales de conformidad con el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, y lo que se encuentre probada extra y ultra petita.

Sustenta dichas pretensiones en que el demandante laboró para DANIEL REBOLLEDO E HIJOS LTDA EN LIQUIDACIÓN durante los años de 1998, 1999 y 2000, en el cargo de ayudante de siembra de arroz y algodón, bandear lotes, despalillar y limpiar canales. El empleador no pagó los aportes a la seguridad social, y COLPENSIONES negó la pensión de vejez mediante las Resoluciones GNR 394588 de 30 de diciembre de 2016, GNR 41605 de 2017 y DIR 2303 de 2017, pese a que cumple con el requisito de 750 semanas para extender el régimen de transición y requirió al empleador quien no ha pagado a lo adeudado.



COLPENSIONES al contestar la demanda se opuso a las pretensiones al considerar que el demandante no cumple con los requisitos para el reconocimiento de la pensión porque no extendió el régimen de transición hasta el año 2014. Presentó las excepciones de inexistencia del derecho al reconocimiento pensional, prescripción, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas e innominada o genérica.

El señor DANIEL REBOLLEDO en calidad de representante legal de la demandada DANIEL REBOLLEDO E HIJOS LTDA EN LIQUIDACIÓN otorgó poder a la Dra. Diana Marcela Carvajal Pardo quien se notificó personalmente del auto admisorio de la demanda el 14 de diciembre de 2018 y guardó silencio, por lo cual, mediante providencia del 21 de junio de 2019, el juez de primera instancia dio por no contestada la demanda y tuvo como indicio grave en su contra.

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 22 de mayo de 2020, declaró probada la excepción de inexistencia del derecho al reconocimiento pensional, negó las pretensiones formuladas por el actor y condenó en costas al demandante.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación con el argumento de que se encuentra probado en el proceso que entre las partes existió relación laboral durante los años 1998 a 2000, que por la no contestación de la demanda se debe aplicar la confesión ficta y, en consecuencia, condenar a las demandadas.

### **ALEGACIONES**

#### **PARTE DEMANDANTE:**

En el escrito de alegaciones reitera los argumentos del recurso de apelación, esto es, que existe confesión ficta de los hechos de la demanda y una indebida valoración de la prueba, por ello, solicita se revoque la sentencia de primera instancia.

#### **PARTE DEMANDADA: COLPENSIONES**

Indica en el escrito de alegaciones que no se evidencia los ciclos 1998-07 a 2000-07 cotizados a cargo del empleador Daniel Rebolledo e hijos Ltda., y por ello, al demandante le correspondía demostrar que prestó el servicio tal como lo ha señalado la jurisprudencia.

El demandante no cumplió con la carga de la prueba porque no allegó el documento relacionado con la liquidación del contrato laboral.

Respecto de la pretensión de pensión, el demandante no extendió el régimen de transición.

Presentó poder de sustitución.

## **DANIEL REBOLLEDO E HIJOS LTDA EN LIQUIDACIÓN**

No presentó alegaciones

### **CONSIDERACIONES**

#### **PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si se acredita en el proceso que el demandante laboró para DANIEL REBOLLEDO E HIJOS LTDA EN LIQUIDACIÓN durante los años 1998 a 2000, si hay lugar a condenar a la demandada al pago de dichos aportes y, en consecuencia, procede al reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

#### **Elementos de prueba relevantes:**

##### **Marco probatorio**

- A folios 15 a 19, Resolución GNR 394588 de 2016.
- A folios 20 a 26, Resolución GNR 41608 de 2017.
- A folios 27 a 33, Resolución DIR 2303 de 2017.
- A Folio 41 a 48, 73 a 80, 122 a 134, Historia laboral
- A folio 136, afiliación a seguridad social de febrero de 1992.
- A folios 143 a 144, carta de Colpensiones en donde señala que realizó el cobro al empleador.
- Copia del cd donde está el expediente administrativo.

##### **Caso Concreto**

En el presente caso, la controversia se circunscribe en determinar si se acredita la relación de tipo laboral entre el demandante y la empresa DANIEL REBOLLEDO E HIJOS LTDA EN LIQUIDACIÓN durante el periodo comprendido entre el julio de 1998 y julio de 2000, periodo en que el empleador incurrió en mora y que por ello procede el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

Los Artículos 22 y 24 de la Ley 100 de 1993 establecen las obligaciones de los empleadores en relación con las cotizaciones que deben efectuarse al

sistema y las acciones de cobro a cargo de las administradoras de los diferentes regímenes pensionales.

Por ello, de antaño la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha señalado que la mora en el pago de las cotizaciones por parte del empleador y la falta de cobro de las mismas por las administradoras de fondos de pensiones no debe ser óbice para el reconocimiento de la pensión, pero sustentada dicha regla en que el trabajador afiliado haya cumplido con lo propio, esto es, trabajo y cotización descontada por el empleador, (Sentencia SL2984-2015 de febrero 25 de 2015 proferida en el proceso identificado con la radicación 44705, entre otras).

Igualmente, se ha pronunciado sobre la confesión ficta, indicando que para su configuración se requiere que el juez de primera instancia especifique los hechos que se presumen confesados (sentencias SL 2902-2018- Radicación N° 58630 del 18 de julio de 2018 SL 3131-2018- Radicación N.° 65118 del 31 de julio de 2018, entre otras), y que dicha consecuencia procesal puede ser infirmada con los demás medios de prueba,(sentencias SL3389-2018 Radicación N.° 53883 del 15 de agosto de dos mil dieciocho (2018), SL1357-2018 - Radicación N.° 63375 del 18 de abril de 2018 que reiteró las sentencias SL 28398, 6 mar. 2007, CSJ SL 39357, 13 feb. 2013, CSJ SL9156-2015 y CSJ SL3865-2017) .

A partir de esos presupuestos jurisprudenciales y legales, lo *primero* que se debe anotar es que revisada la audiencia celebrada el 1 de agosto de 2019 (fol. 119), se logra constatar que el representante legal de la encartada no compareció a la audiencia y, como consecuencia de ello, la falladora de instancia procedió a especificar los hechos que se tenían por confesados, entre ellos, el que tienen relación con el vínculo laboral entre las partes durante 1998 a 2000, el salario devengado por el actor y la no cancelación de cotizaciones durante el periodo 1998 a 2000.

Al expediente se allegó además como prueba, historia laboral emitida en el año 2012, las documentales remitidas por COLPENSIONES y el interrogatorio de parte, elementos que al ser analizados en su conjunto bajo las reglas de apreciación y análisis según las normas del derecho laboral de conformidad con el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y el principio de la comunidad de la prueba, contrario a lo expuesto por el apoderado recurrente no confirman, sino que infirman dicha presunción legal.

La documental allegada por la parte actora, la primera, hace referencia a la historia laboral y a una afiliación a seguridad social de febrero de 1992, en la historia laboral se aprecia que a partir del periodo 1998/07 tiene como observación “deuda presunta”, pero luego fue corregido a partir de la falta de cotización y/o la falta de novedad de retiro; y la segunda, data de 1992

cuando se realizó una afiliación a seguridad social, tiempo que no está en discusión para ser tenido en cuenta en la historia laboral del demandante.

Todas las historias muestran que la empresa empleadora cotizó de manera continua desde el periodo 1995/01 hasta el periodo 1998/06.

Las pruebas documentales emitidas por COLPENSIONES señalan que el empleador realizó cotizaciones hasta el mes de junio de 1998, sin que se presente novedad de retiro, a partir de dicha calenda no se verifica aportes al sistema por dicho empleador, lo que generó una deuda presunta y un cobro para que se corrija la inconsistencia o se realice el pago.

En el interrogatorio rendido por el demandante se verifica una serie de inconsistencias, entre ellas, frente al periodo de la prestación personal del servicio respecto del empleador demandado lo cual infirma la presunción legal, en la medida que en diferentes preguntas manifestó primero que laboró hasta el año 2000 luego que hasta el año 2001, respecto a la razón de la terminación de la relación informó que se terminó cuando el señor Daniel le arrendó a otro señor la finca señalando que este arriendo se dio en mayo 2001, pero que la relación laboral termino en julio de 2001, sobre la causa dada para la terminación del contrato, indicó que la manifestada por el empleador fue la liquidación de la empresa y conforme al certificado de cámara y comercio este hecho se dio en virtud de la aplicación de normas legales en el año 2007, y respecto del monto del salario manifestó no recordarlo, para posteriormente señalar que era el mínimo.

Como la deuda presunta es generada por la falta de la novedad de retiro al sistema o de terminación del contrato por las partes, esta no se constituye en prueba de que el empleador ha incurrido en mora y por lo tanto no es aplicable la jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que para ser aplicada parte de los supuestos del trabajo realizado por el demandante y la generación de la cotización respectiva.

Por lo anterior, se llega a la misma conclusión de la juez de primera instancia de que en el presente proceso no se encuentra acreditada la prestación del servicio por el actor al empleador demandado en el periodo comprendido entre julio de 1998 y julio de 2000, carga probatoria que debía asumirla de manera activa el demandante dado que era uno de los hechos del proceso, máxime cuando la presunción legal se puede desvirtuar con los demás elementos de prueba allegados al expediente.

Ahora respecto de la pensión de vejez es de anotar que al no acreditarse un número de semanas mayor a las que se indican en la historia laboral el demandante no reúne los requisitos exigidos por el Acuerdo 049 de 1990 porque le era menester haber cotizado 750 semanas antes de entrar en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005, en la medida que el requisito de edad se cumplió en el año 2011.

En ese orden de ideas, hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia.

**COSTAS:** Sin costas en esta instancia.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: RECONOCER** personería para actuar a la dra. CINDY JULIETH VILLA NAVARRO, identificada con la C.C. 1.129.580.577 y T.P. 219992 del CSJ como apoderada de COLPENSIONES en los términos en que le fue conferido el poder.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 22 de mayo de 2020 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

**TERCERO:** Sin costas en esta instancia.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**(original firmado)**  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

**(original firmado)**  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

**(original firmado)**  
**DAVID A. J. CORREA STEER**  
Magistrado



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

PROCESO ORDINARIO LABORAL

**DEMANDANTE:** CLAUDIA LILIANA RODRÍGUEZ FERREIRA

**DEMANDADO:** COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

**RADICADO:** 11001 31 05 021 2019 00020 01

**MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

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

### **SENTENCIA**

La Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procede a decidir el recurso de apelación presentado por los apoderados de **COLPENSIONES Y PORVENIR** contra la sentencia proferida el 23 de enero de 2020 por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá y surtir el grado jurisdiccional de consulta consagrado en el artículo 69 del CPTYSS a favor de la Demandada COLPENSIONES.

### **ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende la nulidad de la afiliación efectuada el 23 de mayo de 2000 porque no existió la debida, suficiente y clara información y, en consecuencia, se condene a PORVENIR a trasladar los aportes pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual a Colpensiones y sean acreditadas como semanas aportadas en esta entidad, al pago de las costas y agencias en derecho y a lo ultra y extrapetita.

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones al considerar que el contrato de afiliación fue aceptado por la accionante cuando suscribió y firmó el formulario de afiliación, entendiéndose que

aceptó el traslado de régimen y sus condiciones. Que el contrato es ley para las partes y no puede ser invalido sino por consentimiento mutuo o por causas legales.

Que la selección de cualquiera de los regímenes previstos es libre y voluntaria por parte del afiliado y estos mismos pueden escoger el régimen de pensiones que prefieran.

Que el artículo 2 de la ley 797 del 2003 determinó la posibilidad de traslado de régimen una vez cada 5 años, sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el sistema pensional, esa misma norma limitó este derecho cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para alcanzar la edad a pensión, salvo para los afiliados que tuvieran 15 o más años cotizados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, para quienes se conservó el derecho a regresar al régimen de prima media en cualquier momento.

Que la demandante al momento de presentar la demanda contaba con 54 años de edad y al 1 de abril de 1994 no contaba con más de 35 años y tampoco con 15 años de cotización, por lo tanto, no se vulneró alguna expectativa legítima al momento de trasladarse.

Presentó las excepciones de mérito de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, imposibilidad del traslado, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional, el error de derecho no vicia el consentimiento, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe de Colpensiones, prescripción, enriquecimiento sin causa e innominada o genérica. (fls. 90 a 106)

Frente a esas pretensiones, PORVENIR S.A. se opuso en síntesis con el argumento de que toda la información suministrada a la demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y por las de vigilancia y control que sobre ellas ejerce la superintendencia financiera de Colombia; las reglas y condiciones en que se realizó la vinculación no fue caprichosa o abusiva, sino que obedeció al resultado de dichas disposiciones que regulan el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y las instrucciones que para el efecto ha impartido la superintendencia financiera de Colombia.

La demandante tomo una decisión informada y consciente y, en señal de ello, suscribió el formulario de vinculación o traslado al RAIS manifestando pleno conocimiento en el proceso de vinculación ya que con su firma dejó

constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Presentó como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa e innominada o genérica. (Fl 128 a 136)

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 23 de enero de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional. Condenó a Porvenir S.A. a trasladar los aportes pensionales y cotizaciones con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración. Condenó a Colpensiones a activar a la demandante en el régimen y actualizar la historia laboral. Declaró no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones y Porvenir y condenó en costas a Porvenir.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Presentaron recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente y sobre los siguientes puntos:

**Colpensiones:** solicitando se revoque la sentencia porque no se logra demostrar vicio del consentimiento, ya que las normas que se debe aplicar son las vigentes y preexistentes al acto del traslado, aunado a que la nulidad del traslado da lugar a la descapitalización del RPM.

**Porvenir:** peticionando se revoque la sentencia porque la asesoría otorgada a la demandante cumple con las normas vigentes al momento del traslado, aunado a que la administradora ha cumplido con la obligación de dar información y la demandante se benefició de las características del RAIS.

### **ALEGACIONES**

#### **PARTE DEMANDANTE:**

Dentro de la oportunidad legal, el apoderado de la parte demandante presenta alegaciones señalando que se probó en la primera instancia que la señora Claudia Liliana Rodríguez al efectuar el cambio de régimen pensional careció de una debida, suficiente y clara información que le permitiera efectuar el cambio de régimen pensional, en la medida que los demandados



no probaron el cumplimiento de los deberes consagrados en los decretos 663 de 1998, 720 de 1994, 656 de 1994, 1161 de 1994, circulares 30 y 37 de 1994 y 1 de 2004 proferidas por la Superbancaria, y por ello, solicita se confirme la sentencia de primera instancia.

## **PARTE DEMANDADA:**

### **PORVENIR**

Expone en el escrito de alegaciones que para la fecha en que se materializó el traslado de la demandante no se encontraba en cabeza de las AFP el deber de buen consejo (Decreto 2555 de 2010), ni el de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

La elección de dicho régimen fue voluntaria, situación que se encuentra acreditada con el interrogatorio de parte rendido por la demandante, en el que además manifestó su interés particular para vincularse a Porvenir, el conocimiento sobre las características técnicas del Régimen de Ahorro Individual y la forma en que aprovechó una de las ventajas que le ofrecía este régimen pensional, como es la de disminuir el monto de su declaración de renta.

La Ley regula los regímenes pensionales y por ello las condiciones en las que se desarrolla la relación entre el fondo y el afiliado no puede ser modificado por las partes. Por consiguiente, no hay lugar a declarar la ineficacia del traslado ni las condenas consecuenciales-

### **COLPENSIONES**

En el escrito de alegaciones concluye que la manifestación de voluntad de la demandante fue libre, espontánea y sin presiones, siendo evidente que se realizó con cumplimiento de las formalidades legales, que produjo los efectos de traslado válido al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad sin que exista prueba de que el consentimiento fuera ineficaz o estuviera viciado de nulidad.

## **CONSIDERACIONES**

### **PROBLEMA JURÍDICO**

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

### **Elementos de prueba relevantes:**

- A folios 32 a 35 y 107 a 110, historia laboral de Colpensiones.
- A folios 38 y 137, formulario de vinculación a Provenir del 23 de mayo de 2000.
- A folio 39, fotocopia de la cédula de ciudadanía, nació el 20 de octubre de 1964.
- A folio 114, expediente administrativo.
- A folios 139 a 150, historia laboral de Porvenir.
- A folios 151 a 152, bono pensional.
- A folios 153 a 154, comunicados de prensa.
- A folio 171, carta que informa que esta próxima a entrar en la prohibición del cambio régimen.
- A folio 189, interrogatorio de parte demandante (min 12:06 a 25:23)

### **Caso Concreto**

La sentencia de primera instancia es cuestionada por los recurrentes en primer lugar porque no se acredita vicios del consentimiento, se afecta el régimen de prima media porque descapitaliza el fondo común, se entregó la asesoría a la demandante y ella se benefició de las ventajas del Régimen de Ahorro Individual.

Adicionalmente, respecto de la sentencia se debe surtir el grado jurisdiccional de consulta en virtud del artículo 69 del CPTYSS a favor de COLPENSIONES.

Para resolver el problema jurídico, lo primero que se acredita con las pruebas obrantes en el proceso es que la demandante se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual cuando contaba con 35 años de edad y 445 semanas cotizadas al sistema (fl. 148); que no se encontraba incurso en alguna causal de exclusión de dicho régimen consagrada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993, ni que diera lugar a un rechazo por parte del fondo de pensiones, situación que les está vedada de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del decreto 692 de 1994 cuando las personas cumplen los requisitos legales; y que suscribió la solicitud de vinculación al RAIS de manera libre, espontánea y sin presiones como se colige de la exposición en el interrogatorio de parte y del formulario (fl. 38).

Aunque no se desconoce que la jurisprudencia reiterada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el formulario no es prueba del consentimiento informado, (SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras), tampoco se puede desconocer que esa

misma jurisprudencia indica que dicho formulario acredita a lo sumo el consentimiento, esto es, no prueba la información otorgada, pero si prueba el consentimiento de la demandante que en el presente caso se corrobora con el interrogatorio.

Las anteriores circunstancias probadas permiten colegir que el traslado de régimen cumple con los requisitos señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 que son de validez de conformidad con el mismo artículo, norma que además permite que la manifestación de voluntad se exponga en formatos preimpresos, documento que cumple con las normas vigentes para la fecha de traslado, esto es, la indicación de que la selección la efectuó en forma libre, espontánea, sin presiones y que fue asesorada sobre todos los aspectos e implicaciones de su traslado al RAIS, como se constata en el formulario.

Uno de los argumentos del recurso de apelación es que la nulidad del acto de traslado de régimen conlleva a que se descapitalice el Régimen de Prima Media.

Respecto de dicha aseveración, se puede constatar que la Corte Constitucional al analizar la exequibilidad del término de carencia de la facultad para realizar traslado entre regímenes consagrada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, consideró efectivamente que un traslado en fecha cercana a la de adquirir el derecho a la pensión descapitaliza el fondo común.

Lo anterior se deduce del contenido de la sentencia C-1024 de 2004 en la que se expuso *“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,...”.*

Desde esa perspectiva se puede aseverar que efectivamente el retorno de la demandante al régimen de prima media *ad portas* de adquirir el derecho a la pensión porque nació el 20 de octubre de 1964 contribuye a la descapitalización de dicho régimen, máxime si se tiene en cuenta que la inconformidad de la demandante con el régimen en el que actualmente se encuentra vinculada es el posible monto de la mesada pensional que le podría corresponder al momento de hacer efectivo el derecho pensional.

Dicho retorno al régimen de prima media también vulnera el principio de solidaridad propio de ese régimen en la medida que ya la Corte Constitucional en diversas sentencias ha reiterado que “... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables” (Sentencia C-401/16). Es por ello, que esas diferencias hacen que el traslado entre regímenes tenga un plazo para garantizar la sostenibilidad de cada régimen.

También la Corte Constitucional en otras sentencias ha indicado, entre ellas, en la sentencia C-083/19, 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<sup>[30]</sup>, y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación<sup>[31]</sup>, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.*

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

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores causados durante la permanencia en el régimen de ahorro individual, lo cual se deduce de la misma normatividad pensional que solo permite el regreso en cualquier tiempo al Régimen de Prima Media a las personas que cotizaron 15 años o más al régimen antes del 1 de abril de 1994.

De tal manera que le asiste razón a la recurrente que dicha decisión vulnera el principio de sostenibilidad financiera propia del Régimen de Prima Media, aunado a que vulnera el principio de solidaridad ambos contemplados en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 1 de 2005.

En conclusión, al aplicar la jurisprudencia constitucional al presente caso se encuentra que efectivamente declarar la nulidad o ineficacia del acto de

traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual vulnera los principios constitucionales de solidaridad y de sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media.

También alega la parte apelante que no se acredita en el presente proceso vicios del consentimiento en el acto del traslado, como se reiteran en las alegaciones de la parte demandada, por lo que se deben revisar los diferentes elementos de prueba obrantes en el proceso.

En la demanda se peticiona la nulidad del acto de traslado por considerar que no se entregó la información suficiente y clara para dicho traslado y el juez declaró la ineficacia del mismo, lo cual se reitera en las alegaciones presentadas por el apoderado de la parte demandante.

En relación con el deber de información, el precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral señala, primero, que “los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse” (sentencia proferida en el radicado 68838), de tal manera que para el año 2000 no existía obligaciones que se generaron entre otras a partir de la expedición de la ley 1328 de 2009.

Segundo que se debe tener en cuenta es la inversión de la carga de la prueba quedando asignada esa responsabilidad a cargo del fondo de pensiones, frente a lo cual no se puede desconocer el principio de comunidad de la prueba de tal manera que independientemente de quien aporte la prueba al proceso todas deben ser analizadas desde el criterio de la sana crítica de conformidad con los artículos 60 y 61 del CPTYSS.

Ahora, sin desconocer la obligación legal de las entidades que administran los recursos pensionales de asesorar a los afiliados, desde la vigencia de la Ley 100 de 1993, tampoco se puede obviar que todos los aspectos que regulan el tema pensional se encuentran regulados en la ley, y como el desconocimiento de ella no sirve de excusa, esta falta de conocimiento no se puede invocar como pretexto para afectar de vicios el consentimiento, como se señala en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68852, máxime cuando las consecuencias del traslado operan en virtud de la ley.

Aunado a que la norma que consagra esa premisa, artículo 9 del C.C., fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C- 651 de 1997 y ha sido expuesto entre otras en la sentencia C-401/16 por constituirse en

un desarrollo del artículo 95 de la Constitución Política que consagra que todas las personas están obligadas a cumplir la constitución y las leyes.

Con las anteriores premisas tenemos que las pruebas indican que la demandante seleccionó el Régimen de Ahorro Individual de manera libre, voluntaria, espontánea e informada; primero, porque así se constata en el formulario de vinculación que si bien no es prueba de la información otorgada si se constituye en un indicio de que ocurrió una reunión entre las partes con el objeto del traslado, lo cual se prueba con la manifestación de la demandante en el interrogatorio; segundo, porque de lo acontecido en la reunión se realizó una descripción de los aspectos que le fueron informados y que le permitió tomar la decisión de afiliarse a PORVENIR, tales como que no se perdían sus ahorros, que ese dinero se podía pasar a los padres en caso que ella llegará a fallecer o que ella pudiera retirar el dinero, que el fondo privado le daba mucha tranquilidad por la rentabilidad que mostraba el grupo financiero, contrario a lo que sabía del ISS y conocía de las diferencias entre los regímenes ya que en el de RPM le correspondía cumplir unos requisitos.

La información no solo se cumplió antes de la vinculación, sino también durante su permanencia en dicho régimen, al punto que se le comunicó que podía retornar al Régimen de Prima Media antes de incurrir en la prohibición legal con la comunicación de 17 de marzo de 2011. (fl. 171).

Se verifica que el formulario allegado al expediente se encuentra suscrito por la demandante, y la firma en dicho formato es una manifestación del consentimiento emitido por la ella al tenor de la jurisprudencia y de conformidad con el artículo 1502 del C.C. esa manifestación de voluntad no se debe encontrar afectada de vicios.

En el proceso no se alega ni tampoco se acredita la existencia de los vicios por dolo o fuerza mayor, y frente a la existencia de un posible error es de anotar que la falta de información sobre aspectos puntuales de las normas que regulan el tema, según la definición doctrinal constituye un error de derecho que hace relación “*a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico*”<sup>1</sup>, y por expreso mandato del artículo 1509 del Código Civil, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento de quien lo presta.

Tampoco se acredita la existencia de un error de hecho porque este se configura cuando el consentimiento recae sobre la especie de un acto o

---

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

contrato que se ejecuta, y en el presente caso, se observa que la demandante suscribió de manera libre, espontánea y sin presiones la solicitud de traslado de régimen en un formulario que las normas que regulan la materia permiten que sea preimpreso, por lo que no se encuentra una prueba que indique que la accionante fue engañada, máxime cuando es en el mismo documento donde se señala el traslado de régimen del ISS y la escogencia del fondo PORVENIR para que administre los aportes pensionales.

En ese orden de ideas, le asiste razón a los recurrentes de que no se configura alguna causal que afecte de vicio el consentimiento en el momento del acto de traslado, sin que el monto de la pensión en el RAIS sea un factor que afecte el consentimiento otorgado al momento del traslado, porque la cuantía de la misma solo se determina en la fecha en que se causa o se hace exigible la pensión y no en el momento de la vinculación a cualquiera de los regímenes pensionales.

Respecto de las alegaciones de la parte demandante en las que señala el desconocimiento de varias normas por parte del fondo de pensiones, es de anotar que en ninguna de ellas se señala como causal de nulidad o ineficacia el que sobre esas actividades no se deje constancia por escrito, aunado a que se acredita en el expediente el cumplimiento de varias de ellas, por ejemplo, la publicidad sobre la facultad de los afiliados de retornar al régimen de prima media (fls. 153-154, 171), el derecho al retracto y demás aspectos del régimen de Ahorro Individual, porque se reitera la jurisprudencia señala que el formulario no es prueba de la información, pero si prueba del consentimiento, y se constituye en un indicio de que las partes se reunieron con el objeto de darle a conocer dichos aspectos, reunión que se corrobora con el interrogatorio de parte, por lo que no prosperan los argumentos expuestos.

En ese orden de ideas, al valorarse los diferentes elementos que obran en el proceso desde el principio de comunidad de la prueba, el comportamiento de las partes, y teniendo en cuenta el marco normativo aplicable al momento del traslado, se colige que en el presente caso no se dan los supuestos legales ni jurisprudenciales para declarar la nulidad del acto de traslado al Régimen de Ahorro Individual, por lo que hay lugar a **revocar** la sentencia de primera instancia.

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



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

**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 23 de enero de 2020 por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas y en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas por la señora **CLAUDIA LILIANA RODRÍGUEZ FERREÍRA**, identificada con la cédula de ciudadanía 63.325.448.

**SEGUNDO:** Sin costas en la presente instancia y las de primera a cargo de la demandante.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**(original firmado)**  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

**(original firmado)**  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado  
(Salvamento de voto)

**(original firmado)**  
**DAVID A. J. CORREA STEER**  
Magistrado



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

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARIO MUNAR ALFONSO

DEMANDADO: COLPENSIONES, OLD MUTUAL Y PROTECCIÓN

RADICADO: 11001 31 05 022 2018 00335 01

**MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

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

### **SENTENCIA**

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el recurso de apelación presentado por los apoderados de **OLD MUTUAL, PROTECCIÓN y COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 20 de enero de 2020 por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Demandada COLPENSIONES.

### **ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende la nulidad de la afiliación en pensión a la AFP Pensionar hoy OLD MUTUAL realizada el 24 de noviembre de 1995, la nulidad del traslado a PROTECCIÓN realizada el 1 de octubre de 2000 y válida la afiliación a COLPENSIONES, y, como consecuencia de ello, condenar a COLPENSIONES a recibir al demandante, a OLD MUTUAL y a PROTECCIÓN a liberar de sus bases de datos al demandante, devolver los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y hacer el respectivo traslado a

COLPENSIONES, y a las demandadas en costas y lo ultra o extra petita. (fl.65-89)

Frente a esas pretensiones, OLD MUTUAL se opuso a todas y cada una de las pretensiones con sustento en que el acto de traslado es válido porque cumplió con los requisitos legales y carece de algún tipo de nulidad sea relativa o absoluta. Presentó como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, genérica, pago. (112-132).

Respecto de dichas pretensiones, la demandada COLPENSIONES también se opuso con el argumento que el demandante no está amparado por el régimen de transición y, por tanto, no puede retornar al RPM por no cumplir con los presupuestos legales para tal fin, aunado a que la afiliación no adolece de causal de nulidad. Presentó como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, e innominada o genérica. (Fls.147-174)

Con relación a las pretensiones, PROTECCIÓN se opuso señalando en síntesis que el desconocimiento de la ley no genera vicio del consentimiento porque se presenta la figura del saneamiento ante una eventual nulidad. Agrega que la solicitud de nulidad contraría los actos propios, máxime cuando la entidad cumplió con las obligaciones de entregar información y de buen consejo. Presentó las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de obligación, buena fe, compensación. (Fls.180-195).

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 20 de enero de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional acaecido el 24 de noviembre de 1995; ordenó a Protección a trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está obligada a recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional; ordenó a OLD MUTUAL remitir a COLPENSIONES los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que duró la aparente afiliación. Declaró no probadas las excepciones, condenó a las demandadas a costas y fijó como agencias para cada una \$1.500.000.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

Presentaron recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente y sobre los siguientes puntos:

### **OLD MUTUAL (31:53)**

La devolución de los gastos de administración no procede al considerar que son una obligación legal de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

### **PROTECCIÓN (36:05)**

Los gastos de administración deben ser asumidos por el demandante y dichos valores fueron descontados de buena fe por la demandada teniendo en cuenta lo señalado en la ley, para lo cual se aplicaron los conceptos correspondientes.

### **COLPENSIONES (38:57)**

Se debe realizar una valoración a las pruebas sobre todo del interrogatorio de parte, y no hay lugar a la imposición de costas a COLPENSIONES porque la entidad no realizó ninguna actuación tendiente a afectar al demandante. Presentó poder de sustitución.

## **ALEGACIONES**

### **PARTE DEMANDANTE:**

En el proceso no se ha desarrollado una actividad contundente que permita probar que el señor MARIO MUNAR ALFONSO recibió una completa, clara y suficiente información al momento de vinculación o traslado de régimen.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral valida la ineficacia de la afiliación por la información insuficiente, clara y precisa al momento de la vinculación, y ha determinado que ni en la norma que regula las nulidades de los traslados ni en los distintos pronunciamientos se ha tazado un número de semanas que generen una perspectiva legítima o un derecho causado.

### **PARTE DEMANDADA:**

## **PROTECCIÓN:**

Las Administradoras de Fondos de Pensiones se encuentran facultadas para realizar el cobro por concepto de gastos de administración a sus afiliados, como un valor que se percibe en atención a la debida gestión de los aportes que se realizan durante el periodo de tiempo en que la persona se encuentra afiliada al respectivo Fondo.

## **COLPENSIONES**

Solicita se revoque la sentencia de primera instancia porque el traslado se solicitó a los 64 años de edad, encontrándose el demandante en la prohibición legal que preceptúa el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por lo cual no es de recibo que pretenda regresar al RPM.

De conformidad con el artículo 167 del CGP, les incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, por lo que es una carga desproporcional imponer en COLPENSIONES la carga de la prueba, aunado a que es la más afectada por la decisión en lo atinente a la sostenibilidad financiera.

Los afiliados al Sistema General de Pensiones tienen unos deberes mínimos que incumplió el demandante, destacándose que el silencio en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consciente de permanecer en el régimen seleccionado.

## **CONSIDERACIONES**

### **PROBLEMA JURÍDICO**

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

### **Elementos de prueba relevantes:**

- A folio 3, cédula de ciudadanía y registro civil de nacimiento que da cuenta que el actor nació el 22 o 27 de enero de 1954.
- A folios 5, 134, formulario de vinculación a PENSIONAR, 24 de noviembre de 1995.

- A folios 6, 202, formulario de traslado a la AFP PROTECCION, 1 de enero de 2000.
- A folios 7-8, 10-11, 12-13, 15-21, 22-23, 26-27, 135, 137, reclamaciones administrativas y respuestas.
- A folios 28-46, resumen cuenta, resumen semanas cotizadas y formularios CLEB.
- A folio 196, certificación SIAFP
- A folios 203-206, asesoría PROTECCIÓN.
- Interrogatorio a la parte demandante.
- Interrogatorio representante OLD MUTUAL.

### **Caso Concreto**

Frente a la decisión condenatoria de primera instancia, los integrantes de la parte demandada presentaron recurso de apelación respecto de la valoración probatoria, los gastos de administración y las costas del proceso.

Para resolver dichos aspectos de los recursos de apelación, se revisa los diferentes elementos de prueba que obran en el proceso y de ellos se deduce los siguientes aspectos:

El demandante a la edad de 41 años se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual cuando contaba con 218,57 semanas cotizadas al sistema (fls. 28), aun cuando el demandante registra en los documentos tres fechas de nacimiento, en la cédula de ciudadanía se constata que nació el 22 de enero de 1954 (fl. 3), el registro civil indica que nació el 27 de enero de 1954 (fl 4) y los documentos que obran en COLPENSIONES registran como fecha de nacimiento el 23 de abril de 1954 (fl. 38), y frente al tiempo de servicios no registra 15 años anteriores a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, pero independientemente de la fecha de nacimiento que se tenga en cuenta se observa que el demandante no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 55 años de edad ni se acredita que gozara de una pensión de invalidez.

El formulario de solicitud de vinculación al RAIS lo suscribió de manera libre, espontánea y sin presiones, tal como se dejó constancia en el mismo formulario (fl. 5), el cual de conformidad con la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia contenida entre otras en las sentencias SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, dicho formulario “a lo sumo acredita el consentimiento”.

Dicho consentimiento libre y voluntario fue corroborado por el demandante en la diligencia de interrogatorio de parte.

Las anteriores circunstancias permiten inferir que el acto del traslado al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió, y cumple con los presupuestos legales para su validez señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, norma que permitía que el trámite se realizara con documentos preimpresos, aunado a que no existían razones que dieran lugar a que fuera rechazada la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

En la demanda se peticiona la nulidad del acto de traslado al considerar el demandante que el fondo no le dio información clara, precisa y suficiente para tomar la mejor decisión como lo exige el órgano de cierre de la jurisdicción, de donde se puede colegir que no se está negando que se realizó la asesoría.

A su vez, en el recurso de apelación se indica que no se realizó una valoración al interrogatorio de parte expuesto por el demandante; de allí que al revisarse el mismo se puede observar que el demandante en dicha diligencia indicó las razones por las que se afilió al régimen de ahorro individual, lo cual descarta su deseo de permanencia en CAJANAL, esto es, en el régimen de prima media, porque entre las razones manifestadas para escoger el régimen de ahorro individual con su vinculación fue que podía pensionarse más temprano, le podían devolver los aportes y en caso de fallecer podía heredar su compañera e hijos, de tal manera que se deduce que el demandante con la información recibida realizó una valoración entre los dos regímenes y en virtud de la autonomía de la voluntad escogió el Régimen de Ahorro individual.

Es de anotar que la decisión que toma el actor en consideración a la pensión anticipada descarta su voluntad de pertenecer al régimen de prima media en el que se encontraba afiliado porque en este la exigencia es el cumplimiento de los requisitos de semanas cotizadas y de edad que descartan cualquier posibilidad de una pensión anticipada, aunado a que no permiten heredar el monto de los aportes, porque las cotizaciones hacen parte de un fondo común al que solo pueden acceder en caso de fallecimiento del afiliado quienes sean beneficiarios de la pensión de sobrevivientes.

Las pruebas también permiten señalar que el actor estuvo asesorado durante su permanencia en el Régimen de Ahorro Individual, lo cual se constata porque desde el año 2000 era conocedor de la posibilidad de un menor valor de la pensión en el fondo privado, ya que desde esa época al afiliarse a PROTECCIÓN se le indicó que la pensión en el RPM sería superior, aunque el demandante le restó importancia a este hecho, es de anotar que en el interrogatorio señaló que la asesoría con ese fondo incluyó los mismos conceptos del fondo PENSIONAR, esto es, que el actor desde su traslado de régimen prefería una posible pensión anticipada sin que le fuera relevante el monto de la mesada pensional.

En dicha proyección se le indicó al demandante que la misma estaba sujeta a variaciones de la ley, de las condiciones del mercado, la que fue otorgada bajo los parámetros que él como afiliado informó al asesor (fls. 203-206).

Aunado a lo anterior, se colige de esas mismas pruebas que el actor fue conocedor de que su mesada pensional se encontraría afectada por varios factores y que podría ser menor a la que le correspondería en el Régimen de Prima Media, desde el año 2000, y pese a ello decidió continuar en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad como dejó constancia en el folio 203.

Nótese que las condiciones del actor entre esa fecha y la actualidad se modificaron, lo cual se puede constatar con lo consignado en los formularios y en el interrogatorio de parte, en los primeros, el demandante señaló que era soltero e indicó el número de hijos que tenía, y en el interrogatorio además señaló que tenía compañera permanente y un hijo menor de edad, personas que inciden al momento de la proyección de una mesada pensional en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y que no se tuvo en cuenta al momento de la liquidación en el cual se indica “cónyuge 0” (fl 204).

Ahora en relación con el precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que se refiere al deber de información, se debe tener en cuenta que ese mismo precedente señala que “los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse” (sentencia proferida en el radicado 68838), que para este caso sería la vigente para el año 1995, por lo que se colige que con los aspectos expuestos por el demandante en el interrogatorio, los fondos cumplieron con la normatividad vigente para esa fecha, porque le permitieron valorar y tomar la decisión que según su propio criterio era la más favorable para él.



Aunado a que no se puede desconocer que desde la vigencia de la Ley 100 de 1993 todos los aspectos que regulan el tema pensional se encuentran regulados en la ley, y que es norma de vieja data que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, como se señala en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68852, “...su ignorancia no puede invocarse como excusa para viciar el consentimiento”, máxime cuando las consecuencias del traslado operan en virtud de la ley.

De tal manera que no se observa que se den los presupuestos legales ni jurisprudenciales para declarar la ineficacia señalada en la sentencia de primera instancia, recuérdese que el actor acepta en el interrogatorio que recibió información, lo cual reafirma la constancia dejada en el recuadro voluntad de afiliación del formulario de vinculación a PENSIONAR de que recibió y conoce el reglamento del fondo y el plan que seleccionó, que si bien no es una prueba del consentimiento informado si se constituye en un indicio de que existió una reunión entre el asesor y el demandante porque se corrobora con lo expuesto en el interrogatorio de parte.

Las anteriores razones son suficientes para revocar la decisión de primera instancia, pero en gracia de discusión, también se observa que no se acredita la causal de ineficacia del acto de traslado señalada en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en la medida que ni siquiera se constituye en uno de los supuestos fácticos de la demanda, aunado a que el demandante señaló en el interrogatorio que la asesoría fue privada, que de por sí no hace que pierda la calidad de asesoría.

Tampoco se acredita la existencia de un error como vicio del consentimiento, ya que es de anotar respecto del error de derecho que este se refiere según la definición doctrinal a “a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico”<sup>1</sup>, y como este sería el que se configuraría por el desconocimiento sobre los derechos que se tiene en cada uno de los regímenes, por expreso mandato del artículo 1509 del Código Civil, este tipo de error no vicia el consentimiento de quien lo presta.

En relación con el error de hecho, contemplado en el artículo 1508 del Código Civil, se recuerda que este se configura cuando el consentimiento recae sobre la especie de un acto o contrato que se ejecuta, y en el presente caso, se observa que el demandante pretendió el traslado de régimen de pensiones y ello fue lo que acaeció. Lo cual se acredita con la solicitud que el demandante suscribió de manera libre, espontánea y sin presiones para

---

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

su vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en un formulario que las normas que regulan la materia permiten que sea preimpreso.

Tampoco se acredita las demás causales de vicio del consentimiento consagradas en las normas civiles, por lo cual se colige que el acto de traslado no estuvo afectado por vicios del consentimiento.

Ahora no se puede pasar por inadvertido que la inconformidad del actor 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 Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, máxime si se tiene en cuenta que el actor desde el año 2000 tenía conocimiento de que esa situación se podría presentar. Aunado a que 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 era simplemente una información que podía 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.

Por último, no se puede desconocer que el motivo como se expuso de la nulidad del traslado es obtener el traslado al Régimen de Prima Media por considerar que en este régimen la mesada es superior, no obstante, ya la jurisprudencia constitucional ha señalado que el traslado *ad portas* de cumplir los requisitos para pensión vulnera el principio de sostenibilidad financiera de dicho régimen, aunado a que también se vulnera el principio de solidaridad.

Lo anterior, se puede constatar en la sentencia proferida por la Corte Constitucional cuando analizó la exequibilidad del término de carencia de la facultad para realizar traslado entre regímenes consagrada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en la que consideró efectivamente que un traslado en fecha cercana a la de adquirir el derecho a la pensión descapitaliza el fondo común.

Lo dicho se deduce del contenido de la sentencia C-1024 de 2004 en la que se expuso *“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,...”.*

Por ello, se puede aseverar que efectivamente el retorno del demandante al régimen de prima media *ad portas* de adquirir el derecho a la pensión porque nació en el año 1954 contribuye a la descapitalización de dicho régimen.

En relación con el principio de solidaridad propio del Régimen de Prima Media, ya la Corte Constitucional en diversas sentencias ha reiterado que “... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables” (Sentencia C-401/16). Es por ello, que esas diferencias hacen que el traslado entre regímenes tenga un plazo para garantizar la sostenibilidad de cada régimen.

También la Corte Constitucional en otras sentencias ha indicado, entre ellas en la sentencia C-083/19, 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<sup>[30]</sup>, y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación<sup>[31]</sup>, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.*

Como conclusión de los anteriores precedentes jurisprudenciales se tiene que por ser los Regímenes de Prima Media y de Ahorro Individual excluyentes entre sí, entre otras razones por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el régimen de prima media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores causados durante la permanencia en el régimen de ahorro individual, lo cual se puede deducir de la norma que solo permite el retorno al régimen de prima media en cualquier tiempo para las personas que cotizaron al sistema 15 o más años, esto es, el

equivalente o más de las 2/3 partes de las necesarias para adquirir el derecho a la pensión, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

En conclusión, al aplicar la jurisprudencia constitucional al presente caso se encuentra que efectivamente declarar la nulidad o ineficacia del acto de traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual vulnera los principios constitucionales de solidaridad y de sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media contemplados en la Constitución Política y la Ley, en lo cual se coincide con las alegaciones presentadas por COLPENSIONES.

En relación con el marco jurisprudencial señalado por el apoderado de la parte demandante, en el que se señala entre otras las sentencias de tutela recientemente proferidas por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, es de anotar que en las diversas sentencias, entre ellas, SLT3201-2020 (58740), STL3186-2020 (57200), STL3200-2020 (57802), STL 3202-2020 (57444), la mayoría de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia declaró la nulidad de sentencias emitidas en el tribunal porque se hizo referencia i) al régimen de transición, aspecto que en este proceso no se tiene en cuenta y ii) al formulario de afiliación, aspecto que en este proceso se tiene en cuenta como prueba del consentimiento respecto del cual no se prueban vicios y se constituye en un indicio sobre la reunión entre el demandante y el asesor y que se corrobora con la exposición en el interrogatorio de parte en la que el demandante aceptó que recibió la asesoría con la cual valoró su traslado al fondo de pensiones.

En ese orden de ideas, al valorarse los diferentes elementos que obran en el proceso desde el principio de comunidad de la prueba, el marco normativo aplicable al momento del traslado como lo señala la jurisprudencia, se colige que en el presente caso no se dan los supuestos legales ni jurisprudenciales para declarar la ineficacia o la inexistencia o la nulidad del acto de traslado al régimen de ahorro individual, por lo que hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia y la sala se releva de estudiar los demás puntos de apelación.

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

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: RECONOCER** personería para actuar a la dra. LINDA VANESSA BARRETO SANTA MARÍA, identificada con la C.C. 1.013.637.319 y T.P. 280300 del CSJ en calidad de apoderada de COLPENSIONES.

**SEGUNDO: REVOCAR** la sentencia proferida el 20 de enero de 2020 por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas por el señor **MARIO MUNAR ALFONSO**, identificado con la C.C. 19.226.096.

**TERCERO:** Sin costas en la presente instancia, las de primera a cargo de la parte demandante.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**(original firmado)**  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

(Impedimento)  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

**(original firmado)**  
**DAVID A. J. CORREA STEER**  
Magistrado



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

PROCESO ORDINARIO LABORAL

**DEMANDANTE:** GERMÁN DARÍO MARÍN SEGURA

**DEMANDADO:** COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.

**RADICADO:** 11001 31 05 032 2017 00827 01

**MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

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

### **SENTENCIA**

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el recurso de apelación presentado por los apoderados de **PORVENIR y COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 23 de enero de 2020 por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Demandada COLPENSIONES.

### **ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende la nulidad del contrato de administración de aportes pensionales celebrado con Porvenir el 1º de junio de 1998, por incumplimiento de entregar información oportuna y completa, el retorno al sistema de Prima Media y, en consecuencia, se condene a Porvenir a trasladar la totalidad de los aportes y rendimientos a Colpensiones, a pagar cualquier diferencia económica que surja de la financiación de la pensión, las agencias en derecho y las condenas ultra y extra petita.

Frente a esas pretensiones, COLPENSIONES se opuso en síntesis con el argumento de que no es posible efectuar el traslado de régimen incoado por el demandante porque cuenta con más de la edad válida para trasladarse,

como lo señala la sentencia SU – 130 de 2013 emitida por la Corte Constitucional, presentó las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción e innominada o genérica. (fls. 56 a 65)

PORVENIR se opuso a las pretensiones en resumen con el argumento de que afiliación tiene plena validez toda vez que no se configuró vicio en el consentimiento, ya que el demandante suscribió el formulario en el cual hace expresa mención sobre las circunstancias de haber signado el documento de forma libre y voluntaria con conocimiento real acerca del acto jurídico.

La información suministrada a los afiliados se encuentra acorde a las disposiciones legales y las emitidas por la Superintendencia Financiera de Colombia, entidad que ejerce la vigilancia y control sobre ellas. Por lo tanto, las reglas y condiciones en que se realizan las vinculaciones de los afiliados no son caprichosas, sino que son el resultado de las disposiciones que regulan el RAIS.

Presentó como excepción previa la de falta de integración del contradictorio a Protección S.A., la cual se declaró probada en audiencia celebrada el 6 de marzo de 2019.

Como excepciones de fondo propuso las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa e innominada o genérica. (fl. 93 a 101).

PROTECCIÓN se opuso a las pretensiones al indicar que todas las actuaciones realizadas por la entidad han estado precedidas por la buena fe y la legalidad, por ello, todas las personas afiliadas a esta Administradora de Fondos de Pensiones lo han estado de forma libre y voluntaria.

Adiciona que se le brindó al demandante una asesoría completa y comprensible al momento de realizar su afiliación, la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme a las exigencias existentes para ese momento.

Señala que lo pretendido por el demandante es una declaratoria de nulidad y/o ineficacia del acto de afiliación derivada de un vicio del consentimiento, pero el error de derecho no vicia el consentimiento, porque el desconocimiento de la ley no sirve de excusa.



Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones e innominada o genérica. (fl. 164 a 182).

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Treinta y dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 23 de enero de 2020, declaró la nulidad del traslado efectuado el 5 de julio de 1996 a Protección S.A. y su posterior traslado a Colpatria hoy Porvenir S.A.; condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante, y a Porvenir y Protección al pago de costas a favor del demandante.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Presentaron recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente y sobre los siguientes puntos:

#### **PORVENIR**

En síntesis, expresa que se debe valorar las pruebas porque estas permiten demostrar que se suministró información al demandante sobre las condiciones del Régimen de Ahorro Individual, aunado a que no puede alegarse el desconocimiento de la ley para exonerarse de responsabilidad. Adicionalmente, señala que no hay lugar a la devolución de los rendimientos porque esta no es una consecuencia de la nulidad de un acto jurídico y que en el presente caso operó el fenómeno de la prescripción.

#### **COLPENSIONES**

Sustenta el recurso con el argumento de que no se acredita vicios en el consentimiento y en caso de existir algún vicio este se encuentra afectado por el fenómeno de la prescripción porque el demandante desde el año 2012 averiguó sobre su pensión y no presentó inconformidad alguna, por lo que transcurrió el término para alegar la nulidad pretendida.

### **ALEGACIONES**

#### **PARTE DEMANDANTE:**

Expone en el escrito de alegaciones que en el presente caso procede la aplicación del precedente jurisprudencial por cuanto la AFP PORVENIR no

le informó al demandante que para sus intereses pensionales debía permanecer en el Régimen de Prima Media, porque no para todos los cobijados por el régimen de transición fue una buena decisión y, con el fin de reparar esta realidad, se devolvieron al régimen de prima media con la expectativa de recuperar la protección perdida.

Que el precedente judicial de la Corte Suprema de Justicia debe ser considerada al emitir el fallo porque tiene un carácter unificador, en tanto asegura una mayor coherencia del sistema jurídico, seguridad, confianza y certeza del derecho.

#### **PARTE DEMANDADA:**

**COLPENSIONES** presentó escrito de alegaciones señalando que el demandante se encuentra a menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión y, en consecuencia, no es procedente declarar la nulidad porque no cumple con lo preceptuado en la ley 797 de 2003. y la sentencia SU 130 de 2013, recordando que el derecho a la libre escogencia de régimen no es un derecho absoluto.

Aportó poder de sustitución.

**PORVENIR** en su escrito de alegaciones manifiesta que en el presente caso no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento en el cambio de régimen del demandante, pues no acreditó ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 del C.C., y si se acreditare la existencia de alguna irregularidad conduciría a una nulidad relativa que por disposición de la Ley es saneable.

En el presente caso se demuestra conductas que bajo la línea que ha trazado la H. Corte Suprema de Justicia como “la verificación de la voluntad del afiliado” derivada de que objetivamente se demuestra que el demandante ha estado vinculado por más de 20 años en el Régimen de Ahorro Individual, término durante el cual ha cumplido con sus obligaciones con el sistema.

#### **CONSIDERACIONES**

#### **PROBLEMA JURÍDICO**

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

### **Elementos de prueba relevantes:**

- A folios 27 a 34, 40 a 44 y 106 a 132, historia laboral de Porvenir.
- A folios 71 a 72, historia laboral e Colpensiones.
- A folio 74, expediente administrativo en medio magnético.
- A folio 102, formulario de vinculación con Colpatria del 18 de abril de 1998.
- A folio 104, historia de vinculación de Asofondos.
- A folio 105, formulario de afiliación con horizonte del 23 de agosto de 2005 a pensiones voluntarias.
- A folios 134 a 135 y 205 a 207, comunicados de prensa.
- A folio 194, formulario de traslado a Protección del 5 de julio de 1996.
- A folio 228, interrogatorio del demandante (min 13:01 a 38:26)

### **Caso Concreto**

La sentencia de primera instancia es cuestionada por los recurrentes por la valoración de la prueba, la falta de acreditación de un vicio en el consentimiento para el momento de la suscripción del acto del traslado, la no declaración de la ocurrencia del fenómeno de la prescripción y subsidiariamente, en caso de confirmación, porque no hay lugar a la devolución de los rendimientos.

Adicionalmente, respecto de la sentencia se debe surtir el grado jurisdiccional de consulta en virtud del artículo 69 del CPTYSS.

Respecto del argumento de apelación sobre la valoración de las pruebas, se verifica con los elementos de convicción que obran en el expediente que el demandante se afilió al Instituto de Seguros Sociales, posteriormente, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, fecha para la cual no se encontraba incurso en alguna causal de exclusión consagrada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 en la medida en que no contaba con 55 años de edad ni se acredita que gozara de una pensión de invalidez, que diera lugar a que la administradora de pensiones lo rechazaría máximo que tal circunstancia se encuentra prohibida para los fondos cuando el interesado cumple con los requisitos como se establece en la Ley 100 de 1993, artículo 112 y en el Decreto 692 de 1994, artículo 5.

Las pruebas documentales y el interrogatorio de parte valorados de conformidad con los artículos 60 y 61 del CPTYSS y bajo el principio de la comunidad de la prueba permiten inferir que el demandante recibió asesoría sobre los aspectos de los regímenes vigentes que le permitieron elegir el fondo privado de pensiones.

Lo anterior se deduce de la exposición en el interrogatorio de parte contrastado con los hechos de la demanda, en los que señaló los aspectos informados como la pensión anticipada, la facultad de beneficiar a los hijos mayores de 25 años con los dineros aportados, lo cual no se podría realizar en el régimen de prima media y la necesidad de un monto de capital específico para obtener la pensión equivalente al salario mínimo.

Los anteriores aspectos conocidos por el demandante y que motivaron su traslado al régimen de ahorro son excluyentes del régimen de prima media, y aún del régimen de transición, en la medida que para la aplicación de estos se requiere el cumplimiento de un mínimo de semanas cotizadas al sistema y cumplir el requisito de edad, lo cual es alejado a la voluntad del demandante al momento del traslado en el que valoró a su favor la pensión anticipada y el beneficio de su cuenta individual para los hijos mayores de 25 años.

Ahora si bien la jurisprudencia reiterada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el formulario no es prueba del consentimiento informado, esa misma jurisprudencia indica que dicho formulario acredita el consentimiento, esto es, no prueba la información otorgada, pero si prueba a lo sumo el consentimiento otorgado por el demandante (SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras), de tal manera que este se constituye en un indicio de que las partes, demandante y asesor del fondo, se reunieron, lo cual unido a la exposición del interrogatorio permite señalar que la reunión fue para asesorarlo sobre los regímenes pensionales, y en ella valoró sus expectativas pensionales.

Adicionalmente, el traslado del régimen de prima media al régimen de Ahorro individual cumple con los requisitos señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 que son de validez de conformidad con el mismo artículo, norma que permitía que la manifestación de voluntad se realizara en formatos preimpresos, aunado a que cumple con las normas vigentes para la fecha de traslado, esto es, la manifestación que la selección la efectuó en forma libre, espontánea y sin presiones.

El reiterado precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre la materia indica que la carga de la prueba sobre la información otorgada al vinculado es de responsabilidad del fondo de pensiones, y que el deber de información del fondo se debe valorar de conformidad con las normas vigentes para el momento en que ocurrió, cuando expone *“los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de*

*información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse*” (sentencia proferida en el radicado 68838).

Sobre el anterior aspecto se debe señalar que para el momento del traslado no se había expedido la Ley 1328 de 2009 que consagra unas formas particulares de entregar la información a los posibles afiliados, por lo que no es dable realizar una exigencia documental sobre la información específica y precisa entregada al interesado, máxime que las normas vigentes para la época del traslado no prohibían la asesoría de forma verbal como le fue entregada al demandante, y como se deduce de lo expuesto en el interrogatorio de parte rendido en el presente proceso, exposición en la que es el mismo demandante quien da cuenta de la información entregada y las razones que motivaron su cambio al régimen de ahorro individual.

En ese orden de ideas, le asiste razón al recurrente cuando señala que de la valoración de las pruebas obrantes en el proceso se acredita que el demandante si recibió información sobre aspectos de los regímenes que le permitieron valorar su situación personal y escoger de manera voluntaria e informada el Régimen de Ahorro Individual.

También se cuestiona la sentencia porque en el proceso no se acredita vicios del consentimiento en el acto del traslado, por lo que se debe valorar los elementos de prueba existentes en el proceso.

Lo primero que se tiene en cuenta es que la manifestación de la voluntad se encuentra plasmada en el formulario de vinculación al fondo de pensiones, cuya firma es la manifestación del consentimiento de conformidad con lo expuesto por la jurisprudencia, consentimiento que de acuerdo con el artículo 1502 no se debe encontrar afectado de vicios.

El artículo 1508 señala como vicios del consentimiento, el error, la fuerza o el dolo, y frente al error la legislación consagra dos tipos: el error de derecho y el de hecho.

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

---

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

Adicionalmente, sin desconocer la obligación legal de las entidades que administran los recursos pensionales de asesorar a los afiliados desde la vigencia de la Ley 100 de 1993, no se puede pasar por alto que todos los aspectos que regulan el tema pensional se encuentran regulados en la ley, y si se tiene en cuenta que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa de conformidad con el artículo 9 del Código Civil, que fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 651 de 1997, dicha falta de conocimiento no se puede invocar como pretexto para afectar de vicios el consentimiento, máxime cuando las consecuencias del traslado operan en virtud de la ley, al punto que así se señala en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68852 y lo consideró la Corte Constitucional en la sentencia C-401 de 2016.

De tal manera que se descarta en el presente caso la existencia de un error de derecho.

En relación con el error de hecho se recuerda que este se configura cuando el consentimiento recae sobre la especie de un acto o contrato que se ejecuta, y en el presente caso, se observa que el demandante suscribió de manera libre, espontánea y sin presiones la solicitud de traslado de régimen en un formulario que las normas que regulan la materia permiten que sea preimpreso, hecho que por demás fue aceptado en el interrogatorio de parte, por lo que no se encuentra una prueba que indique que el accionante realizó o creyó que estaba realizando un trámite diferente.

Tampoco se acredita que el demandante hubiese sido coaccionado o que hubiere existido una actuación dolosa en el trámite del acto de traslado.

De tal manera que le asiste razón a la recurrente de que en el presente caso no se acredita la existencia de vicios del consentimiento que den lugar a declarar la nulidad del acto jurídico de traslado.

Las anteriores razones son suficientes para revocar la decisión de primera instancia, pero en gracia de discusión se tiene en cuenta que el motivo de inconformidad del demandante respecto del fondo en que se encuentra afiliado es el posible monto de la mesada pensional a la que pudiere tener derecho, lo cual no se constituye en una causal de nulidad ya que la misma no se podía prever al momento de la afiliación, porque si bien pueden existir proyecciones, estas son operaciones que pueden o no coincidir con la realidad porque parte de unos supuestos futuros que son inciertos que dependen de la vida y de las circunstancias en que desarrolle la actividad laboral una persona.

Adicionalmente, lo que se observa en el presente caso es que el demandante no hizo uso de la facultad que le otorgaba la ley de trasladarse antes de entrar en el periodo de diez años anteriores al cumplimiento de la edad para acceder al derecho a la pensión, y este periodo de carencia fue declarado exequible por la Corte Constitucional por considerar que se da para *“evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida”*, porque esta se produce si personas que no contribuyeron al mismo regresan ad portas de cumplir la edad de pensión, vulnerando así el principio de sostenibilidad financiera del régimen.

Lo anterior, fue expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 y por ello le asiste razón a COLPENSIONES en su alegación de que el demandante no cumple con los presupuestos legales y jurisprudenciales para retornar al Régimen de Prima Media.

Adicionalmente, con la nulidad del traslado que da lugar al retorno del demandante al Régimen de Prima Media también se vulnera el principio de solidaridad en dicho régimen, porque tal como lo ha expuesto la Corte Constitucional entre otras en la sentencia C-083/19, *“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<sup>[30]</sup>, y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación<sup>[31]</sup>, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó” .*

De dicha exposición 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 diferente 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, al punto que el producto de su cuenta individual como lo señaló el demandante puede ser entregado a las personas que en principio no son beneficiarias con la pensión de sobrevivientes.

Esa financiación que genera la solidaridad intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y sus rendimientos, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno de las personas que se trasladaron de régimen cuando hubieren cotizado 15 años o mas a la entrada en vigencia, esto es, al 1 de abril de 1994, esto es, cuando habían cotizado para dicha data aproximadamente las 2/3 partes de las semanas necesarias para el reconocimiento de la pensión.

En relación con el precedente jurisprudencial, es de anotar que el mismo señala que se debe valorar las pruebas en cada caso en particular y en el presente caso al realizarse una valoración desde el principio de la comunidad de la prueba se llega a la conclusión que existió información al demandante que le permitió valorar su situación particular frente a cuál régimen le convenía en el momento del traslado.

En ese orden de ideas, al valorarse los diferentes elementos que obran en el proceso desde el principio de comunidad de la prueba, el comportamiento de las partes, y teniendo en cuenta el marco normativo aplicable al momento del traslado, se colige que en el presente caso no se dan los supuestos legales ni jurisprudenciales para declarar la nulidad del acto de traslado al régimen de ahorro individual, por lo que hay lugar a **revocar** la sentencia de primera instancia.



Dadas las anteriores consideraciones, la sala se releva de resolver los aspectos sobre devolución de los rendimientos y el fenómeno de la prescripción.

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

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: RECONOCER** personería para actuar a la dra. LUZ STELLA GUEVARA GUTIERREZ, identificada con la C.C. 52.454.425 y T.P. 121.126, en calidad de apoderada de COLPENSIONES.

**SEGUNDO: REVOCAR** la sentencia proferida el 23 de enero de 2020 por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas y en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas por el señor **GERMAN DARIO MARIN SEGURA**, identificado con la cédula de ciudadanía 79.142.220.

**TERCERO:** Sin costas en la presente instancia las de primera a cargo del demandante.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**(original firmado)**  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

**(original firmado)**  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado  
(salvamento de voto)

**(original firmado)**  
**DAVID A. J. CORREA STEER**  
Magistrado



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

PROCESO ORDINARIO LABORAL

**DEMANDANTE:** JAIME ENRIQUE SILVA HERRAN

**DEMANDADO:** COLPENSIONES Y OTRO

**RADICADO:** 11001 31 05 032 2018 00548 01

**MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

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

### **SENTENCIA**

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el recurso de apelación presentado por **PORVENIR** contra la sentencia proferida el 03 de febrero de 2020 por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Demandada COLPENSIONES, de conformidad con el artículo 69 del CPTYSS modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

### **ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende la nulidad de la vinculación efectuada ante PORVENIR el 31 de marzo de 1999 con efectividad a partir del 1 de mayo de 1999 al considerar que existió un error de hecho que vició el consentimiento, se declare que nunca efectuó un traslado válido al RAIS y se encuentra legalmente afiliado a COLPENSIONES.

Como consecuencia de lo anterior, se condene a PORVENIR a registrar en su sistema de información que no efectuó ninguna vinculación válida a esa administradora, a devolver a COLPENSIONES las sumas de dinero que figuran en su cuenta de ahorro individual, junto con los bonos, aportes, rendimientos y comisiones. Se condene a COLPENSIONES a registrar y

activar su afiliación y a actualizar su historia laboral. Se condene en costas procesales y lo que se encuentre probado ultra y extra petita.

Frente a esas pretensiones, COLPENSIONES se opuso señalando que el demandante deberá probar el engaño o las omisiones en que pudo incurrir la AFP, máxime cuando era en dicha entidad en la que recaía la obligación de brindar información idónea a sus potenciales afiliados. El actor se encuentra incurso en la prohibición contemplada en la Ley 797 de 2003 porque le faltan menos de 10 años para hacerse acreedor a su derecho pensional.

Presentó las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción, genérica. (Fl . 82 a 90)

PORVENIR al contestar la demanda se opuso a las pretensiones porque la información suministrada al demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y que son verificadas por la Superintendencia Financiera de Colombia, organismo que sobre ellas ejerce la vigilancia y control.

Adicionalmente, señaló que el demandante al suscribir el formulario de vinculación o traslado al RAIS expresó el pleno conocimiento sobre el proceso de vinculación ya que con su firma dejó constancia de su escogencia libre, espontánea y sin presiones al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, sin que se pueda alegar ignorancia de la ley porque esto no sirve de excusa. El error sobre un punto de derecho no vicia su conocimiento.

Presentó las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, innominada o genérica. (fl.125 a 133)

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 03 de febrero de 2020, declaró la nulidad del traslado, condenó a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del dinero que obre en la cuenta de ahorro individual del demandante por concepto de cotizaciones junto con sus rendimientos, ordenó a Colpensiones recibirlos y acreditarlos en la historia laboral del demandante. costas a cargo de PORVENIR.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

PORVENIR presentó recurso de apelación contra la sentencia proferida a fin de que se revoque la misma con los siguientes argumentos: primero, que no existió un vicio del consentimiento, ni engaño, segundo, la asesoría fue brindada al demandante de manera clara de forma verbal porque así se generaba para la época en que se realizó el acto del traslado, tercero, la decisión de declarar la nulidad genera una descapitalización del fondo común y pone en riesgo la garantía de pensión de otras personas, cuarto, el grado de instrucción del demandante le permitía conocer e informarse sobre las características y beneficios del régimen al que se había afiliado, ya que el no señala que no se le entregó información porque de manera clara indicó que se le brindó asesoría de forma grupal y otra de forma individual.

## **ALEGACIONES**

### **PARTE DEMANDANTE:**

Dentro de la oportunidad legal la apoderada de la parte demandante presentó alegaciones en síntesis señalando que la Ley 100 de 1993, en su artículo 59, adoptó el esquema de mercado de competencia, el cual genera para las entidades administradoras la obligación de obrar con diligencia y responsabilidad al momento de proponerle a los eventuales nuevos afiliados el traslado entre regímenes.

Adiciona que el criterio que viene consolidando la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral desde la sentencia 31989 apunta a considerar que las sociedades administradoras del Sistema General de Pensiones, por inversión de la carga de la prueba deben demostrar al momento de un traslado, si suministró al respectivo afiliado, una adecuada, oportuna, completa y suficiente información relacionada con las características de cada régimen, así como las ventajas y desventajas que para cada uno de los afiliados pueda significar esa decisión.

Considera que la AFP PORVENIR no hizo esfuerzo alguno en acreditar la información entregada, la cual no se suple con el formulario de afiliación, que los regímenes pensionales se sustentan en estudios actuariales a efectos de establecer el modelo pensional y su permanencia y estabilidad por lo cual le era factible a la demandada elaborar una proyección pensional a la fecha del traslado, en consecuencia, solicita se confirme la decisión de primera instancia.

**PARTE DEMANDADA:**

**PORVENIR:**

Presenta alegaciones a favor de PORVENIR, en virtud del poder especial amplio y suficiente otorgado mediante Escritura Pública 0275 de 25 de febrero de 2020, el dr. FREDY QUINTERO LOPEZ a quien se le reconoce personería para actuar dentro del presente proceso con las facultades concedidas en el poder.

Manifiesta el apoderado en las alegaciones frente a la falta al deber de información que toda las características y particularidades del RAIS se encuentran señaladas en los artículos 59 y siguientes de la Ley 100 de 1993, por lo que no se puede alegar el desconocimiento de la ley por así prohibirlo el artículo 9 de C.C.

Adiciona respecto de una mesada superior, que la misma depende del comportamiento real e histórico de variables como el rendimiento financiero de los fondos y que el “mero hecho de no cumplirse las expectativas no puede predicarse engaños” lo cual se dejó sentado en la sentencia 31989 de 9 de septiembre de 2008, por lo que no se evidencia vicio del consentimiento.

En relación con la realización de proyecciones o estudios previos para el monto de la pensión señala que no existía como obligación para la fecha del traslado, y sobre las desventajas y los riesgos de trasladarse al RAIS y como ventaja permanecer en el RPM conllevaría a admitir que el RAIS previsto en el artículo 12 de la Ley 100 de 1993 desde su creación era deficiente o desfavorable, lo cual no es así porque la Corte Constitucional lo declaró exequible mediante sentencia C-538 de 1996.

Subsidiariamente, solicita en caso de ser confirmada o adicionada la sentencia que se tenga en cuenta que los gastos de administración se descuentan en virtud de la norma vigente, sin que el presente caso se observe un detrimento en la cuenta individual, los cuales se generan tanto en el RPM como en el RAIS por virtud del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003.

**COLPENSIONES**

No Presentó alegaciones

**CONSIDERACIONES**

**PROBLEMA JURÍDICO**

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

**Elementos de prueba relevantes:**

- A folio 31, cédula de ciudadanía, nació el 19 de diciembre de 1957.
- A folio 38, formulario de Porvenir diligenciado el 31 de marzo de 1999.
- A folios 32 a 33, historia laboral en Colpensiones.
- A folios 47 a 59, proyección pensional.
- A folio 142 a 143, comunicados de prensa.
- A folio 160, cd contentivo de interrogatorio de parte del representante legal de Porvenir y del demandante.

**Caso Concreto**

Los argumentos del recurso de apelación se encuentran encaminados a demostrar que en el presente caso no existe vicio del consentimiento, se entregó la asesoría al demandante, la sentencia genera descapitalización del fondo común lo que pone en riesgo el RPM y las condiciones del demandante le permitían conocer del RAIS y como consecuencia de ello lograr se revoque la sentencia de primera instancia.

Adicionalmente, respecto de la sentencia se debe surtir el grado jurisdiccional de consulta en virtud del artículo 69 del CPTYSS.

Para resolver el problema jurídico planteado lo primero que se observa en el presente proceso es que las pruebas acreditan que el demandante a la edad de 42 años se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual cuando contaba con 655 semanas cotizadas al sistema (fl 32), que no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen ya que no contaba con 50 años de edad ni gozaba de pensión de invalidez, aunado a que suscribió la solicitud de vinculación al RAIS de manera libre, espontánea y sin presiones, tal como se dejó constancia en el mismo formulario (fl. 38) y se aceptó en el interrogatorio de parte.

Los anteriores presupuestos fácticos contrastados con los requisitos señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 que son de validez de conformidad con el mismo artículo, norma que permitía que la manifestación de voluntad se realizara en formatos preimpresos, dan lugar a colegir que la manifestación de selección de régimen fue en forma libre, espontánea y sin presiones, aunado a que no existía razón alguna para que

el fondo negara el traslado ya que de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994 a los fondos les está vedado rechazar una solicitud cuando la persona cumple los requisitos para tal fin.

Aunque la jurisprudencia reiterada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el formulario no es prueba del consentimiento informado, esa misma jurisprudencia indica que dicho formulario acredita el consentimiento, esto es, no prueba la información otorgada, pero si prueba el consentimiento del demandante (SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras), documento que unido al interrogatorio permite colegir el consentimiento otorgado para el acto de traslado de régimen pensional fue libre y espontáneo.

En el recurso de apelación se señala que en el acto de traslado no existió vicios del consentimiento.

para resolver dicho argumento se tiene en cuenta que los vicios del consentimiento se encuentran consagrados en el artículo 1508 del C.C. y al contrastar esas definiciones con los diferentes elementos de prueba que obran en el expediente se deduce que se alega la existencia de un error de hecho fundado en el engaño, y sobre este tipo de error que se configura cuando el consentimiento recae sobre la especie de un acto o contrato que se ejecuta, se puede observar que no se configura el mismo porque el actor reconoce en su interrogatorio que lo pretendido fue su traslado a PORVENIR y eso fue lo que ocurrió.

Ahora, si en gracia de discusión se aceptara que el demandante incurrió en un error para la toma de su decisión por el desconocimiento de las implicaciones jurídicas del traslado, es de anotar que este tipo de error es de derecho, porque de acuerdo a la definición doctrinal, se refiere “a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico”<sup>1</sup>, y no tiene la virtualidad de conformidad con el artículo 1509 del C.C. de afectar de vicio el consentimiento de quien lo presta.

Tampoco se acredita en el expediente y no se alegan los vicios del dolo o fuerza, por lo que le asiste razón al recurrente de que en el presente caso el consentimiento no se vio afectado por alguna causal señalada en el artículo 1508 del C.C.

También se indica en los aspectos segundo y cuarto del recurso que la administradora realizó la asesoría en los términos señalados en las normas

---

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

vigentes, aunado a que el demandante no niega que se haya realizado la misma, y que por el grado de instrucción podía valorar mejor.

Respecto de dichos argumentos, se debe recordar la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que ha indicado que en estos casos se invierte la carga de la prueba y les corresponde a los fondos demostrar la información entregada al afiliado, y que el cumplimiento de dicha obligación se debe evaluar teniendo en cuenta el momento histórico en que debía cumplirse (sentencia proferida en el radicado 68838).

Lo anterior no da lugar a desconocer que en la valoración de la prueba se debe tener en cuenta el principio de la comunidad de la prueba que obliga a analizar todos los elementos desde los criterios de la crítica de la prueba (artículos 60 y 61 del CPTYSS) independientemente de la parte que los aportó al proceso.

Ni tampoco a olvidar que todos los aspectos que regulan el tema pensional se encuentran regulados en la ley, y como el desconocimiento de la ley no sirve de excusa (art. 9 C.C.), esta falta de conocimiento no se puede invocar como disculpa para afectar de vicios el consentimiento porque las consecuencias del mismo operan en virtud de la Ley, y así se señala en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68852. Ni que las entidades que administran los recursos pensionales están obligadas a asesorar a los afiliados, desde la vigencia de la Ley 100 de 1993.

Analizados los diferentes elementos de prueba que obran en el expediente se encuentra especialmente en el interrogatorio que el demandante acepta que recibió asesoría primero grupal, luego individual porque tuvo una charla personal con el asesor. Indicó que el asesor le informó que se podía pensionar con una mesada alta y de manera anticipada, pues en el RPM debía cumplir con los requisitos de edad y semanas cotizadas, le hizo referencia sobre el tema de inversiones. Esos aspectos que fueron los que motivaron al demandante a realizar el acto de traslado del régimen permiten colegir que dicho traslado se realizó de manera informada, porque esos aspectos señalados son propios del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y excluyentes del Régimen de Prima Media, donde ni se puede acceder a mesadas mas altas a las ya señaladas por la ley ni a pensiones anticipadas ni mucho menos a rentabilidades por las inversiones realizadas por el fondo que administra el fondo común.

De tal manera que a partir de un análisis de la prueba desde el principio de la comunidad y las reglas de la sana crítica se encuentra que le asiste razón



al recurrente al señalar que el fondo si le entregó la asesoría al demandante, la cual le permitió valorar el acto del traslado porque fue a partir de ella que suscribió de manera libre y voluntaria el formulario con el que se perfeccionó dicha decisión.

El último aspecto señalado en el recurso de apelación es la descapitalización del fondo común.

Frente a dicho argumento basta citar la jurisprudencia de la Corte Constitucional contenida en la sentencia C-1024 de 2004 mediante la cual se analizó el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993 sobre la necesidad de permanencia de los afiliados en cada régimen durante los 10 años anteriores al cumplimiento del requisito de edad para acceder a la pensión de vejez.

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

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

En conclusión, al aplicar la jurisprudencia constitucional al presente caso se encuentra que efectivamente declarar la nulidad o ineficacia del acto de traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual dentro de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad para acceder

al derecho vulnera no solo el principio de sostenibilidad financiera sino también el de solidaridad, porque válido es recordar que la misma Corte señaló en la sentencia C-083/19, que *“la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional”*.

Respecto de las alegaciones presentadas por la apoderada de la parte demandante se encuentra que le asiste razón de que en el análisis de estos casos se invierte la carga de la prueba la cual queda bajo la responsabilidad del fondo demandado, pero tal como se señaló en párrafos anteriores al momento de analizar los elementos de convicción se debe aplicar los artículos 60 y 61 del CPTYSS y el principio de la comunidad de la prueba, lo cual da como resultado que se considere que la asesoría por parte del fondo si existió.

En relación con la elaboración de proyecciones, es de recordar que esas no eran de elaboración obligatoria para la fecha en la que el demandante se trasladó de régimen, ni tampoco existía la serie de obligaciones que se generaron a partir de la expedición de la Ley 1328 de 2009, por lo que no son exigibles en el presente caso.

En el momento de traslado de régimen o a la edad en que el demandante se trasladó de régimen realizar una proyección era solo un ejercicio sujeto a diversas variables que podían cambiar durante los años en que construyó el derecho pensional, como puede haber sucedido cuando dejó de cotizar durante el tiempo que ostentó la condición de independiente, es por ello que la inconformidad sobre el posible monto de la mesada pensional, que le correspondería en dicho régimen versus al del régimen de prima media, no se constituye en un vicio del consentimiento, ni da lugar a la inexistencia del acto de traslado o ineficacia del mismo, porque el valor de la mesada solo se establece de manera definitiva al momento en que se define el derecho pensional ya porque se causa o se exige el mismo.

Ahora respecto de los riesgos del traslado, es de anotar que dado el grado de instrucción del demandante no solo podía, sino que estaba obligado a conocer que la pensión dependía del monto de su cuenta individual porque ella no hacía parte del fondo común del que se retiró por considerar riesgoso para su futuro, lo cual se deduce de lo expuesto en el interrogatorio cuando señaló que en el Seguro Social era muy probable que no tuviera pensión.

Tampoco se acredita la ineficacia del acto de traslado señalada en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, primero porque ni siquiera se constituye en uno de los supuestos fácticos de la demanda, y segundo porque es el mismo

demandante quien indica que el asesor lo visitó en su sitio de trabajo en el que le expuso las razones por las que tomó la decisión del traslado.

En ese orden de ideas, al valorarse los diferentes elementos que obran en el proceso desde el principio de comunidad de la prueba, el comportamiento de las partes, y teniendo en cuenta el marco normativo aplicable al momento del traslado, se colige que en el presente caso no se dan los supuestos legales ni jurisprudenciales para declarar la nulidad del acto de traslado al régimen de ahorro individual, por lo que hay lugar a **revocar** la sentencia de primera instancia.

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

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

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: RECONOCER** personería para actuar al dr. FREDY QUINTERO LOPEZ, identificado con la C.C. 79.581.111 y Tarjeta Profesional 278.643 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderado judicial de la persona jurídica demandada, Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías POVENIR S.A.

**SEGUNDO: REVOCAR** la sentencia proferida el 3 de febrero de 2020 por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas por el señor **JAIME ENRIQUE SILVA HERRAN**, identificado con la C.C. 3.228.474

**TERCERO:** Sin costas en la presente instancia, las de primera a cargo de la parte demandante.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

(original firmado)  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

**(original firmado)**  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

Magistrado  
(Salvamento de voto)

**(original firmado)**  
**DAVID A. J. CORREA STEER**

Magistrado



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

PROCESO ORDINARIO LABORAL

**DEMANDANTE:** RICARDO PEDRAZA HERNÁNDEZ

**DEMANDADO:** COLPENSIONES

**RADICADO:** 11001 31 05 033 2018 00488 01

**MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

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

### **SENTENCIA**

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el recurso de apelación presentado por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida el 24 de febrero de 2020 por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Demandada COLPENSIONES.

### **ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende se reliquide la pensión de vejez teniendo en cuenta un ingreso base de liquidación de \$14.347.470 y una tasa de reemplazo de 77,32, se pague el retroactivo pensional, la actualización de las sumas reconocidas, las costas y agencias en derecho y lo que resulte probado ultra y extra petita.

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones al considerar que no existe inconsistencia en el reconocimiento pensional en la medida que la pensión se reconoció teniendo en cuenta el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003.

Presentó las excepciones de inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, principio de buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas e innominada o genérica. (fls. 32-37)

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 24 de febrero de 2020, condenó a Colpensiones a reliquidar la pensión reconocida al señor Ricardo Pedraza Hernández, teniendo en cuenta como cuantía inicial la suma de \$10.842.010 para el año 2018, por trece meses al año, la mesada para el año 2020 equivale a \$11.611.884, condenó al pago de las diferencias por la reliquidación de la pensión de vejez hasta que se realice la inclusión en nómina y la indexación de dichas sumas, e impuso costas a cargo de la demandada.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Presentaron recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente y sobre los siguientes puntos:

#### **Parte demandante:**

Solicita se modifique la sentencia porque se debe realizar una verificación del ingreso base de liquidación de la pensión.

#### **Parte demandada:**

Solicita se revoque la condena al considerar que la mesada pensional está bien reconocida y en consecuencia la tasa de reemplazo a aplicar es la del 71,32%.

### **ALEGACIONES**

#### **PARTE DEMANDANTE:**

Dentro de la oportunidad legal presentó alegaciones solicitando se confirme la decisión de primera instancia en lo correspondiente a la reliquidación con la tasa de reemplazo de 77,32%, el pago del retroactivo y demás condenas a su favor; pero solicita se revoque la liquidación del IBL realizada por el despacho porque el monto del mismo no fue discutido dentro del debate probatorio.

#### **PARTE DEMANDADA:**

En los alegatos hace un desarrollo de la fórmula señalada en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, señalando que el número de 716 semanas adicionales genera un porcentaje adicional de 15%, y, por lo tanto, el porcentaje aplicado por la entidad es el correcto.

Presentó poder de sustitución.

## **CONSIDERACIONES**

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a reliquidar la pensión del demandante y el ingreso base de liquidación.

#### **Elementos de prueba relevantes:**

- A folios 9 a 13, Resolución SUB 132981 de 21 de mayo de 2018.
- A folios 15 a 19, Resolución SUB 154057 de 14 de junio de 2018.
- A folios 21 a 25, Resolución SUB 191469 de 18 de julio de 2018.
- A folio 37, expediente administrativo.
- A folios 50 a 57, historia laboral.

#### **Caso Concreto**

En el presente caso no se encuentra en discusión que el actor se encuentra pensionado por la entidad demandada, lo cual se constata con los elementos de prueba aportados al proceso, la discusión según los recursos de apelación se centra en el monto del ingreso base y la tasa de reemplazo que se tuvo en cuenta para emitir la sentencia de primera instancia, ya que para el demandante el ingreso base corresponde al señalado en las resoluciones emitidas por la demandada y para la demandada la tasa de reemplazo debe ser también el indicado en los actos administrativos.

En las alegaciones el apoderado recurrente señala que el ingreso base no se encontraba en discusión dentro del debate probatorio, no obstante, no se puede desconocer que en las pretensiones de la demanda se peticiona que se declare que el ingreso base de liquidación que se debe tener en cuenta para liquidar la primera mesada pensional corresponde a la suma de \$14.347.470 o la que le resulte más favorable.

De tal manera que contrario a lo expuesto por la parte recurrente, se considera que el ingreso base de liquidación de la mesada pensional si se

encontraba en discusión, por lo que el argumento de las alegaciones no está llamado a prosperar.

Tampoco se puede desconocer que en el presente caso se peticiona la reliquidación de la pensión que fue otorgada bajo las normas de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, de tal manera que al aplicar las normas que regulan la materia, artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, es menester determinar el ingreso base de liquidación de la pensión porque de ella depende el factor “s” de la fórmula que consiste en determinar el número de salarios mínimos legales vigentes mensuales vigentes a los que equivale el ingreso base de liquidación de la pensión.

De tal manera que se debe verificar el monto de dicho ingreso para así determinar el monto de la pensión a que tiene derecho el demandante.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas se observa que existió un error en la liquidación realizada en primera instancia porque en algunos meses no se tuvo en cuenta que el actor recibió salario de otro empleador, de tal manera que al tenerse en cuenta dichos salarios y el ajuste de algunos al tope de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes que regula el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 5 de la Ley 797 de 2003, como se realizó en primera instancia, se obtiene un ingreso base de cotización de \$14.330.625, suma que al aplicar la fórmula contenida en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, genera una tasa de reemplazo total de 77.33% en la cual se incluye el porcentaje por el tiempo adicional a las primeras 1300 semanas, lo que genera una primera mesada pensional en cuantía de 11.081.629, razón por la que se modificará la sentencia de primera instancia sin que salga avante el recurso de apelación de la demandada, en la medida que el término adicional de 716 semanas da lugar a un porcentaje adicional de 21% y no de 15% como se indica en los actos administrativos y en las alegaciones.

Lo anterior da lugar a que se modifique la sentencia de primera instancia en el sentido de indicar que la primera mesada asciende a la suma de \$11.081.629, la que deberá ser ajustada anualmente, por lo que la entidad demandada deberá pagar la diferencia causada entre lo reconocido y el valor que aquí se ordena reconocer y pagar.

Se autoriza a la entidad demandada a descontar del retroactivo que se cause el valor del aporte a seguridad social en salud, dado que los pensionados son afiliados obligatorios al Sistema de Seguridad Social.



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

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: RECONOCER** personería para actuar al dr. IVAN DARÍO BLANCO ROJAS, identificado con la C.C. 80.221.256 y T.P. 205113 como apoderado de COLPENSIONES en los términos en que le fue conferido el poder de sustitución.

**SEGUNDO: MODIFICAR** los numerales primero y segundo de la sentencia proferida el 24 de febrero de 2020 por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, los cuales quedaran así: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez reconocida al señor RICARDO PEDRAZA HERNANDEZ identificado con la C.C. 19.338.611, en cuantía inicial de 11.081.629, por trece mesadas, a partir del 1 de junio de 2018, suma a la que se debe aplicar los ajustes anuales, y, en consecuencia, a pagar el retroactivo causado por las diferencias pensionales.

**TERCERO:** Sin costas en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

(original firmado)  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

(original firmado)  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

(original firmado)  
**DAVID A. J. CORREA STEER**  
Magistrado



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

PROCESO ORDINARIO LABORAL

**DEMANDANTE:** AMPARO MORENO PUERTO

**DEMANDADO:** COLPENSIONES, PROTECCIÓN Y PORVENIR S.A

**RADICADO:** 11001 31 05 035 2018 00088 01

**MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

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

### **SENTENCIA**

La Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procede a decidir el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 16 de diciembre de 2019 por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá.

### **ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende se declare que Colmena, hoy Protección, al momento del traslado la asesoró de manera errada e inadecuada, sin un análisis juicioso y profesional. Que Porvenir S.A. no le suministró información completa, verídica y comprensible. Que el traslado es nulo. En consecuencia, se condene a Porvenir a trasladar a Colpensiones los aportes, rendimientos y semanas cotizadas como si nunca se hubiese surtido el traslado. A Colpensiones a aceptar el traslado. A pagar las costas y agencias en derecho y lo que se encuentre probado ultra y extra petita. (fls. 89 a 90).

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones al considerar que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación.

Señaló que, en caso de existir una nulidad en dicho acto de traslado, de conformidad con el artículo 1750 del Código Civil, el plazo para pedir la rescisión del contrato era de cuatro años, los cuales se cuentan desde el día de la celebración del acto o contrato y a la fecha de la demanda ya han transcurrido. Que la actora ciñe su pretensión en el engaño por los asesores por lo cual le corresponde la carga de la prueba para demostrar este hecho.

Presentó como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica. (fols. 122 a 131)

Frente a esas pretensiones, PORVENIR S.A. se opuso en síntesis con el argumento de que es improcedente la solicitud de nulidad de traslado de régimen, por cuanto la afiliación no contiene vicio alguno en el consentimiento, por el contrario, están dados todos los requisitos de ley para la validez de la selección del régimen realizada por la demandante.

La selección de cualquiera de los regímenes se puede hacer con la suscripción del formulario de afiliación, el cual debe tener los requisitos mínimos contemplados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, tal y como lo realizó la demandante.

Aunado a que el error de derecho no vicia el consentimiento.

Presentó como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa e innominada o genérica. (Fols. 183 a 191)

PROTECCIÓN pese a que contestó la demanda, se le dio por no contestada porque no la corrigió, como se constata en el auto de 17 de julio de 2019.

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 16 de diciembre de 2019, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante y la condenó en costas.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Contra la anterior decisión, presentó recurso de apelación el apoderado de la parte demandante con el argumento que a la demandante no se le brindó asesoría al momento inicial del traslado del fondo, la cual no se debe confundir con la asesoría brindada en la segunda oportunidad.

Estando el proceso en el Tribunal se allegó poder de sustitución a nombre de la dra. LEIDY CAROLINA FUENTES SUAREZ (fl. 276), a quien se le reconoce personería para actuar en los términos en que le fue conferido el poder.

## **ALEGACIONES**

### **PARTE DEMANDANTE:**

Señala en su escrito de alegaciones que la parte demandada tenía la carga de demostrar de manera fehaciente e inequívoca que al momento del acto jurídico del traslado inicial de régimen pensional le brindó una asesoría pensional completa, integral, panorámica, imparcial y libre de vicios y/o presiones para tomar una decisión libre, consciente y voluntaria, respecto al futuro pensional a la demandante y no logró.

La parte demandante demostró que se le causó un perjuicio grave derivado del deber de información, asesoría y buen consejo y doble asesoría.

Es intrascendente para la determinación en la declaración de la nulidad y o ineficacia del traslado ser titular de un derecho adquirido o la de un régimen de transición, y así lo ha señalado la jurisprudencia.

Solicita se revoque la sentencia de primera instancia, se declare la nulidad y/o ineficacia con las correspondientes disposiciones subsidiarias.

### **PARTE DEMANDADA:**

#### **PORVENIR**

Solicita en el escrito de las alegaciones confirmar la decisión de primera instancia porque no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento, y por ello el acto jurídico es eficaz, y en caso de existir alguna irregularidad, da lugar a una de las denominadas nulidades relativas que por virtud de la ley son saneables. Se verifica la voluntad del afiliado con la permanencia en el régimen de forma libre por más de 20 años. Concluye que la entidad cumplió con la carga probatoria.

#### **COLPENSIONES**

Las alegaciones no corresponden al tema del proceso. Presentó poder de sustitución.

## **CONSIDERACIONES**

### **PROBLEMA JURÍDICO**

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

**Elementos de prueba relevantes:**

- A folio 31, cedula de ciudadanía, nació el 25 de diciembre de 1960
- A folios 32 a 36 y 136 a 139, historia laboral expedida por Colpensiones.
- A folios 39 y 193, formulario de afiliación a Provenir del 14 de junio de 2000.
- A folios 40 a 42, bono pensional.
- A folio 43 a 48, historia laboral expedida por Porvenir.
- A folio 172, historia de vinculación emitida por Asofondos.
- A folios 173 a 175, historia laboral expedida por Protección.
- A folios 210 a 211, comunicados de prensa.
- A folio 248, interrogatorio de parte de la demandante.

**Caso Concreto**

En el presente caso no es un hecho discutido por las partes que la demandante se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Privado, porque así se manifiesta desde la demanda y se ratifica en el interrogatorio de parte, la discusión se centra en que la parte actora considera que no recibió información adecuada sobre las ventajas y desventajas de ese traslado en la fecha en que ocurrió el traslado inicial.

El juez en la sentencia además de encontrar acreditado el consentimiento informado señaló que el ordenar el traslado de la actora contraviene el principio de sostenibilidad financiera del Sistema de la Seguridad Social en Pensiones.

Ahora, para resolver el problema jurídico se verifica inicialmente que la demandante no se encontraba incurso en alguna causal de exclusión contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993, al no contar ni con 50 años ni con una pensión de invalidez que diera lugar a que el fondo negara el traslado, dado que a estas entidades no les es factible rechazar una solicitud de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

También se tiene en cuenta que realizó el traslado de régimen lo cual se colige de la exposición rendida en el interrogatorio de parte, por lo que no es un hecho que se encuentre en discusión.

Señala el recurrente que a la demandante no se le entregó información al momento de realizar el traslado inicial, lo cual generó la nulidad reclamada, independientemente de que se le entregara la información en el segundo momento de traslado.

Respecto del deber de información, el precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral señala, primero, que “los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse” (sentencia proferida en el radicado 68838), de tal manera que para los años 1995 y 2000 no existían obligaciones que se generaron entre otras a partir de la expedición de la ley 1328 de 2009 con su decreto 2241 de 2010 y la Ley 1748 de 2014, con su decreto 2071 de 2015, entre ellas, las de buen consejo y doble asesoría citadas en el escrito de alegaciones.

Segundo que se debe tener en cuenta la inversión de la carga de la prueba quedando asignada esa responsabilidad al fondo de pensiones, frente a lo cual no se puede desconocer el principio de comunidad de la prueba de tal manera que independientemente de quien aporte la prueba al proceso todas deben ser analizadas desde el criterio de la sana crítica de conformidad con los artículos 60 y 61 del CPTYSS.

Ahora sin desconocer la obligación legal de las entidades que administran los recursos pensionales de asesorar a los afiliados, desde la vigencia de la Ley 100 de 1993, tampoco se puede obviar que todos los aspectos que regulan el tema pensional se encuentran regulados en la ley, y como el desconocimiento de ella no sirve de excusa, esta falta de conocimiento no se puede invocar como pretexto para afectar de vicios el consentimiento, como se señala en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68852, máxime cuando las consecuencias del traslado operan en virtud de la ley.

Aunado a que la norma que la consagra, artículo 9 del C.C., fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C- 651 de 1997 y ha sido expuesto entre otras en la sentencia C-401/16 por constituirse en un desarrollo del artículo 95 de la Constitución Política que consagra que todas las personas están obligadas a cumplir la constitución y las leyes.

Aplicado el marco normativo y jurisprudencial anotado y analizados los elementos de prueba, se deduce que la demandante seleccionó el régimen de ahorro individual de manera libre, voluntaria, espontánea e informada, primero, porque así lo acepta en el interrogatorio de parte, segundo, porque de lo acontecido en las reuniones realizó una descripción de los aspectos que le fueron informados y que le permitieron valorar y tomar la decisión de afiliarse y permanecer en el régimen de ahorro individual.

Manifestó la demandante que le dieron información individual, siendo ella muy contundente en señalar que se cambió por que el Fondo le ofrecía una mejor pensión, el seguro se iba acabar, le pareció buena opción pensionarse antes de la edad, no tenía hijos y la podían heredar sus hermanas, al punto que las incluyó como sus beneficiarias en el formulario suscrito, aunado a que la información sobre su pensión no tenía mayor relevancia pues estaba lejos de disfrutar la misma.

Todos los aspectos que analizó y le permitieron la escogencia del Régimen de Ahorro individual excluye una preferencia por el Régimen de Prima Media, en el que los aportes no hacen parte de una cuenta individual que pueda ser heredada por familiares que no tengan la calidad para ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, sino que por el contrario dichas cotizaciones hacen parte de un fondo común; el que no se puede obtener una pensión superior a lo que se genere como resultado de las fórmulas legales para liquidar la pensión, ni una pensión anticipada.

Dicha valoración permite colegir que la demandante valoró en su oportunidad y con lo informado la conveniencia de vincularse al Régimen de Ahorro Individual por sus condiciones particulares de no tener hijos y que la podían heredar sus hermanas.

Considera el recurrente que esa información no se dio en la primera oportunidad sino en el segundo traslado y que por ello se debe declarar la nulidad.

En primer lugar, se debe señalar que la demandante acepta que tuvo una asesoría con el asesor de Colmena a quien le realizó preguntas, esto es, existió una reunión que tenía como objeto el traslado o no de régimen y para ello recibió la información, pero si en gracia de discusión se considerara que del régimen solo obtuvo información en el segundo traslado, situación que no es creíble, es de anotar que por las condiciones de la demandante dicho hecho no tiene relevancia en la medida en que las normas aplicables a la demandante son estrictamente las señaladas en la Ley 100 de 1993 con sus modificaciones, esto es, que si ella hubiese valorado más conveniente hacer sus aportes a un fondo común en el año 2000 fecha en que se trasladó de fondo, la norma aplicable es la misma Ley 100 de 1993 con sus modificaciones, en la medida que no cumple requisitos para que se aplique a su caso las normas de regímenes anteriores.

En ese orden de ideas, contrario a lo expuesto por el recurrente en el presente proceso se acredita por las entidades que tenían la carga de la prueba que se le entregó información a la demandante con la cual tomó la decisión más conveniente para su situación particular, por lo cual serían suficientes los argumentos para confirmar la decisión de primera instancia.

Aunado a lo anterior no se puede pasar por alto el argumento expuesto por el juez de primera instancia sobre el hecho de que la declaración de nulidad del acto de traslado que conlleva implícitamente el retorno al Régimen de Prima Media afecta el principio de sostenibilidad financiera de este régimen, ya que revisada la jurisprudencia constitucional se llega a la misma conclusión.

la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 expuso que:

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

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

De tal manera que se puede colegir que efectivamente el retorno de la demandante al régimen de prima media *ad portas* de adquirir el derecho a la pensión porque nació el 25 de diciembre de 1960 contribuye a la descapitalización de dicho régimen, máxime si se tiene en cuenta que la inconformidad de la demandante con el régimen en el que actualmente se encuentra vinculada es el posible monto de la mesada pensional que le podría corresponder al momento de hacer efectivo el derecho pensional.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que dicho retorno al régimen de prima media vulnera el principio de solidaridad propio de ese régimen en la medida que ya la Corte Constitucional en diversas sentencias ha reiterado que *“... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho*



*pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables” (Sentencia C-401/16). Es por ello, que esas diferencias hacen que el traslado entre regímenes tenga un plazo de permanencia para garantizar la sostenibilidad financiera de cada régimen.*

*En 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<sup>30</sup>, y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación<sup>31</sup>, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.*

*Esos argumentos jurisprudenciales permite llegar a la conclusión que por ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación disímil, el principio de solidaridad en cada uno es diferente porque quienes en el régimen de prima media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.*

Esa financiación que genera la solidaridad intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores causados durante la permanencia en el régimen de ahorro individual, al punto que la Ley solo permite el retorno al régimen de prima media en cualquier momento a las personas que hubieren cotizado 15 años o más al sistema antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, periodo en el cual contribuyeron a la mencionada solidaridad.

Por último, sumado a todo lo anterior, al revisar los hechos de la demanda y el interrogatorio, se concluye que la verdadera inconformidad de la demandante se circunscribe al valor que obtendría respecto de su primera mesada pensional; situación que no se deriva de una indebida asesoría o de un vicio en el consentimiento.

Respecto de la mesada pensional, es dable señalar que en cualquiera de los regímenes el monto de la pensión se define al momento de exigir la pensión una vez cumplido los requisitos y no al momento de la afiliación, en la medida en que dicho monto depende de varios factores; en el régimen de prima media del cumplimiento de requisitos, tiempo de cotizaciones y salarios base de cotizaciones y en el régimen de ahorro individual de los aportes a la cuenta individual, bonos pensionales, aportes voluntarios, rendimientos, edad que se escoja de retiro, etc.; por lo que cualquier proyección que se realice al momento de la afiliación es solo una información futura que puede ser afectada por varias variables.

Dicha afectación del monto de la pensión por circunstancias ajenas al momento de la manifestación de la voluntad del traslado se hace presente, entre otras razones, por la obligación de permanencia en los regímenes en periodos previos a adquirir el derecho a la pensión, obligación que fue declarada executable por la Corte Constitucional en sentencia C-1024 de 2004; pero que no tienen incidencia en la validez de la voluntad del traslado del sistema general de pensiones, máxime cuando la misma ley les dio un plazo de gracia a los afiliados para modificar el régimen y este caso no fue agotado por la demandante, dentro del periodo correspondiente.

En relación con las sentencias de tutela, entre ellas, SLT3201-2020 (58740), STL3186-2020 (57200), STL3200-2020 (57802), STL 3202-2020 (57444), entre otras, la última citada en las alegaciones por el demandante, la mayoría de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia declaró la nulidad de sentencias emitidas en el tribunal mediante las cuales no se concedió la nulidad o ineficacia del acto de traslado del RPM al RAIS, es de anotar que en las mismas se declaró la nulidad porque se hizo referencia i) al régimen de transición, aspecto que en este proceso no se tiene en cuenta y ii) al formulario de afiliación, aspecto que en este proceso se tiene en cuenta como prueba del consentimiento respecto del cual no se prueban vicios y se constituye en un indicio sobre la reunión entre la demandante y el asesor y que se corrobora con la exposición en el interrogatorio de parte

en la que la demandante aceptó recibió la asesoría con la cual valoró su traslado al fondo de pensiones.

En ese orden de ideas, se colige que en el presente caso no se dan los supuestos legales ni jurisprudenciales para declarar la nulidad pretendida del acto de traslado al RAIS, por lo que hay lugar a **confirmar** la sentencia de primera instancia.

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

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: RECONOCER** personería para actuar a la dra. LEÍDY CAROLINA FUENTES SUAREZ, identificada con la C.C. 56.701.747 y T.P. 123.148 como apoderada de la entidad COLPENSIONES en los términos en que le fue conferido el poder.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 16 de diciembre de 2019 por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

**TERCERO:** Sin costas en la presente instancia.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

(original firmado)  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

(original firmado)  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado  
(salvamento de voto)

(original firmado)  
**DAVID A. J. CORREA STEER**  
Magistrado



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

## **PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** CESAR ARDILA ARIZA

**DEMANDADO:** COLPENSIONES

**RADICACIÓN:** 11001 31 05 036 2019 00089 01

**MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

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

### **AUTO**

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados dres. ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, a decidir el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora contra la providencia proferida el 26 de febrero de 2020 por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

### **ANTECEDENTES**

La parte actora promovió demanda ordinaria laboral pretendiendo se condene a la demandada al reconocimiento y pago del incremento del 14% establecido en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, junto con el retroactivo, y las costas y agencias del derecho. (fls.6).

La parte demandada se opuso a las pretensiones porque los incrementos pensionales desaparecieron del ordenamiento jurídico colombiano con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Presentó las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, inaplicabilidad del decreto 758 de 1990, buena fe, prescripción de los incrementos e innominada o genérica.

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Despacho de primera instancia, mediante auto del 20 de febrero de 2020, concedió a la parte demandante el término de 3 días para que presentara prueba que justificara la insistencia de los testigos a la diligencia. (CD.fl.32 minutos 08:00 a 08:56).

El A-quo constituido en audiencia el 26 de febrero de 2020, resolvió no recibir la prueba testimonial al considerar que con los documentos de folios 34 a 35, no se justificó la inasistencia de los deponentes.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Respecto de dicha decisión, el apoderado de la parte demandante presentó recurso al considerar en síntesis que el documento presentado por los testigos es suficiente prueba para justificar la inasistencia, aunado a que la prueba decretada se debe practicar porque es necesaria y conducente para probar los hechos que sustentan las pretensiones de la demanda. (CD.fl.38 minutos 03:55 a 7:40).

### **ALEGACIONES**

**PARTE DEMANDANTE:** No presentó alegaciones.

**PARTE DEMANDADA:** Dentro de la oportunidad procesal, la apoderada de la parte demandada solicita se confirme el auto proferido el 26 de febrero de 2020 porque para la fecha en que se ordenó la práctica de la prueba el apoderado y el demandante se presentaron sin los testigos y pese a la oportunidad concedida por el juez para la presentación de la excusa que justificara tal inasistencia los documentos presentados son insuficientes y precarios para probar la existencia de una causal importante o impedimento de fuerza mayor para asistir a la diligencia.

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a ordenar la práctica de la prueba testimonial.

### **CONSIDERACIONES**

En primer lugar, vale la pena resaltar que el auto que niega la práctica de una prueba está expresamente enlistado como susceptible de apelación, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 65 del Código Procesal del Trabajo, y con base en tal preceptiva procesal se entrará al estudio de la alzada.

Para resolver la controversia, debe tenerse en cuenta la importancia y finalidad de la prueba testimonial para la parte que la solicita se encuentra encaminada a la demostración de la teoría del caso planteado en la demanda o en su contestación y; para el juzgador es la de adquirir la información suficiente para generar el convencimiento sobre la verdad del caso que debe ser resuelto.

En efecto, el testigo es aquella persona que supuestamente cuenta con un conocimiento directo de uno o varios hechos relevantes dentro del proceso que es analizado, y se constituye en uno de los medios de verificación de las afirmaciones que hacen las partes.

El apoderado de la demandante recurre el auto que negó la práctica de la prueba, por considerar que con los documentos obrantes a folios 34 a 35 se justifica la inasistencia de los testigos.

En ese orden de ideas, y descendiendo al caso de autos, la Sala observa que la actuación de la juez de conocimiento se halla ajustada a las normas legales por lo siguiente:

El artículo 217 del Código General del Proceso, aplicable por analogía a los asuntos laborales dispone:

*(...) La parte que haya solicitado el testimonio deberá procurar la comparecencia del testigo.*

*Cuando la declaración de los testigos se decrete de oficio o la parte que solicitó la prueba lo requiera, el secretario los citará por cualquier medio de comunicación expedito e idóneo, dejando constancia de ello en el expediente.*  
*(...)*

A su turno, el artículo 218 ibídem prevé:

*(...) Efectos de la inasistencia del testigo: En caso de que el testigo desatienda la citación se procederá así:*

*1. Sin perjuicio de las facultades oficiosas del juez, se prescindirá del testimonio de quien no comparezca.*

*2. Si el interesado lo solicita y el testigo se encuentra en el municipio, el juez podrá ordenar a la policía la conducción del testigo a la audiencia si fuere factible. Esta conducción también podrá adoptarse oficiosamente por el juez cuando lo considere conveniente.*

*3. Si no pudiere convocarse al testigo para la misma audiencia, y se considere fundamental su declaración, el juez suspenderá la audiencia y ordenará su citación.*

*Al testigo que no comparezca a la audiencia y no presente causa justificativa de su inasistencia dentro de los tres (3) días siguientes, se le impondrá multa de dos (2) a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv).  
(...)*

De tal manera que al aplicar el marco normativo mencionado se colige que le corresponde a la parte que solicitó el testimonio, lograr la comparecencia del testigo a la audiencia.

Ahora, si el testigo no comparece ni puede lograrse su conducción, el juez prescindirá de su declaración, salvo que considere fundamental dicha prueba para esclarecer los hechos objeto de debate, y además impondrá la correspondiente multa en caso de que no se justifique su inasistencia dentro de los tres días siguientes.

En el presente caso, si bien la juez concedió a los testigos el término de 3 días, no para los efectos previstos en el inciso 2 del numeral 3 del artículo 218 del Código General del Proceso, esto es, evitar la imposición de la multa, sino para que justificaran su inasistencia, con miras a recaudar la prueba, es de anotar, que la Sala coincide con la decisión adoptada por el A-Quo, en punto a que las documentales que obran a folios 34 a 35, no logran su cometido, como quiera que son documentos expedidos por los mismos testigos, los cuales no cuentan con el valor demostrativo suficiente para acreditar el hecho a que se refiere, nótese que se limitan a señalar que la no comparecencia a la diligencia obedeció a asuntos “netamente laborales”, sin que se allegue soporte alguno de esa situación, como bien pudo ser, una certificación laboral, para el caso de quien se afirma labora para el hijo del demandante, o la elaboración de un documento privado suscrito por dos testigos, en el caso de quien es trabajador independiente.

En ese orden de ideas, se considera que la evaluación de los elementos de prueba realizada por la sentenciadora de instancia, en ejercicio de la autonomía, se ajusta a los criterios de razonabilidad porque al revisarse los mismos se llega a la misma conclusión de que los testigos no justificaron la inasistencia a la diligencia para la cual habían sido convocados, y por ellos, se **confirmará** la decisión de primera instancia.

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

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el auto proferido el 26 de febrero de 2020, por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá por las razones expuestas.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

(original firmado)  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

(original firmado)  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

(original firmado)  
**DAVID A. J. CORREA STEER**  
Magistrado





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

## PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: SOFIA ELEINE HERNANDEZ REYES en representación de MILLER ELIECER PADILLA HERNANDEZ, TALIANA MILETH PADILLA HERNANDEZ Y JERONIMO PADILLA HERNANDEZ

DEMANDADO: UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES UGPP

RADICADO: 11001 31 05 038 2018 00557 01

## **MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

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

### **SENTENCIA**

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, y concordantes, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandada de la sentencia proferida el 28 de mayo de 2020, por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá.

### **ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende que se declare que los menores MILLER ELIECER PADILLA HERNANDEZ, TALIANA MILETH PADILLA HERNANDEZ y JERONIMO PADILLA HERNANDEZ tienen derecho a la pensión de sobrevivientes, por ser hijos del pensionado ADOLFO PADILLA RODRIGUEZ y en consecuencia se condene a la UGPP a reconocer la pensión de sobrevivientes a partir del 17 de octubre de 2017, fecha de fallecimiento del pensionado, lo ultra y extra petita.

Sustenta las pretensiones en que estableció una relación sentimental con el pensionado desde el año 2002, y se mantuvo vigente hasta el 17 de octubre de 2017, fecha del fallecimiento. De dicha relación nació los hijos por los que reclamó la prestación ante la demandada, la que fue resuelta mediante Resolución 6972 del 22 de febrero de 2018 así: el 50% del total de la pensión

quedaba distribuida en 4 hijos, tres de los cuales son MILLER ELIECER PADILLA HERNANDEZ, TALIANA MILETH PADILLA HERNANDEZ y JERONIMO PADILLA HERNANDEZ, y el 50% restante quedaba en suspenso hasta que la justicia ordinaria decidiera.

La entidad solicitó su consentimiento para revocar la resolución antes mencionada en lo que respecta al menor JERONIMO con el argumento de que no era hijo del pensionado, y no incluyó en nómina a los hijos del pensionado, por lo cual fue menester presentar una acción de tutela en la que se ordenó a la accionada de manera provisional incluir en nómina a los menores.

La entidad demandada se opuso a todas las pretensiones con el argumento de que los actos administrativos emanados por la entidad fueron expedidos con total observancia del régimen prestacional aplicable a la demandante y, por lo tanto, se debe conservar incólume la presunción de legalidad. Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación demandada y cobro de no lo no debido, prescripción, sobre la indexación, no pago de los intereses moratorios, imposibilidad de condena en costas y la genérica. (fls. 63 a 69).

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 28 de mayo de 2020, declaró *que a MILLER ELIECER PADILLA HERNÁNDEZ, TALIANA MILETH PADILLA HERNÁNDEZ y JERÓNIMO PADILLA HERNÁNDEZ, en su calidad de hijos menores de edad del causante ADOLFO PADILLA RODRÍGUEZ, les asiste el derecho a que la UGPP, les reconozca y pague la pensión de sobrevivientes deprecada, a partir del 17 de octubre de 2017 y durante el tiempo en que se cumplan los presupuestos legales para que le sea mantenido este beneficio, así: Miller Eliecer Padilla Hernández: en un 12.5%, hasta el 21 de septiembre de 2021, día anterior al cumplimiento de la mayoría de edad y hasta el 21 de septiembre de 2028, día anterior al cumplimiento de los 25 años de edad, siempre que acredite debidamente su condición de estudiante. Taliana Mileth Padilla Hernández: en un 12.5%, hasta el 26 de octubre de 2026, día anterior al cumplimiento de la mayoría de edad y hasta el 26 de octubre de 2033, día anterior al cumplimiento de los 25 años de edad, siempre que acredite debidamente su condición de estudiante. Jerónimo Padilla Hernández: en un 12.5%, hasta el 5 de septiembre de 2032, día anterior al cumplimiento de la mayoría de edad y hasta el 5 de septiembre de 2039, día anterior al cumplimiento de los 25 años de edad, siempre que acredite debidamente su condición de estudiante. Lo anterior, sin perjuicio, de lo que en materia de acrecimiento de cuotas proceda, en el evento de la pérdida de la condición de beneficiarios por parte de los referidos demandantes y de cualquiera de los beneficiarios.*

*También, ordenó a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, que si aún no lo ha hecho, les RECONOZCA y PAGUE a los menores MILLER ELIECER PADILLA HERNÁNDEZ, TALIANA MILETH PADILLA HERNÁNDEZ Y JERÓNIMO PADILLA HERNÁNDEZ, en calidad de hijos supérstites del causante ADOLFO PADILLA RODRÍGUEZ, en la proporción que les corresponde, las respectivas proporciones de mesadas pensionales, causadas desde el 17 de octubre de 2017, junto con los reajustes legales anuales y las mesadas adicionales que procedan. Autorizándose a la UGPP, para que del retroactivo de mesadas pensionales, que proceda, descuenta, en la proporción que en derecho corresponde, los aportes con destino al sistema de seguridad social*

### **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

Respecto de la decisión proferida por el juez no se presentó recurso alguno, por lo tanto, se ordenó surtir el grado jurisdiccional de consulta el cual asume la sala en virtud del artículo 69 del CPTYSS modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

### **ALEGACIONES**

#### **PARTE DEMANDANTE:**

No presentó alegaciones

#### **PARTE DEMANDADA:**

Manifiesta en el escrito de alegaciones que se opone a que se accedan a las pretensiones de los demandantes por carecer de fundamentos fácticos como legales, porque los actos administrativos se expidieron con total observancia del régimen prestacional aplicable.

Que existe una carencia de objeto por hecho superado dentro del proceso porque lo ordenado ya fue cumplido de buena fe por parte del UGPP

### **CONSIDERACIONES**

#### **PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si los menores tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes.

#### **Elementos de prueba relevantes:**

- A folio 11, registro de defunción del señor ADOLFO PADILLA RODRIGUEZ, quien falleció el 17 de octubre de 2017.
- A folio 12 y 16, registro civil de nacimiento de JERONIMO PADILLA HERNANDEZ, quien nació el 6 de septiembre de 2014, cuenta con la siguiente nota marginal: 4 de mayo de 2017- serial reemplaza a 0056923645 – 31 de marzo de 2017, reconocimiento materno y paterno, libro varios se anexa solicitud escrita copia de la cedula de ciudadanía del padre y madre copia del serial No 56923645.
- A folio 13, registro civil de nacimiento de TALIANA MILETH PADILLA HERNANDEZ, quien nació el 27 de octubre de 2008, cuenta con la siguiente nota marginal: este serial sustituye al 41926402 por reconocimiento voluntario del padre según acta del 23 noviembre de 2009 del Juzgado 2 de Familia de Santa Marta. Enmendado “Acta” si vale.
- A folio 14, registro civil de nacimiento de MILLER ELIECER PADILLA HERNANDEZ, quien nació el 22 de septiembre de 2003.
- A folio 21 a 28, resolución RDP 006972 del 22 de febrero de 2018, por medio de la cual la UGPP reconoce una pensión de sobrevivientes a los menores hijos del causante, y se dejó en suspenso el 50% restante por existir controversia entre compañera y cónyuge.
- A folio 31 a 33, resolución RDP 019297 del 28 de mayo de 2018 a través de la cual se resuelve un recurso de apelación y se confirma la decisión de dejar en suspenso el 50% correspondiente a la cónyuge y compañera permanente.
- A folio 34 a 55, fallo de tutela proferido por el Juzgado 1 Laboral del Circuito de Cartagena, confirmado por el Tribunal Superior de Cartagena por medio del cual se tutela los derechos fundamentales de los menores y se concede la acción como mecanismo transitorio, decisión que fue confirmada por el Ad-quem.
- Expediente administrativo.

### **Marco Normativo y Jurisprudencial**

Ley 100 de 1993, artículos 46 y 47, modificada por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003

Sentencia CSJ SL1724-2018- Radicación n.º 55446 de 2018 que reitera CSJ SL, 27 de febrero de 2013, radicación 45264, reiterada a su vez en la decisión CSJ SL10641-2014.

T-281/18 Corte constitucional sobre el concepto de “familia de crianza”

### **Caso Concreto**

Respecto de la decisión condenatoria de primera instancia se surte el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con el artículo 69 del CPTYSS modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, de tal manera que

para resolver el problema jurídico planteado se tiene en cuenta la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que ha señalado reiteradamente que en materia de pensión de sobrevivientes la norma aplicable es la vigente al momento de producirse el deceso del afiliado, ejemplo de ello son las sentencias SL 2203 de 2016, radicación 61944 y SL6397-2016- radicación 42679.

En el presente caso se constata con las pruebas que el pensionado falleció el 17 de octubre de 2017, fecha para la cual se encontraba vigente la Ley 100 de 1993, modificada por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003.

Bajo ese panorama, tenemos que, con arreglo a lo ordenado en dicho marco normativo, tienen derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca y son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapaces para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte; y los hijos inválidos si dependían económicamente del causante mientras subsistan las condiciones de invalidez.

Adicionalmente, el párrafo dispone que *“Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil”*

Aplicado ese marco normativo y jurisprudencial y contrastado con los elementos de prueba que obran en el expediente no se encuentra en discusión que:

- i) El señor ADOLFO PADILLA RODRIGUEZ gozaba de una pensión por invalidez reconocida a través de la Resolución 144661 del 9 de febrero de 1993 a partir del 1º. de marzo de 1993, prestación otorgada por la Empresa Puertos de Colombia. ( lo cual se acredita en el expediente administrativo (fl 907) y en la resolución RDP 006972 del 22 de febrero de 2018).
- ii) Mediante resolución RDP 006972 del 22 de febrero de 2018, la UGPP reconoció una pensión de sobrevivientes a los menores hijos del causante, y dejó en suspenso el 50% restante por existir controversia entre compañera y cónyuge.
- iii) los vínculos de consanguinidad de los menores ALIANA MILETH PADILLA HERNANDEZ y MILLER ELIECER PADILLA HERNANDEZ, respecto del causante ADOLFO PADILLA RODRIGUEZ, tal y como se constata en el registro civil de nacimiento de cada uno de ellos.
- iv) El informe de seguridad No. 18439 de 2018 del 20 de marzo de 2018, arrojó como conclusión que los hechos aducidos por la

reclamante HERNANDEZ REYES SOFIA ELEINE no correspondían a la realidad. Ello, en razón a que la demandante reconoció que el menor JERONIMO PADILLA HERNANDEZ no tenía vinculo de consanguinidad con el señor ADOLFO PADILLA RODRIGUEZ q.e.p.d.

- v) El pensionado decidió registrar a dicho menor como su hijo, el 4 de mayo de 2017, tal y como se observa en el registro civil de nacimiento, del cual la convocada a juicio comprobó su autenticidad. Allí se registra que los padres del menor son ADOLFO PADILLA RODRIGUEZ y SOFIA ELEINE HERNANDEZ REYES.

De los supuestos antes acreditados no surge reparo alguno en cuanto al derecho que les asiste a ALIANA MILETH PADILLA HERNANDEZ y MILLER ELIECER PADILLA HERNANDEZ para acceder a la pensión de sobreviviente, en la medida que, estudiados los registros civiles de los menores, que por demás no fueron objeto de reproche por la encartada, se establece que ambos son hijos biológicos de ADOLFO PADILLA RODRIGUEZ y SOFIA ELEINE HERNANDEZ REYES, que la niña nació el 27 de octubre de 2008 y el niño nació el 22 de septiembre de 2003, de suerte que, para la data en la que falleció su padre, 17 de octubre de 2017, eran menores de edad, lo que de suyo les otorga el derecho a la pensión solicitada, sin que sea menester acreditar dependencia económica (sentencias SL1724-2018- Radicación n.º 55446 de 2018 que reitera CSJ SL, 27 de febrero de 2013, radicación 45264, reiterada a su vez en la decisión CSJ SL10641-2014)

Lo anterior, no es óbice para que la encartada verifique después de cumplidos los 18 años de edad si dichos beneficiarios cumplen las condiciones legales para que continúen disfrutando de dicha prestación, tal y como lo dejó sentado el juez unipersonal en la decisión que ahora se consulta.

Ahora bien, la discusión centrada sobre si el menor JERONIMO PADILLA HERNANDEZ tiene derecho a la pensión de sobreviviente al considerarse que no es hijo biológico del causante por lo informado por la madre en la investigación administrativa, pero que fue reconocido como hijo en el registro civil de nacimiento se debe tener en cuenta lo siguiente.

El párrafo del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 dispone que *“Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil”*, por lo que cuando un hijo pretenda la pensión de sobrevivientes deberá acreditar que tiene la condición de hijo a la luz de lo contemplado en el Código Civil, estatuto que no consagra en sus apartes a los “hijos de crianza”. Así lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia por ejemplo en las sentencias 28786 del 14 agosto 2007 y 33481 del 29 de julio de 2008.

En la última sentencia explicó la Corte (...) *En efecto, siendo que el Parágrafo del artículo en cita impone que para sus efectos, esto es, ser beneficiario de la dicha pensión de sobrevivientes, ‘se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil’; y que a su vez, ni en el Código Civil, ni en las disposiciones que complementan la materia relativa al derecho de personas y familia, entre otras, las de las Leyes 45 de 1936, 75 de 1968 y 29 de 1982, el Decreto 1260 de 1970 y el Código del Menor, está concebida la noción de ‘hijo de crianza’, sino las de hijos legítimos, legitimados, adoptivos y extramatrimoniales, no estando dentro de éstos quien por la mera convivencia se le dispensa afecto y trato familiar, se equivocó el juez de alzada al concluir que hacía parte de tales beneficiarios quien no estaba comprendido dentro de las precisas personas a las que se refieren las aludidas disposiciones. (...)*

Ahora sobre el particular, se debe indicar que aun cuando en este proceso se afirmó por la madre hoy reclamante en la investigación administrativa que el menor JERONIMO PADILLA HERNANDEZ no es hijo biológico del causante, lo que daría lugar a ubicar a dicho menor frente a la noción de “hijo de crianza”, es de anotar, que no puede pasarse por alto, de un lado, que el registro civil de nacimiento es la prueba idónea para demostrar el parentesco, y de otro, que en este asunto, no se acreditó que el causante o sus herederos impugnaran la paternidad, ni se incorporó otro medio de prueba que diera lugar a desvirtuar la calidad de hijo del menor frente al pensionado fallecido.

Aunado a lo anterior, es relevante señalar que la figura de “familia de crianza” ha venido siendo desarrollada por la Corte Constitucional en múltiples sentencias en donde se ha enseñado que son<sup>1</sup> *“aquellas que nacen por relaciones de afecto, respeto, solidaridad, comprensión y protección, pero no por lazos de consanguinidad o vínculos jurídicos. (...)”*. y que en tratándose de la pensión de sobrevivientes *“(...) puede llegar a proceder en favor de los hijos de crianza en condiciones de igualdad a los hijos de las otras formas y tipologías de familia, siempre y cuando se den las condiciones para tal sustitución, así como algunos presupuestos que permitan entrever la existencia de una familia de crianza. Estos últimos deben ser analizados en cada caso concreto por parte del juez o las instituciones administradoras de pensiones, sin acudir a ninguna clase de taxatividad, ya que lo que primará al final serán las particularidades de cada caso. Lo anterior, con el fin de no vulnerar los derechos a la igualdad de que puede llegar a tener una familia de crianza, así como los derechos al mínimo vital, dignidad y seguridad social de sus miembros, que quedan en una situación de desamparo ante la muerte de quien garantizaba, a partir de sus aportes económicos y emocionales, el adecuado desarrollo del hogar”*

---

<sup>1</sup> T-281/180

De lo antedicho, concluye la Sala que el menor JERONIMO PADILLA HERNANDEZ, también tiene derecho a la pensión de sobreviviente en razón a su inscripción en el registro civil como hijo del causante, su integración al núcleo familiar de la pareja PADILLA – HERNANDEZ y su minoría de edad, que da lugar a que no se le exija el requisito de dependencia económica.

Por las razones anteriores, se confirmará la sentencia de primera instancia.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia porque se surtió el grado jurisdiccional de consulta.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 28 de mayo de 2020 por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**(original firmado)**  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

**(original firmado)**  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

**(original firmado)**  
**DAVID A. J. CORREA STEER**  
Magistrado



## SALVAMENTO DE VOTO

**Demandante:** Claudia Liliana Rodríguez  
**Demandado:** Colpensiones y otros  
**Radicado:** 110013105 021 2019 00020 01

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

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

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

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

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

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

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

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

Finalmente, conviene precisar que el debate jurídico de la falta al deber de información no se puede desviar a partir de una **supuesta falta de solidaridad e inconveniencia financiera del sistema pensional**, como se argumenta en la decisión judicial la cual disiento, dado que en este caso, lo que se enrostra a algunas de las demandadas, **es una ausencia del presupuesto esencial para la materialización del acto de traslado**. Paralelamente, 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.

De todas maneras, cualquier discusión frente al déficit o sostenimiento financiero que pudiera generarle la decisión de ineficacia del traslado al régimen de prima media con prestación definida, se encontraría superada con el resarcimiento de los perjuicios que puede obtener Colpensiones a través de la

acción judicial correspondiente en contra de las administradoras de fondo de pensiones del sistema de ahorro individual que incurrieron en la falta al deber de información del afiliado, de conformidad con el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, el cual señala que: ***“Cualquier infracción, error u omisión -en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados- en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelante de sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones.”***

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 las respuestas que dio el demandante en el interrogatorio de parte, la suscripción del formulario de afiliación y tampoco por las cotizaciones efectuadas en el RAIS, por lo que resulta procedente declarar la ineficacia del traslado e imponer las consecuentes condenas.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

## SALVAMENTO DE VOTO

**Demandante:** Jaime Enrique Silva Herrán

**Demandado:** Colpensiones y otros

**Radicado:** 110013105 032 2018 00548 01

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

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

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

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

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

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

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

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


Finalmente, conviene precisar que el debate jurídico de la falta al deber de información no se puede desviar a partir de una **supuesta falta de solidaridad e inconveniencia financiera del sistema pensional**, como se argumenta en la decisión judicial la cual disiento, dado que en este caso, lo que se enrostra a algunas de las demandadas, **es una ausencia del presupuesto esencial para la materialización del acto de traslado**. Paralelamente, 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.

De todas maneras, cualquier discusión frente al déficit o sostenimiento financiero que pudiera generarle la decisión de ineficacia del traslado al régimen de prima media con prestación definida, se encontraría superada con el resarcimiento de los perjuicios que puede obtener Colpensiones a través de la

acción judicial correspondiente en contra de las administradoras de fondo de pensiones del sistema de ahorro individual que incurrieron en la falta al deber de información del afiliado, de conformidad con el artículo 10 del Decreto 720 de 1994 el cual señala que: ***“Cualquier infracción, error u omisión -en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados- en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelante de sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones.”***

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 las respuestas que dio el demandante en el interrogatorio de parte, la suscripción del formulario de afiliación y tampoco por las cotizaciones efectuadas en el RAIS, por lo que resulta procedente declarar la ineficacia del traslado e imponer las consecuentes condenas.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado



## SALVAMENTO DE VOTO

**Demandante:** Germán Darío Marín Segura

**Demandado:** Colpensiones y otros

**Radicado:** 110013105 032 2017 00827 01

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

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

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

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

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

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

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

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

Finalmente, conviene precisar que el debate jurídico de la falta al deber de información no se puede desviar a partir de una **supuesta falta de solidaridad e inconveniencia financiera del sistema pensional**, como se argumenta en la decisión judicial la cual disiento, dado que en este caso, lo que se enrostra a algunas de las demandadas, **es una ausencia del presupuesto esencial para la materialización del acto de traslado**. Paralelamente, 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 las respuestas que

dio el demandante en el interrogatorio de parte, la suscripción del formulario de afiliación y tampoco por las cotizaciones efectuadas en el RAIS, por lo que resulta procedente declarar la ineficacia del traslado e imponer las consecuentes condenas.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.

  
**HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

## SALVAMENTO DE VOTO

**Demandante:** Amparo Moreno Puerto

**Demandado:** Colpensiones y otros

**Radicado:** 110013105 035 2018 00088 01

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

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

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

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

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

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

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

Finalmente, conviene precisar que el debate jurídico de la falta al deber de información no se puede desviar a partir de una **supuesta falta de solidaridad e inconveniencia financiera del sistema pensional**, como se argumenta en la decisión judicial la cual disiento, dado que en este caso, lo que se enrostra a algunas de las demandadas, **es una ausencia del presupuesto esencial para la materialización del acto de traslado**. Paralelamente, 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 las respuestas que

dio el demandante en el interrogatorio de parte, la suscripción del formulario de afiliación y tampoco por las cotizaciones efectuadas en el RAIS, por lo que resulta procedente declarar la ineficacia del traslado e imponer las consecuentes condenas.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.

  
**HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado