

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

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** LUZ HERMINDA GÓMEZ SIERRA

**DEMANDADO:** PRODUCTOS RAMO S.A.S.

**RADICADO:** 11001 31 05 007 2018 00231 01

**MAGISTRADA PONENTE:** ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre 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, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte **DEMANDANTE** contra la sentencia proferida el 29 de julio de 2020 por el Juzgado Séptimo (7°.) Laboral del Circuito de Bogotá.

**ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende que se declare que **i)** entre las partes existió un contrato laboral a término indefinido con una vigencia desde el 5 de mayo de 1995 hasta el día en que se haga efectivo el reintegro laboral; **ii)** que la demandada y el representante legal Fernando Vega Castellano son solidariamente responsables del pago a los derechos laborales e indemnizaciones adeudadas a favor de la demandante; **iii)** la nulidad del contrato de transacción y terminación del contrato de trabajo entre las partes; como consecuencia, se condene a la demandada **i)** al reintegro laboral sin desmejoramiento de las condiciones laborales en un puesto igual o acorde al estado de salud; **ii)** al pago indexado desde el momento de la desvinculación laboral hasta el momento de su reintegro laboral, **iii)**

al reconocimiento y pago de los demás derechos que resulten probados en el curso del proceso, de conformidad con las facultades ultra y extra petita.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: el 5 de mayo de 1995, entre las partes se suscribió un contrato de trabajo a término indefinido, el último cargo desempeñado fue de ayudante de empaque en las instalaciones de la entidad; las actividades se desarrollaban en la empresa Productos Ramo S.A. ubicada en el kilómetro 20 vía Mosquera; además de las labores encomendadas la demandante debía realizar oficios varios de acuerdo a lo requerido; la labor encomendada fue ejecutada de manera personal, atendiendo las instrucciones del empleador; el último salario devengado para el año 2015 fue de \$899.000; por la naturaleza de las funciones realizadas, la demandante comenzó a presentar síndrome del manguito rotador, tendinitis del supraespinoso sin signos de ruptura tenosinovitis bivipital leve, síndrome Quervain bilateral, por lo cual fueron emitidas múltiples recomendaciones médicas laborales, para que la empresa demandada protegiera su salud; estas dolencias, fueron afectando a la demandante en su ámbito laboral, ya que los dolores eran constantes, pero debía cumplir con sus deberes como trabajadora, de manera responsable a pesar de su desmejoramiento físico paulatino.

Para el 31 de marzo de 2015, la demandada requirió a la actora en las instalaciones de Mosquera para hacerle firmar un contrato de transacción y terminación del contrato de trabajo por “mutuo acuerdo”; se presionó a la demandante a firmar la transacción alegando que si no firmaba de todos modos la despedirían pero saldría sin ningún arreglo económico, razón por la cual en medio de su confusión y angustia firmó el documento; la demandada indujo en error a la demandante al hacerla firmar el contrato de transacción, sin respetar las recomendaciones médicas expuestas y mucho menos sin permiso o pronunciamiento del Ministerio de Trabajo, como requisito de procedibilidad para hacer efectiva la transacción; dentro del contrato se hizo una propuesta económica por valor de \$25.000.000, donde la demandante renunciaba a sus derechos ciertos e indiscutibles, la demandante interpuso acción de tutela el 10 de agosto de 2015, la cual fue resuelta por el Juzgado Penal Municipal de Mosquera negativamente por no ser la tutela el medio idóneo; después de la fecha de terminación del contrato, debido a sus múltiples enfermedades, ninguna empresa le ha dado trabajo. (Fls. 46 a 53)

Frente a esas pretensiones, **PRODUCTOS RAMO S.A.** se opuso parcialmente argumentando que el contrato de trabajo que existió entre

las partes finalizó el 31 de marzo de 2015, fecha en la cual las partes de forma libre, voluntaria y sin que existiera vicio alguno de consentimiento, a través de un contrato de transacción, dieron por terminado por mutuo acuerdo el vínculo laboral que los unió desde el 5 de mayo de 1995, en aplicación de lo previsto en el literal b) del artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo, decisión que produjo plenos efectos jurídicos desde la suscripción del contrato de transacción e hizo tránsito a cosa juzgada, haciendo a todas luces improcedente el reintegro pretendido; aunado a lo anterior, al momento de la culminación del vínculo laboral no gozaba de ninguna protección especial por estabilidad laboral reforzada, ya que no logra alcanzar los parámetros fijados por la normatividad vigente y los cuales han sido reiterados por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, por ende, no es procedente la indemnización, ni el reintegro solicitado. Presentó como excepción previa la de cosa juzgada, y de fondo, las de cosa juzgada, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, compensación y validez del contrato de transacción. (Fls. 82-112)

#### **OTRAS ACTUACIONES**

Mediante auto del 5 de julio de 2019, el despacho requiere a la parte demandante para que en el término de cinco días, acredite el pago del 50% restante de los honorarios a la Junta Regional, como quiera que los gastos se ordenaron a prorrata (Fl. 173); se reitera el requerimiento mediante providencia del 16 de julio de 2019 (Fl. 174); mediante escrito del 18 de julio de 2019, la parte demandante solicita con base en los artículos 151 y 154 del Código General del Proceso exonerar a la demandante del pago de las expensas ordenadas por el juzgado; por lo cual el 26 de julio de 2019 se requiere a la parte actora para que presente la solicitud de acuerdo al artículo 152 del CGP (folio 178).

Mediante Oficio No. 01524, el despacho comunica a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca para que proceda a efectuar la calificación de pérdida de capacidad laboral de la demandante; en oficio No. 01525 el despacho comunica a Positiva ARL para que envíe toda la documental que tenga sobre el análisis de puesto de trabajo de la demandante; a la Clínica Retornar Ltda., para que informe si el documento de folio 9 es genuino y remita las copias respectivas del procedimiento efectuado a la actora para esa fecha en dicha clínica; a Salud Total EPS para que indique la autenticidad de los documentos e indique si en realidad se efectuaron los procedimientos en los folios 10 a 20.

El artículo 2469 del Código Civil define la transacción como un contrato en el que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. A su turno, el artículo 2470 ibídem establece quienes tienen capacidad para transigir, señalando para el efecto que solo puede transigir la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción y el artículo 15 del Código Sustantivo del Trabajo estipula que es válida la transacción en los asuntos del trabajo, salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles.

La jurisprudencia de antaño ha indicado que *“la transacción resulta válida cuando: i) exista un litigio pendiente o eventual (art. 2469 C. Civil), ii) no se trate de derechos ciertos e indiscutibles (art. 15 C.S.T.), iii) la manifestación expresa de la voluntad de los contratantes esté exenta de vicios, y si se pacta mediante representante judicial, este debe estar facultado para transigir el litigio pendiente o eventual y, iv) que hayan concesiones mutuas o recíprocas”*.<sup>1</sup>

Con ese marco normativo, se constata a folios 116 a 118 la copia del contrato de transacción suscrito por las partes el 31 de marzo de 2015, en el que acordaron terminar el contrato de trabajo por mutuo acuerdo de conformidad con lo establecido en el literal b) del artículo 61 del CST, a partir del 31 de marzo de 2015, como consecuencia de ello, la demandada canceló a la actora la suma de \$25.000.000 a título de suma única para transigir y compensar cualquier eventual litigio.

La jurisprudencia ha reiterado que la transacción en materia laboral representa un acuerdo entre empleador y trabajador, donde no media la intervención o aval de la autoridad la correspondiente, y que para que surta efectos legales *“solo basta que la manifestación de voluntad se haga en forma consiente y libre de apremio, y no vulnere derechos ciertos e indiscutibles del trabajador”*.<sup>2</sup>

En sentencia con radicado 49792 del 5 julio de 2011 se enseñó que (...) *En efecto, la transacción, como mecanismo o forma de terminación anormal del proceso es sabido, consiste en un contrato, convención o acuerdo mediante el cual las partes extrajudicialmente ponen fin al litigio haciéndose concesiones mutuas y recíprocas. En tal caso, por fuerza del efecto de cosa juzgada que le acompaña, la transacción impide el resurgimiento de la controversia judicial que fue su objeto entre quienes la suscribieron, así*

<sup>1</sup> Sentencia con Radicación n.º 75199 del 2017, Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral.

<sup>2</sup> CSJ SL 4 jun. 2008, rad. 33086).

*como que las obligaciones que de allí surjan pueden demandarse ejecutivamente. Similar predicamento puede hacerse de la transacción extrajudicial que tiene por propósito precaver un litigio futuro. (...)*

Respecto de la validez de la transacción celebrada entre las partes, en razón a que la parte demandante en su recurso de alzada sostiene que existió vicios del consentimiento de la parte actora al firmar el contrato de transacción.

Los vicios del consentimiento señalados en el artículo 1508 del Código Civil son el error, fuerza o dolo.

En los hechos de la demanda no se determina el vicio del consentimiento y del recurso de apelación se indica la intimidación contractual basada en el temor a una situación inminente.

Una vez valoradas las pruebas a partir de los criterios señalados en los artículos 60 y 61 del CPTYSS no se logra determinar las maniobras que coartaron la voluntad de la demandante o que incidieran en la presunta intimidación señalada en el recurso.

Recuérdese que la demandante indicó en la exposición del interrogatorio de parte que la llevaron con engaños al club porque le habían dicho que era un comité y cuando llegó le entregaron el contrato para que firmara, que si no firmaba igual la iban a despedir y se quedaría sin dinero, que ella por estar enferma no tuvo otro remedio que firmar a pesar de que ese mismo día entregó una certificación de psicología.

La testigo María del Transito García Lagos, afirmó que el 31 de marzo del año 2015 los llevaron hasta el club serrezuela, en donde les informaron que la empresa se iba a acabar y que debían firmar el contrato, también indicó que a ella la llevaron al club fue el 1 de abril de la misma anualidad, que no estuvo presente cuando a la actora le realizaron la propuesta para firmar el contrato, que sabe que algunos compañeros no firmaron.

De otro lado, de la declaración del representante legal y los testimonios traídos al proceso por la pasiva, se advierte que el día en que se llevó a cabo la suscripción del contrato de transacción, la firma de éste fue voluntaria, lo cual se corrobora con el hecho de que otros trabajadores no se hubieren acogido al plan de retiro, y que la propuesta fue realizada por una empresa externa que los asesoró, esto es, no estaba en el punto de la

reunión alguna persona de la empresa que tuviera la capacidad de intimidar a los trabajadores que se acogieron a la iniciativa.

Ahora, en lo que tiene que ver con que la demandada no informó de manera previa la suscripción de estos contratos, se puede observar de las declaraciones que a los trabajadores les era permitido llamar a consultar con quien considerara pertinente su decisión, al igual que a todos no los reunieron el mismo día, es más la testigo de la parte actora claramente indicó que ella fue el 1 de abril, un día después de la demandante, por lo cual puede entenderse que dicha iniciativa de la empresa podía ser conocida de oídas por los demás empleados, pues como lo señaló la testigo eran compañeras de ruta.

Para la Sala esas situaciones no son indicativas de algún vicio del consentimiento, pues se debe precisar que el contrato de transacción es un contrato bilateral, donde las partes que participan en él tienen capacidad para contratar por sí mismas, luego, si la actora no estaba de acuerdo con el ofrecimiento realizado por la encartada bien pudo rehusarse a aceptar dicha oferta, como otros compañeros lo hicieron.

En ese orden de ideas, se considera que dicha transacción no puede considerarse como inválida, pues no se evidencia algún tipo de vicio en el consentimiento de la demandante y como lo indicó el mismo apelante le correspondía a él demostrar la coacción que se ejerció.

Además de lo anterior, no puede perderse de vista que lo se estaba transigiendo por las partes, era la terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, situación que no se erige como un derecho cierto ni indiscutible,<sup>3</sup> aunado a que es una facultad que está legalmente respaldada en el literal b) del artículo 61 del CST.

Sobre la terminación del contrato de trabajo por mutuo consentimiento, el Tribunal máximo de cierrén en pronunciamiento enseñó <sup>4</sup>: (...) *es evidente que los actores aceptaron el plan de retiro ofrecido por el empleador, con lo cual se configuró una terminación del nexó contractual laboral por mutuo acuerdo, ajeno a cualquier tipo de presión y como la ha dicho esta Corte la*

<sup>3</sup> La sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 49725 del 11 de abril de 2018, indicó que "Asimismo, en torno a las condiciones necesarias para que un derecho se tome cierto e indiscutible, la Corte ha establecido que los beneficios y garantías que pueden recibir dicho rótulo no son exclusivamente los contemplados en normas legales, sino que también pueden hacer parte de dicho conjunto los contemplados en convenciones, laudos o cualquier otro instrumento colectivo vinculante. (CSJ SL, 11 feb. 2003, rad. 19672). Del mismo modo, ha dicho la Sala que para que un derecho pierda la calidad de cierto e indiscutible, no basta con que el empleador lo cuestione en el curso de un proceso, de manera tal que cualquier beneficio o garantía pueda ser renunciante por el trabajador, so pretexto de que el empleador controvierta su nacimiento, por lo que, ha discernido, «...un derecho será cierto, real, innegable, cuando no haya duda sobre la existencia de los hechos que le dan origen y exista certeza de que no hay ningún elemento que impida su configuración o su exigibilidad...»

<sup>4</sup> SL2503-2017, Radicación n.º 47060 del 15 de febrero de 2017

*decisión de poner fin a la relación laboral por «mutuo consentimiento», puede provenir bien del empleador o del trabajador. Es así que en sentencia CSJ SL, 3 may. 2005 rad. 23381, reiterada el 1 jun. 2006 rad. 25499, la Sala expresó:*

*(...) Así mismo, se tiene que en los ordenamientos legales que rigen en el país, para los trabajadores particulares y oficiales, se establece como modos de terminación de los contratos de trabajo el mutuo consentimiento, sin que en los mismos se consagre restricción alguna a esta facultad de las partes (artículo 61 del C. S. del T. y 47 del Decreto 2147 de 1945). Es evidente entonces que la decisión de poner fin a la relación laboral de mutuo consenso puede provenir bien sea del empleador o del trabajador, no importando la causa que la motive puesto que la única exigencia de esa potestad de las partes es la relativa a que su consentimiento no esté viciado por el error, fuerza o dolo.*

*Es un axioma que la propuesta que hace una de las partes a la otra de poner fin al contrato de trabajo obedece normalmente a una manera pacífica y normal de terminarlo por mutuo acuerdo, siendo de usual ocurrencia que medie un ofrecimiento económico del empleador cuando la iniciativa es suya, como tuvo lugar este caso. (...)*

En conclusión, si la señora LUZ HERMINDA acudió voluntariamente a firmar el acto transaccional, libre de todo error, fuerza o dolo, ninguna ineficacia puede predicarse de esa transacción, pues de los medios probatorios lo que surge con nitidez es que **i)** la terminación de contrato de trabajo fue por mutuo acuerdo, a través del contrato de transacción; **ii)** que la demandante, al momento de suscribir el mismo, manifestó su consentimiento puro y simple, sin expresar, en el acto mismo reparo alguno y **iii)** que por esa determinación le fue cancelada como bonificación la suma de \$25.000.000, oferta que no significaba imperativo alguno, pues conforme se reseñó por los testigos, hubo varios empleados que se rehusaron a aceptar dicho ofrecimiento.

En ese orden de ideas y como la decisión de primera instancia se encuentra ajustada a derecho, la Sala **confirmará** esa decisión.

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

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

**RESUELVE**

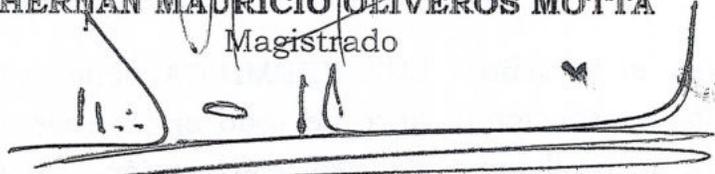
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 29 de junio de 2020 por el Juzgado Séptimo (7°.) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

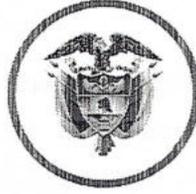
  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

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

TSB-SALA LABORAL

TSB-SALA LABORAL



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

## **PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** FABIO LEONARDO MORENO ADAME

**DEMANDADO:** CENTRO COMERCIAL MAZUREN - PROPIEDAD HORIZONTAL.

**RADICADO:** 11001 31 05 038 2018 00326 01

**MAGISTRADA PONENTE:** ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre 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, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, a decidir el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte **DEMANDANTE** contra la sentencia proferida el 23 de julio de 2020 por el Juzgado Treinta y ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá.

### **ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo escrito el cual terminó por causa imputable al empleador, y como consecuencia de lo anterior, condene a la demandada a reliquidar las prestaciones sociales sobre la base de \$6'099.000 incluido el incremento del salario que es del 7% según presupuesto presentado y aprobado en asamblea general del año acta 046 asamblea, que fue su salario antes del despido y no sobre la suma de \$4'928.619 como se liquidó; a las costas procesales y agencias en derecho.

Como pretensión subsidiaria, solicitó que se condene a la demandada a pagar la sanción moratoria completada en el artículo 65 del CST y de la SS, por no haberse cancelado a la terminación del contrato los salarios y prestaciones debidos al trabajador hasta el momento en que se haga efectivo el pago.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: El 22 de junio de 2015, entre las partes se suscribió contrato a término indefinido; el cargo para el cual fue contratado el demandante fue de administrador con un salario mensual de \$4'500.000 hasta el mes de diciembre de 2016; el 1 de marzo de 2017, en reunión ordinaria del consejo de Mazuren Centro Comercial PH el demandante es propuesto para cubrir el área de mercadeo que ya venía desempeñando desde el 1 de enero de 2017, el aumento del salario según acta 046 de 2016 fue de \$1'200.000; en el mes de marzo de 2017 le pagaron el retroactivo de dicho aumento correspondiente a los meses de enero, febrero y marzo según desprendibles de nómina y consignaciones bancarias; en acta 705 del 24 de marzo de 2017 la revisora fiscal Sandra González solicitó explicación del porqué el aumento de salario y se le entregó la respuesta a dicha solicitud; la labor encomendada fue ejecutada de manera personal, atendiendo las instrucciones del empleador y cumpliendo con el horario que era de manejo y confianza; realizó a cabalidad el trabajo encomendado, sin que se llegara a presentar queja alguna o llamado de atención. El 11 de mayo de 2017, en horas de la tarde la demandada, decidió dar por terminado de manera unilateral el contrato de trabajo sin justa causa; sin realizar la liquidación de las prestaciones de ley en debida forma; no se le tuvo en cuenta el incremento salarial del 2017 que era del 7%. (Fls. 1 a 7 y 230-231)

Frente a esas pretensiones, el **CENTRO COMERCIAL MAZUREN P.H.** se opuso parcialmente a éstas argumentando que el supuesto incremento del salario del administrador se dio en una reunión del consejo de administración que presentó las vicisitudes de extralimitación de las funciones, inexistencia de quorum por la inasistencia de un consejero que aparece presente en el acta del 1 de marzo de 2017, inasistencia de la señora revisora fiscal y la imposibilidad de modificar el presupuesto en el orden del día de "Proposiciones y varios"; por esto manifiestan que no es cierto que en dicha reunión se hubiere incrementado de manera real y/o válida el salario del demandante. Presentó como excepciones previas las de cobro de lo no debido y falta de integración del litis consorcio, y como excepciones de mérito las de prescripción y buena fe de la parte demandada. (Fls. 239-255)

#### **OTRAS ACTUACIONES**

Mediante escrito del 7 de septiembre de 2018, la parte actora contestó las excepciones previas propuestas por la parte demandada (fls. 314-316) y en audiencia del 7 de marzo de 2019 el apoderado desistió de ellas.

En audiencia del 20 de septiembre de 2019, el apoderado de la parte demandada solicitó retirar el sobre contentivo de las preguntas a realizar al demandante, y manifestó que a través de depósito judicial, la empresa demandada consignó título valor, el cual se pone en conocimiento de la parte actora, quien solicita suspensión del trámite procesal hasta el día 7 de octubre de 2019 con el fin de poner de presente el dinero consignado al demandante. (Fl. 335)

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 23 de julio de 2020, condenó a la demandada a pagarle al demandante la prima de servicios por valor de \$430.007, cesantías \$430.007, intereses a las cesantías \$170.978; declaró no probadas las excepciones propuestas; costas a cargo de la demandada incluyendo como agencias en derecho la suma de \$500.000 a favor del demandante.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

La parte demandante reprochó la sentencia de primera instancia al considerar que el juez de acuerdo a sus facultades ultra y extra petita debió condenar la indemnización moratoria.

### **ALEGACIONES**

Las partes no presentaron escrito de alegación

### **CONSIDERACIONES**

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si hay lugar a condenar al pago de la sanción moratoria contemplada en el artículo 65 del CST, de acuerdo a las facultades ultra y extra petita.

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

- A folios 8, 153, 208, liquidación de contrato de trabajo a término fijo.
- A folios 9-14, 304-306, Acta No. 704 del 1 de marzo de 2017.

- A folios 15-23, 279-80, Ejecución presupuestal año 2016 y proyecto 2017.
- A folios 24-49, Estados financieros 2016.
- A folios 50-53, Dictamen de Revisoría Fiscal sobre los estados de situación financiera a diciembre 31 de 2016.
- A folios 54-120, 172-175, Acta 045 del 19 de marzo de 2016.
- A folios 121-136, 176-191, Estados financieros 2015.
- A folios 137-148, 192- 203, Ejecución presupuestal al año 2015 y proyecto 2016.
- A folios 149, 204, certificación laboral del 9 de mayo de 2017.
- A folios 150, 205, comunicado de terminación de contrato, 12 de abril de 2017.
- A folios 151, 206, acta de inspección y entrega de oficina, 12 de abril de 2017.
- A folios 152, 207, solicitud retiro representación legal Centro Comercial Mazuren.
- A folios 154-159, 209-214, contrato a término indefinido de trabajo.
- A folios 160, 215, 286, reporte general de nómina.
- A folios 161-162, 216-217, 288, 290, 292, 294, 296, 298, 300-303, desprendibles de pago.
- A folios 163-166, 218-221, 287, 289, 291, 293, 295, 297, 299, extracto cuenta de ahorros.
- A folios 167-171, Presentación y aprobación de Estados Financieros al 31 de diciembre de 2015.
- A folios 259-263, Acta No. 706 del 8 de abril de 2017.
- A folios 264-272, Acta No. 708 del 4 de mayo de 2017.
- A folios 273-278, 317, funciones del consejo de administración.
- A folio 281, solicitud de revisora fiscal.
- A folios 282-284, comprobante de pago liquidación despido injustificado.
- A folio 285, extracto de cuenta corriente.
- A folios 307-308, Acta No. 705 del 24 de marzo de 2017.
- A folios 309-313, respuesta de la administración a solicitud de revisoría fiscal.
- A folios 330-332, depósito judicial del 21 de junio de 2019.
- Interrogatorio de parte y testimonios de los señores

#### **Marco Normativo y Jurisprudencial**

- Artículos 65 Código Sustantivo del Trabajo.
- Sentencias SL3790-2019 Radicación n.º 74815 del 17 de julio de 2019 que analiza los fallos extra y ultra petita y la prevalencia del derecho sustancial

sobre las formalidades.

- sentencia C-662 de 1998 que decidió sobre la exequibilidad del mencionado artículo 50, limitando esa posibilidad a los jueces de única o de primera instancia.
- Sentencia SL2010-2019, radicación 45045 del 05 de junio de 2019, sobre las facultades extra o ultra petita.

### **Caso Concreto**

En el presente asunto, no fue objeto de controversia la condena de reliquidación de prestaciones sociales en los términos indicados por el A-quo, el cuestionamiento se refiere a la no imposición de la condena por concepto de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, sustentado en que el A quo debió dar aplicación a las facultades ultra y extra petita, porque demostró la demora en el pago de las prestaciones sociales.

Respecto de dicho argumento, se debe tener en cuenta lo señalado por nuestro máximo órgano de cierre en lo que hace referencia a la congruencia de la sentencia ya que como se ha explicado las decisiones deben ser tomadas en consonancia con los hechos y las pretensiones expuestos en libelo demandatorio.

Al revisar el libelo genitor, se advierte que la pretensión de indemnización por falta de pago, tal y como se constata a folios 1 a 7 y 230-231, se solicitó como subsidiaria, sin que se hubiere reformado la demanda para tal efecto, aunado a que en la fijación del litigio se determinó como subsidiaria.

El A-quo en la parte considerativa de la sentencia se pronunció respecto de la pretensión, señalando que por haberse propuesto de manera subsidiaria no daba aplicación a las facultades ultra y extra petita, que ahora pretende el apelante sea estudiada dicha facultad por parte del Tribunal.

Adicionalmente, conviene precisar que el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo establece las facultades extra y ultra petita para ser aplicada por los jueces de única y primera instancia, y no para la segunda instancia que está a cargo del Tribunal.

En ese orden de ideas, el punto objeto de disenso no puede ser objeto de pronunciamiento en esta instancia procesal, máxime que al verificarse la demanda se encuentra que la pretensión fue solicitada de manera subsidiaria y por ello su concesión está subordinada a que no se concedan

las pretensiones principales, sin que con ello se vulnere principios tuitivos del derecho laboral porque la disposición de la demanda le corresponde a la parte actora y no al funcionario judicial.

Por lo anterior, hay lugar a **confirmar** 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.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

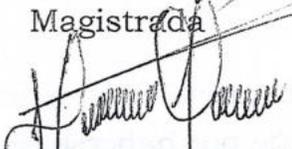
**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 23 de julio de 2020 por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

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

53972 100120 AM11:24

TSE-SALA LABORAL



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

TSB SECRET S. LABORAL  
*Old*  
41192 29SEP'20 AM 9:54

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., veintinueve (29) de septiembre 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, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a cumplir la orden de tutela proferida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia identificada con la radicación No. 60250 del diecinueve (19) de agosto de dos mil veinte (2020), teniendo en cuenta las consideraciones de dicho fallo.

### 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 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 del 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)**

Respecto de la devolución de los gastos de administración al considerar que no procede al tener en cuenta el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

**PROTECCIÓN (36:05)**

Frente a los gastos de administración, ya que le corresponde al demandante asumir dicho valor y ellos fueron recibidos de buena fe por la demandada teniendo en cuenta lo señalado en la ley y se aplicaron a los conceptos correspondientes.

**COLPENSIONES (38:57)**

Considera que se debe realizar una valoración a las pruebas sobre todo del interrogatorio de parte y que no hay lugar a la imposición de costas a COLPENSIONES porque la entidad no realizó ninguna actuación tendiente a afectar al demandante.

**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 traslado PENSIONAR, 24 de noviembre de 1995.
- A folios 6, 202, formulario de traslado AFP a 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.

### **Marco Normativo y Jurisprudencial**

- Ley 100 de 1993, artículos 13, 61, 112, 271.
- Código Civil, artículos 1502, 1508 y 1509
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia con radicación No 60250 del diecinueve (19) de agosto de dos mil veinte (2020).

### **Caso Concreto**

La sentencia radicación No 60250 del diecinueve (19) de agosto de dos mil veinte (2020), de la Corte Suprema de Justicia, señala en la parte resolutive lo siguiente:

*(...) PRIMERO: CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad, acceso a la administración de justicia, seguridad social y debido proceso de MARIO MUNAR ALFONSO.*

*SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTO la sentencia de 30 de junio de 2020, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que en el término de diez (10) días, contados a partir de la notificación de la presente providencia, profiera una nueva decisión teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de este proveído. (...)*

El mencionado fallo en las consideraciones hace alusión a los siguientes aspectos medulares:

i) La suscripción del formulario de vinculación no puede entenderse como un consentimiento informado; ii) la carga de prueba en tratándose de ineficacia de traslado, recae sobre las administradoras de pensiones; y iii) la procedencia de la ineficacia no depende de que se compruebe la intención de retornar al régimen público de pensiones dentro de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad pensional.

En esa dirección y sobre esos puntos, la Corte indicó:

[...] la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.

Sobre el particular esta Sala ha sentado un precedente consistente, en sedas providencias que datan de 2008 y, recientemente, entre otras, en sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

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

Esa visión de la inversión de la carga de la prueba, también tiene asidero en el artículo 1604 del Código Civil cuyo tenor enseña que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de donde sigue la conclusión incontrastable que corresponde al fondo de pensiones acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Y es que no puede ser de otra manera, en cuanto no es dable exigir a quien está en desventaja probatoria el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un desatino, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a

*observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).*

*Además, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. Radicación n.º 60250 SCLAJPT-11 V.00 12 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros*

Y en cuanto a tesis edificada en que no es ineludible que el afiliado pertenezca al régimen de transición, el alto Tribunal disertó:

*(...) Esa reflexión es equivocada, porque ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que para que proceda la ineficacia del traslado, es necesario que el afiliado, al momento del traslado, haya «reunido los requisitos para acceder a la pensión» en el régimen anterior al que estuviese afiliado. De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas recientemente CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1452-2019, CSJ SL 1688-2019, CSJ SL 1689-2029 y CSJ SL3463-2019, consiste en que, por tratarse de un derecho mínimo que consagra garantías en favor de los afiliados, las administradoras de fondos de pensiones deben suministrarles oportunamente, información clara, cierta y comprensible de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, «sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está o no próximo a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3463-2019). (...)*

Respecto al tema relacionado con los gastos de administración, es de anotar que, aun cuando el fallo proferido por la Corte Suprema de Justicia nada refirió al respecto, esta Sala no puede pasar por alto que este tema fue uno de los puntos objeto de recurso de apelación por los convocados a juicio, de manera que, con miras a resolver esa controversia, se debe igualmente dar

aplicación a la jurisprudencia trazada por el alto tribunal que ha sido reiterativa a la hora de señalar que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima. (SL2611-202 Radicación n.º 67972 del 1 de julio de 2020, donde rememora la sentencia SL17595-2017, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), por lo que se concluye que este aspecto no está llamado a prosperar.

Finalmente, sobre la condena de costas que son objeto de apelación por COLPENSIONES se encuentra que el artículo 365 del CGP al que se remite en virtud del artículo 145 del CPTYSS que son a cargo de la parte vencida en el proceso, no obstante, el mismo artículo indica que el juez puede abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial indicando los fundamentos de su decisión. En el presente caso indica la demandada COLPENSIONES que no hay lugar a costas a su cargo porque esta entidad no intervino en las vinculaciones del demandante a las entidades del Régimen de Ahorro Individual ni tampoco incurrió en alguna vulneración de las normas legales, encontrándose que le asiste razón ya que la decisión del juez afecta a esta entidad porque con ella se define la situación del actor en el Sistema de Seguridad Social en Pensiones que se debe ser única para todas las personas que hacen parte de dicho sistema.

En ese orden de ideas, se revoca la decisión sobre las costas impuestas a COLPENSIONES, en lo demás, atendiendo la orden de tutela se confirma 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 PARCIALMENTE** la sentencia proferida el 20 de enero de 2020 por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, en lo correspondiente a las costas que se impuso a la demandada

COLPENSIONES por las razones expuestas, y en consecuencia se absuelve a COLPENSIONES de las costas.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia.

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

**TERCERO: REMÍTASE** de manera inmediata copia de la presente sentencia a la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación laboral con la referencia de "Cumplimiento de la sentencia con radicación No 60250 del diecinueve (19) de agosto de dos mil veinte (2020) Acción de tutela instaurada por MARIO MUNAR ALFONSO contra Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá".

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

(Impedimento)

**HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrada

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



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

TSB SECRETARÍA LABORAL  
41193 29SEP 20 AM 9:55

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: SONIA DE JESUS FERNANDEZ DE RODRIGUEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES

RADICADO: 11001 31 05 022 2014 00253 01

**MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre 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, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes 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 demandada COLPENSIONES.

### ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por haber convivido con su cónyuge hasta el día de su fallecimiento, y, como consecuencia de ello, se condene a Colpensiones a pagar las mesadas junto con el retroactivo pensional, los intereses moratorios, las costas y agencias del proceso y lo ultra y extra petita (f°2)

Como sustento de las pretensiones en síntesis expuso que al señor Julio Cesar Rodríguez Pérez le fue reconocida una pensión de vejez mediante Resolución No. 9281 de 1998; que contrajo matrimonio con aquel el 4 de agosto de 1950, con quien convivió hasta el día de su fallecimiento el 27 de febrero de 1997; dependía económicamente de su cónyuge y era su beneficiaria en salud; de esa unión procrearon 4 hijos, que a la fecha son todos mayores de edad; solicitó el derecho pensional el 22 de septiembre de 1998, el otrora ISS negó la prestación mediante Resolución 003508 del 2 de

agosto de 1999, contra esa decisión interpuso los recursos de reposición y en subsidio el de apelación, el primero, se resolvió con la Resolución 05542 del 11 de noviembre de 1999 y, el segundo, con la Resolución 01737 del 25 de abril de 2000, donde se confirmó la negativa pensional; finalmente, expuso que los días 27 de mayo de 1999 y 22 de julio de 2010, solicitó nuevamente el reconocimiento pensional. (f° 1 a 2)

Mediante auto del 18 de enero de 2011, el juzgado de conocimiento tuvo por no contestada la demanda. (fl.50).

El juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Barranquilla en audiencia celebrada el 17 de marzo de 2011, declaró la falta de competencia y remitió las diligencias a los jueces laborales del circuito de Bogotá. (f° 52 - 53)

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Quince (15) Laboral de Descongestión del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 31 de enero de 2014, condenó a la demandada a reconocer la pensión a la demandante en calidad de cónyuge supérstite a partir del 27 de febrero de 1997, junto con los aumentos legales y mesadas adicionales de junio y diciembre, debidamente indexado al momento del pago. Absolvió de los intereses moratorios.

### **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

Dado que no se presentó recurso de apelación se surtirá el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada de conformidad con el artículo 69 del C.P.T Y S.S. modificado por la Ley 1149 de 2007.

### **CONSIDERACIONES**

#### **PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

#### **Elementos probatorios relevantes:**

- A folio 9 - 10, Resolución 03508 del 2 de agosto de 1999 por medio de la cual el otrora ISS niega la pensión de sobrevivientes a la demandante.
- A folios 11 - 12 y 13 - 15, obra la Resolución 05542 del 11 de noviembre de 1999 y la Resolución 1737 del 25 de abril de 2000, mediante las cuales se resuelven los recursos de reposición y apelación.

- A folio 17 - 20, registro civil de nacimiento de la demandante y sus hijos.
- A folio 21, registro civil de defunción del señor Julio Cesar Rodríguez Pérez que da cuenta que falleció el 27 de febrero de 1997.
- A folio 22, constancia donde se registra que la demandante figuraba como beneficiaria del afiliado 901763132.
- A folios 31 - 34, declaraciones extra juicio.
- A folios 127 a 129, testimonio de Benjamín Rodríguez Herrera.
- A folio 383, registro civil de la demandante que da cuenta que falleció el 18 de noviembre de 2015.
- A folio 414, expediente administrativo del causante.

### DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

#### Caso concreto:

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, 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, y como en el caso bajo examen el pensionado falleció el *27 de febrero de 1997*, las disposiciones aplicables son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 en su versión original.

En el presente caso, no es objeto de discusión que el señor Julio Cesar Rodríguez Pérez (q.e.p.d), se encontraba recibiendo una pensión por parte del otrora ISS desde el año 1978, tal y como se corrobora con la Resolución N° 9281 del 22 de septiembre de ese mismo año.

Decantado lo anterior, se tiene que el artículo 47 de la ley 100 de 1993 en su redacción original, determina quienes son los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, consagrando en su literal a) al cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite quienes deben acreditar los siguientes requisitos: **i).** La Convivencia con el pensionado al momento de la muerte y **ii).** Que haya convivencia por lo menos dos años continuos con anterioridad al fallecimiento, salvo que haya procreado uno o más hijos con el fallecido.

Para acreditar estos requisitos, la demandante trajo al proceso los siguientes medios de prueba:

El registro civil de matrimonio que reposa a folio 16 informa que la demandante contrajo nupcias con el causante el 4 de agosto de 1950, sin que se haya efectuado separación de cuerpos, ni liquidación de la sociedad conyugal o se haya efectuado la cesación de los efectos matrimoniales.

A folio 32-34, se leen las declaraciones extra juicio rendidas por la señora Cenobia María Pimienta Barros, Adalcimenes Alarcón Curvelo, Filomena Gutiérrez Vanegas y Benjamín Santander Rodríguez Herrera, quienes al unísono manifestaron que les consta la convivencia de la pareja hasta la fecha del fallecimiento del pensionado y que la demandante dependía económicamente del señor Rodríguez, en tanto que a los dos primeros les consta que la pareja se apoyó, ayudó y respetó permanentemente, instrumentales que cuentan con pleno valor probatorio en punto de acreditar el requisito analizado, máxime, cuando la convocada a juicio no solicitó su ratificación en el presente proceso.

Igualmente, se recibió el testimonio de Benjamín Santander Rodríguez Herrera quien en síntesis manifestó que conoció al causante en el año 1977, quien le presentó a su esposa la señora Sonia Fernández de Rodríguez y a sus hijos; cada vez que pasaba a Riohacha compartían unos tragos con el causante; el pensionado nunca le comentó de la existencia de otras mujeres, aunque sabe que aquel tenía otros hijos; cuando el señor Rodríguez falleció él se encontraba en Venezuela; la pareja convivió como 30 años aproximadamente y que Julio murió al lado de su esposa y de sus hijos; que la demandante dependía económicamente del pensionado y le consta esa convivencia porque siempre que iba a la casa del causante encontraba a la actora en ese lugar.

Aunque también se escuchó el testimonio de Filomena Gutiérrez Vanegas, pues así da cuenta la sentencia que milita a folio 233-241, es de anotar que al revisar el expediente no se encontró la mencionada declaración.

En el expediente administrativo que corre a folio 414 de las diligencias reposa el informe de la trabajadora social del otrora ISS quien al resumir su visita informó que la demandante comentó lo siguiente *“que se casó con el señor JULIO RODRIGUEZ, convivió con el (sic) por espacio de ocho (8) años aproximadamente, manifiesta que sus vecinos no pueden dar fe de su convivencia, porque ella es nueva en el barrio y donde vivían antes los vecinos fallecieron, comentó que el señor JULIO llegaba con su hijo SAMUELITO, a la casa donde ella vivía con su hija, después de un tiempo se retiró de la casa y visitaba donde su otro hijo a quien le dicen ULLI, donde varias veces se encontró con él, también manifestó que el señor JULIO no murió en poder de ella si no en poder de CARMEN, no se acuerda del apellido, en mayo de 1990, él le envió por correo la tarjeta del Seguro Social, por que (sic) ella se encontraba en Bogotá enferma. Por todo lo anteriormente anotado, se comprobó que la señora SONIA FERNANDEZ DE RODRIGUEZ, no convivía con el señor JULIO RODRIGUEZ, ni dependía económicamente de él.”*

También contiene las declaraciones extra juicio de la demandante, Raúl Loaiza y Genith Brito de Loaiza realizadas en el año 1999, Octavia Remedios

Serrano Vanegas. Helda Cecilia Maldonado de Sprockel quienes al unísono manifestaron que la pareja convivió hasta el momento del fallecimiento del pensionado, que la actora dependía económicamente de su cónyuge y además era su beneficiaria en salud.

Igualmente, reposa la solicitud de pensión por vejez que elevara el señor Rodríguez Pérez en el año 1977, donde se registró a la demandante como una de las personas que tendrían derecho a la asignación familiar, además, se constata que el causante en el año 1978 relacionó en el formulario de novedades de pensionales a la señora Sonia de Jesús como parte de su núcleo familiar y que al pensionado le fueron reconocidos los incrementos pensionales por esposa a cargo.

Analizado lo anterior; a juicio de la Sala, de las pruebas referidas se deduce la convivencia de la demandante con el causante por un periodo superior a los dos años exigidos por la norma, dado que los testigos escuchados en este proceso, al igual que las versiones plasmadas en las declaraciones extra juicio, fueron coincidentes en asegurar que la pareja nunca se separó, que convivieron hasta el día del óbito del pensionado, que la actora dependía económicamente de su cónyuge y además era su beneficiaria en salud, sumado a que también está probado que el vínculo matrimonial de la pareja inició el 4 de agosto de 1950 y no estaba extinguido para el momento de la muerte del pensionado, la que aconteció el 21 de febrero de 1997 y a que el otrora ISS reconoció en favor del pensionado el incremento del 14% por ser la esposa a cargo.

Ahora bien, en cuanto al informe rendido por la trabajadora social del otrora ISS, que sustentó las decisiones emitidas por el Instituto para negar la prestación deprecada, es de anotar, que dicha instrumental no cuenta con el suficiente valor probatorio en punto de infirmar la conclusión precedentemente anotada, porque por ejemplo, se asegura que la convivencia se extendió durante 8 años aproximadamente, esto es, hasta el año 1958 (f° 9), mientras que las documentales contenidas en el expediente administrativo, dan cuenta que incluso para el momento en que el causante solicitó su pensión, esto es, en el año 1978, la promotora pertenecía a su núcleo familiar con vocación de permanencia, al punto que le fue reconocido el incremento pensional; se indica que el causante falleció en el año 1990, pero el registro civil de defunción informa que dicho suceso acaeció el 1997, sumado a que en dicho informe lo que se hace es un resumen de lo expuesto por la señora Fernández, mas no se transcribe la declaración completa de la actora.

Adicionalmente, a folio 28 reposa un documento en que se asegura que para la calenda en que se realizó la visita administrativa, la demandante no coordinaba acertadamente las respuestas debido a la ingesta de unos

medicamentos que le fueron recetados con ocasión de una enfermedad que para esos momentos padecía.

Bajo ese panorama y como de las pruebas recaudadas se acredita el requisito de convivencia se concluye que la señora Sonia de Jesús Fernández de Rodríguez es beneficiaria de la pensión reclamada, razón por la que el derecho pensional debe serle reconocido, tal y como lo coligió el A-quo.

Respecto de las excepciones, se encuentra que la sentencia de primera instancia no se pronunció respecto de ellas al considerar que mediante auto del 18 de enero de 2011, el Juzgado 11 Laboral del Circuito dispuso tener por no contestada la demanda, no obstante, al revisarse el mencionado auto (fl. 50) se observa que el efecto de dicha decisión fue el de tener como indicio grave en los términos del parágrafo 2 y 3 del artículo 31 del CPLySS, porque pese a presentar la contestación dentro del término, la demandada no aportó los documentos exigidos en el auto de fecha 24 de noviembre de 2010, pero no el que no se estudiaran las excepciones presentadas de manera oportuna.

A la anterior conclusión se arriba de la lectura del acta de la audiencia celebrada el 17 de marzo de 2011, (fls. 52-53), en la que se declaró probada la excepción de falta de competencia por razón del territorio presentada en el mismo escrito de contestación de la demanda por la demandada (fl. 43).

Dentro de las excepciones oportunamente presentadas, se encuentra la excepción de prescripción, y respecto de esta, una vez revisado el expediente se observa que solicitó el derecho pensional el 22 de septiembre de 1998, el otrora ISS negó la prestación mediante Resolución 003508 del 2 de agosto de 1999, contra esa decisión interpuso los recursos de reposición y en subsidio el de apelación, el primero, se resolvió con la Resolución 05542 del 11 de noviembre de 1999 y, el segundo, con la Resolución 01737 del 25 de abril de 2000, mediante la cual se confirmó la negativa pensional; posteriormente, presentó nueva reclamación el 22 de julio de 2010.

De tal manera que con el último acto administrativo emitido el 25 de abril de 2000 se agotó la vía gubernativa, por lo que se encontraba obligada la demandante a presentar la demanda dentro de los tres años siguientes para interrumpir la prescripción de las mesadas no reconocidas. Ahora como el debate se refiere a una prestación periódica se tiene en cuenta para efectos de la prescripción que no se encuentra en el expediente los actos administrativos que resolvieran la petición de 22 de julio de 2010, y como consecuencia de ello, se tiene que las mesadas causadas con anterioridad al 22 de julio de 2007 se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción, lo que da lugar a modificar la decisión 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: MODIFICAR** la sentencia proferida el 31 de enero de 2014 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Descongestión de Bogotá, y declarar probada parcialmente la excepción de prescripción, respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 22 de julio de 2007, por las razones expuestas.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia proferida el 31 de enero de 2014 por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Descongestión de Bogotá por las razones expuestas.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

(Impedimento)

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

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



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

TSB-SALA LABORAL

53885\_100728-111130

PROCESO ORDINARIO LABORAL

**DEMANDANTE:** SERAFIN GOMEZ BULLA

**DEMANDADO:** COLPENSIONES

**RADICACIÓN:** 11001 31 05 015 2019 00499 01

**MAGISTRADA PONENTE:** ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veinte (2020).

### SENTENCIA

La Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procede surtir el grado jurisdiccional de consulta consagrado en el artículo 69 del CPTYSS a favor de la demandada COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 22 de julio de 2020 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá.

### ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare probada la existencia de la unión conyugal con la señora Carmen Rosa Becerra Alarcón desde el 6 de enero de 1990 hasta el 29 de noviembre de 2017 y que fue miembro del grupo familiar hasta el día de la muerte de la afiliada, para que, como consecuencia de ello, se condene a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes, junto con el retroactivo pensional a partir del 29 de noviembre de 2017, la indexación, los intereses moratorios, el pago de las costas y agencias en derecho. (f° 6)

Como sustento de sus pretensiones, indicó que el 6 de enero de 1990 contrajo matrimonio con la señora Carmen Rosa Becerra Alarcón, de dicha unión nació Ana Milena Gómez Becerra el 16 de septiembre de 1990 y Luis

Eduardo Gómez Becerra el 6 de octubre de 1991; el 29 de diciembre de 2005, la pareja por conflictos temporales tomó la decisión de liquidar la sociedad conyugal, sin disolver el vínculo matrimonial; explicó que su oficio de carpintería lo ejercía en el municipio de Mosquera- Cundinamarca, mientras que su esposa ejercía su profesión de contadora en la ciudad de Bogotá, la unión conyugal se mantuvo viva hasta el momento del fallecimiento de la pensionada; indicó que era beneficiario en salud de su cónyuge y que la demandada mediante Resolución GNR 351566 del 7 de octubre de 2014 reconoció una mesada pensional a la señora Becerra Alarcón, quien falleció el 29 de noviembre de 2017, precisó que Colpensiones a través de la Resolución SUB 63095 del 6 de marzo de 2018, le negó al pensión de sobrevivientes, decisión que fue confirmada con la Resolución SUB 98156 del 12 de abril de 2018; finalmente, relató que el 8 de noviembre presentó una nueva petición misma que fue despachada desfavorablemente mediante Resolución 327733 del 20 de diciembre de 2018, confirmada por la Resolución DIR 1763 del 14 de febrero de 2019.

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones al considerar que el demandante no cumple con el requisito del término mínimo de convivencia con la causante.

Presentó como excepciones de mérito las que denominó: prescripción, inexistencia del derecho y la obligación por falta de reunir los requisitos legales, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y la genérica. (f° 55-64)

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 22 de julio de 2020, condenó a la demandada a reconocer y pagar la pensión de sobreviviente desde el 29 de noviembre de 2017, junto con el retroactivo adeudado al momento de la inclusión en nómina, debidamente indexado. Condenó en costas a Colpensiones

### **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

Dado que no se presentó recurso de apelación se surtirá el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada UGPP de conformidad con el inciso 2 del artículo 69 del C.P.T Y S.S. modificado por la Ley 1149 de 2007.

## **ALEGACIONES**

Presentaron alegaciones los apoderados de las partes, respectivamente.

El apoderado de COLPENSIONES presentó poder de sustitución, en consecuencia, se reconoce personería para actuar al dr. FELIPE ALBERTO GRANADOS PRECIADO, identificado con la C.C. 1.018.418.797 y tarjeta profesional 222.106.

## **CONSIDERACIONES**

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si el demandante tiene derecho a la pensión de sobrevivientes.

### **DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES**

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

- A folio 13, registro civil de matrimonio de la pareja, con anotación de liquidación de sociedad conyugal.
- A folio 16, registro civil de defunción que da cuenta que la pensionada falleció el 29 de noviembre de 2017.
- A folio 19-24, escritura liquidación sociedad conyugal.
- A folio 33, certificación expedida por la Nueva EPS donde se verifica que el demandante era beneficiario en salud de la pensionada.
- A folio 35-38, Resolución GNR 351566 del 7 de octubre de 2014, por medio de la cual Colpensiones reconoce una pensión de vejez a la señora Carmen Rosa Becerra Alarcón.
- A folio 38-42, Resoluciones SUB 63095 del 6 de marzo de 2018 y SUB 327733 del 3 de diciembre de 2018, a través de las cuales la demandada niega la pensión de sobrevivientes al demandante.
- A folio 43- 45, Resolución DIR 1763 del 14 de febrero de 2019, que resuelve negar el recurso de apelación presentado por el demandante.
- A folios 46-63, declaraciones extra juicio de Luis Alfredo Mayorga Ramírez, Edilberto Vega Benítez, Serafín Gómez Bulla, Ana Milena Gómez Becerra y Luis Eduardo Gómez Becerra.
- Expediente administrativo.

#### **Caso concreto:**

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en su jurisprudencia ha señalado reiteradamente que en materia de pensión de

sobrevivientes la norma aplicable es la vigente al momento de producirse el deceso del pensionado o afiliado, ejemplo de ello, es la sentencia SL 828-2013, Radicación 43446 y como en el caso bajo examen la pensionada falleció el 29 de noviembre de 2017, la disposición aplicable es la Ley 797 de 2003, artículos 12 y 13.

En el presente caso no es objeto de discusión que la Carmen Rosa Becerra Alarcón (q.e.p.d.) ostentó la calidad de pensionada de la entidad demandada como se constata en la Resolución GNR 351566 del 7 de octubre de 2014, (fl 35-37) y que los esposales mediante escritura pública 1.218 del 29 de diciembre de 2005, resolvieron liquidar la sociedad conyugal.

Se tiene entonces, que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 señala como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros, al cónyuge o compañera permanente del *pensionado*, quienes deberán acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte. (sentencia CSJ SL1730-2020), no obstante, esa Corporación morigeró tal postura frente a la cónyuge en el sentido de indicar que mientras estén separados de hecho, a ésta le corresponde demostrar que hizo vida en común con el causante durante por lo menos 5 años en cualquier tiempo (sentencia 48729 del 12 de agosto de 2014).

No obstante, lo anterior, y aun cuando el cónyuge separado de hecho, puede acreditar los 5 años de convivencia en cualquier tiempo, no puede pasarse por alto que también debe acreditar *“que para el momento de la muerte del causante existía algún tipo de vínculo afectivo, de comunicación, solidaridad y ayuda mutua con éste, que permitiera considerar que los lazos familiares siguieron vigentes”* (SL12886-2017, Radicación n.º 52758 del 23 de agosto de 2017)

Bajo ese panorama y con miras a surtir el grado jurisdiccional de consulta, la Sala procede a revisar el material probatorio recaudado, encontrando lo siguiente:

El *demandante en su interrogatorio* de parte señaló que contrajo nupcias con Carmen Rosa Becerra en el año 1990 y que se fueron a vivir al municipio de Mosquera; que de esa unión nacieron dos hijos; relató que ellos se separaron en el año 2005 porque a su esposa le molestaba mucho su ingesta de alcohol, ella le dijo que se dieran un tiempo y por eso se fue a vivir Bogotá, duraron como un año disgustados, luego de lo cual, retomaron su relación, indicó que la disolución de la sociedad conyugal se debió a que Carmen pensaba que estaba malgastando el dinero por el tema del alcohol; explicó

que cada 8 días visitaba a su esposa y a sus hijos, o ellos, venían a Mosquera, además tenía una comunicación constante con la causante, volvieron a ser una pareja común y corriente, solo que él tenía su trabajo en Mosquera y ella en Bogotá, por eso no vivían juntos, finalmente precisó que sus hijos y él acompañaron a Carmen a los tratamientos de su enfermedad, que él le proporcionaba la comida especial que ella requería y que en la actualidad no tiene pareja.

Se recibió el testimonio de *Rosalba Rodríguez* quien en síntesis indicó que vivió en la casa que era de la pareja durante unos 7 años, le consta que estaban casados, que se separaron un tiempo porque el demandante tomaba mucho y, por esa razón, Carmen resolvió irse para Bogotá a vivir con sus hijos, Serafín se quedó en Mosquera, agregó que aun cuando se separaron por un tiempo, la pareja siguió con su relación, se veían constantemente, ella venía a Mosquera y se quedaba en la casa del demandante, no sabe que el gestor tuviera otra pareja, además era él quien la acompañaba a los tratamientos de cáncer.

También se escuchó la declaración de *Luis Alfredo Mayorga*, quien manifestó ser amigo del demandante y conocer a Carmen como la esposa, con quien tuvo dos hijos; agregó que Carmen como en el 2006 se fue a vivir a Bogotá, pero el demandante viajaba cada ocho días para allá y ella también venía a Mosquera, sabe que tenían una relación porque los veía pasear y compartir con ella y sus hijos.

A su turno, *Ana Milena Gomez Becerra*, hija de la pareja, relató que nació en 1990 y ese mismo año sus papás se casaron; que cuando tenía 14 años sus padres empezaron a tener sus problemas porque su papá tomaba mucho y por eso se vinieron a vivir a Bogotá con su mamá, sumado a que su madre tenía el trabajo en esa ciudad, agregó que ellos empezaron a hablar nuevamente para reconciliarse y desde ahí su papá venía a la casa cada ocho días, siempre llamaba a su mamá, salían, compartían todos cada ocho días, precisó que la separación fue durante un año y luego volvieron a estar juntos, cuando a su progenitora le diagnosticaron cáncer él estuvo más pendiente, estaba pendiente de todo lo de ella y de lo que ellos necesitaran, era quien por lo general asistía a los tratamientos, sus padres mantuvieron una relación permanente como pareja, además entre semana se comunicaban constantemente por teléfono y los fines de semana su papá venía y se reunían, sabe que en muchas ocasiones su madre le dijo al demandante que tomara los arriendos de la casa para lo que él necesitara, igual su papá le ayudaba a la mamá con los gastos de la casa, ellos siempre compartieron todo, precisó que el actor era beneficiario de la pensionada en salud, que su padre tenía ropa en la casa y se quedaba en el cuarto con la

asegurada, como una pareja común y corriente, finalmente, señaló que por motivos laborales su madre decidió quedarse en Bogotá y su papá en Mosquera porque ahí tenía su taller de ornamentación

*Finalmente, Luis Eduardo Gómez Becerra*, hijo de la pareja, refirió que sus papás tuvieron inconvenientes por el tema del alcohol de su papá dado que a su mamá no le agradaba mucho porque se perdía la relación familiar, en el 2005 su madre les comentó que había comprado una casa en Bogotá y se fueron a vivir con ella, dijo que ese año fue complicado porque él tuvo muchos problemas en el colegio y a raíz de eso, sus padres comenzaron a tener conversaciones, ellos siempre compartieron las obligaciones económicas, luego de eso su mamá se enfermó, su padre siempre estuvo pendiente de ella, era la prioridad de la familia, de los 3, explicó que eran la misma familia de Mosquera pero en casas distintas, que el demandante en varias ocasiones se quedaba en la casa, todo era normal, pese a que tenía su trabajo allá, él tenía el tiempo y el espacio para compartir con ellos, manejaron la misma rutina de familia pero en casas distintas, ellos empezaron a llamarse, a salir a una comida o a la misa, empezaron a retomar la relación y rutina que llevaban en familia, la relación de ellos finalizó cuando su madre murió, precisó que la causante, a veces, le cedía al actor el arriendo de la casa de Mosquera y su papá le suministraba la alimentación especial que ella requería, además lo tenía como beneficiario en salud, explicó que su mamá no se fue a vivir a Mosquera por comodidad, por las citas médicas y el trabajo, y su padre se quedó en Mosquera porque allá tiene su taller de ornamentación.

Como prueba documental, se allegó al proceso las declaraciones extra juicio de los hijos de la pareja, la escritura por medio de la cual los esposales resolvieron liquidar su sociedad conyugal (f° 19-23), la certificación expedida por la Nueva Eps que da cuenta que el demandante era beneficiario en salud de la pensionada (f° 33) y la investigación administrativa que adelantó la convocada a juicio (archivo GEN-COM-CO-2018\_2159923-20180223090500) en la que se dejó constancia de lo siguiente:

Se entrevistó al señor Serafín Gómez Bulla quien afirmó (...) *que después de su separación en el año 2005 la señora Carme Rosa Becerra viaja a la ciudad de Bogotá donde compra una casa y vive junto a sus hijos, indicando que mantuvieron una relación de amistad por sus hijos* (...) Lo resaltado de la Sala.

(...) *Se entrevistó a la señora Milena Gómez Becerra 27 años, hija de la pareja implicada, quien manifestó que vive en títala en la casa que compró (sic) la señora Carmen entre 12 y 13 años, vive con el hermano, indicando que el*

causante se quedó en Mosquera por su taller de ornamentación y da fe de la separación de sus padres en el año 2005.

*Se habló con el señor Luis Eduardo Gómez, hijo de la pareja implicada, quien aseguro (sic) que sus padres convivieron pero se separaron en el año 2005 sin volver a convivir como pareja (...) Lo subrayado de la Sala.*

También se entrevistó a las hermanas de la pensionada, quienes aseguraron que Carmen Rosa convivió con el demandante, pero ellos se separaron desde hace 14 años.

Del análisis de la prueba documental y testimonial, bajo el criterio de la sana crítica, se puede establecer que el demandante aun cuando acreditó la calidad de cónyuge supérstite de la señora Carmen Rosa Becerra Alarcón, al igual que la convivencia por los cinco años que alude la norma aplicable al caso, cumplidos en cualquier época, no logró demostrar que los lazos familiares entre los esponsales siguieran vigentes.

Ello es así, en razón a que, al analizar y cotejar las declaraciones de los testigos traídos al proceso, en especial el de los hijos de la pareja, se advierte una protuberante contradicción entre lo manifestado en el juzgado de primera instancia, con lo expuesto al momento de atender las entrevistas que se llevaron a cabo con ocasión de la investigación administrativa que adelantó la convocada, pues se observa que en aquella oportunidad los señores Ana Milena y Luis Eduardo fueron coincidentes al informar que sus padres se separaron desde el año 2005, es más el último de ellos señaló categóricamente que no volvieron a convivir como pareja, versión que también fue confirmada por el propio demandante cuando aseguró que se separó de su esposa en el año 2005 y que *“mantuvieron una relación de amistad”*

De manera que, ante tal panorama, a la Sala no le queda otro camino que restarles todo valor probatorio a los testimonios de los hijos de la pareja expuestos en el trámite del proceso, por considerar que sus declaraciones son parciales y buscan favorecer los intereses de su señor padre, demandante en esta causa, pues no se explica cómo estos deponentes puedan informar situaciones tan contradictorias, máxime si se tiene en cuenta que son testigos directos de la forma en que se desarrolló la convivencia de la pareja, lo que permite darle más valor a los hechos relatados en tiempos cercanos a la muerte de la progenitora.

Adicionalmente, se observa que los esponsales al momento de liquidar la sociedad conyugal, más exactamente en la cláusula décimo segunda de la

escritura 1218 del 29 de diciembre de 2009 resolvieron “*que cada uno de los cónyuges atenderá personalmente su subsistencia*” (fº 23), lo que contradice una vez más lo manifestado por los declarantes, cuando aseguraron que sus padres se colaboraban recíprocamente.

Aunado a lo anterior, la Sala tampoco cuenta con alguna prueba documental, como la historia clínica de la causante, con la cual se pudiera corroborar que el demandante, en efecto, era quien acompañaba de manera solícita y asistía a su cónyuge en sus momentos de enfermedad, máxime cuando es bien sabido que vivían en diferentes ciudades.

En otro giro, se considera que los testimonios de Rosalba Rodríguez y Luis Alfredo Mayorga, tampoco permiten acreditar la tesis de la parte actora, como quiera que no son testigos directos de esa convivencia, nótese que a lo sumo puedan dar fe de lo que ocurría en Mosquera, dejando de lado las circunstancias de tiempo y modo en que presuntamente se desarrolló la vida en pareja estando en Bogotá.

En este punto, no puede dejarse pasar por alto que el demandante en sede administrativa aseguró que mantuvieron una “relación de amistad por sus hijos”, situación que de manera alguna puede equipararse a una relación afectiva de la señalada en la jurisprudencia para cónyuges separados, emitida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que ha señalado frente a otorgarle una cuota parte o la pensión a *«quien acompañó al pensionado o afiliado, y quien, por demás hasta el momento de su muerte le brindó asistencia económica o mantuvo el vínculo matrimonial, pese a estar separados de hecho, siempre y cuando aquel haya perdurado los 5 años a los que alude la normativa, sin que ello implique que deban satisfacerse previos al fallecimiento, sino en cualquier época»*. Criterio reitera por la jurisprudencia en la sentencia SL10005-2017, Radicación n.º46080 del 11 de julio 2017.

Vale aclarar que la pensión tiene como objeto suplir las necesidades del núcleo familiar, sin que en este caso se logre advertir como la ausencia de esa supuesta ayuda económica, por demás esporádica, si en gracia de discusión se aceptara que en efecto la pensionada en algunas ocasiones cedía algunos arriendos al demandante, hubiese afectado las condiciones socio económicas del actor.

En ese orden de ideas, si bien la jurisprudencia ha señalado que el cónyuge separado puede acceder al beneficio pensional, para lo cual puede demostrar la convivencia por cinco años en cualquier tiempo, es de anotar que esta es aplicable para los casos del cónyuge separado de hecho y con

quien se continúan los lazos afectivos de ayuda y solidaridad, y el vínculo del matrimonio.

En el presente caso, se reitera, las pruebas no dan cuenta de la existencia de un vínculo familiar con vocación de permanencia, ni de una convivencia al momento de la muerte de la pensionada, lo que conduce a concluir que el demandante no tiene derecho a la pensión de sobrevivientes y en consecuencia se revocará 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:

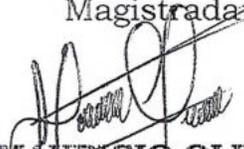
**RESUELVE**

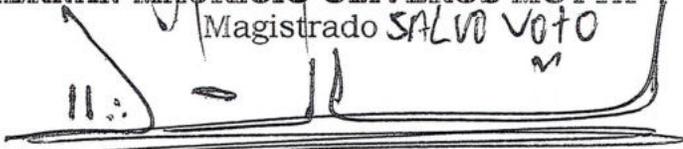
**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 22 de julio de 2020 por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **ABSOLVER** a COLPENSIONES de las pretensiones elevadas por el señor **SERAFIN GOMEZ BULLA**, identificado con la C de C 3.246.783, por las razones expuestas.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado **SALVO VOTO**

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



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

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** JAIME HERNANDO VELÁSQUEZ ALONSO

**DEMANDADO:** EXXON MOBIL DE COLOMBIA S.A. hoy PRIMAX COLOMBIA S.A.

**RADICADO:** 11001 31 05 001 2016 00805 01

**MAGISTRADA PONENTE:** ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre 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, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte **DEMANDADA** contra la sentencia proferida el 22 de julio de 2020 por el Juzgado Primero (1º.) Laboral del Circuito de Bogotá.

**ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido y de manera continua e ininterrumpida desde el 9 de enero de 1981 hasta el 9 de octubre de 1988; que la demandada no realizó los correspondientes aportes al Sistema de Seguridad Social establecido para la época de la vigencia del contrato; que no realizó el traslado del bono pensional, título pensional o cálculo actuarial a la AFP Colfondos S.A., a la cual se encuentra afiliado el demandante, para que hiciera parte del capital para financiar la pensión de vejez, o de los

excedentes de libre asignación que le pudieran corresponder a este; que la demandada es responsable de la omisión de pagar los aportes a pensión, por todo el tiempo de servicios; y, como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada al pago o traslado del bono pensional, título pensional o calculo actuarial, teniendo en cuenta el salario que devengaba el actor durante la vigencia del contrato de trabajo, debidamente actualizado junto con los intereses moratorios, con destino COLFONDOS S.A., a fin de que sea tenido en cuenta para financiar la pensión de vejez que le fue reconocida por la entidad de seguridad social, o haga parte de los excedentes de libre destinación; a lo ultra y extra petita, y a las costas y agencias en derecho.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: se vinculó laboralmente mediante contrato de trabajo a término indefinido con Internacional Petroleum (Colombia) Limited a partir del 9 de enero de 1981; relación que por cambio de razón social y de sustitución patronal se extendió hasta el 9 de octubre de 1988 con la empresa Esso Colombia Limited, sociedad absorbida sin liquidarse mediante fusión por Mobil de Colombia S.A. creándose la hoy demandada Exxon Mobil de Colombia S.A.. Durante la vigencia de la relación laboral el trabajador se desempeñó en el cargo de Analista de Sistemas 1; el salario pactado al inicio de la relación laboral fue de \$43.800 mensuales, la remuneración se mantuvo constante durante la vigencia del contrato y se le realizaron los correspondientes reajustes anuales legales; al momento de la terminación del contrato de trabajo, el salario fue de \$307.500 mensuales; el lugar donde prestó el servicio fue la ciudad de Bogotá, la cual tenía cobertura desde la creación del ISS. Las empleadoras no lo afiliaron, ni realizaron aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones en favor del demandante; la demandada no transfirió a la AFP Colfondos S.A. el valor correspondiente al bono o título pensional, actualizado mediante cálculo actuarial de acuerdo con el salario devengado. (Fls. 3 a 13)

Frente a esas pretensiones, **EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A.** se opuso parcialmente argumentando que teniendo en cuenta el tiempo y el lugar de trabajo en que laboró el demandante, es claro que la entidad no tiene ni tenía obligación, ni la posibilidad de cotizar al Instituto de los Seguros Sociales el tiempo comprendido entre el 9 de enero de 1981 hasta el 7 de octubre de 1988, por cuanto ese deber surgió solo hasta la vigencia de la ley 100 de 1993. Debe tenerse en cuenta que con anterioridad en materia pensional, el riesgo de vejez de los trabajadores vinculados a empresas petroleras era asumido por ellas directamente, es decir, el trabajador debía

cumplir con dos requisitos: 20 años de servicio y 50 años de edad en las mujeres y 55 en los hombres, requisitos que no cumplió el accionante; añade que en el evento de que se dé una condena, esta debe recaer exclusivamente sobre la transferencia de los aportes dejados de cotizar actualizados y en ningún momento sobre un bono o título pensional, ni mucho menos cálculo actuarial, por cuanto no se habla de una omisión de la entidad accionada, pues para la fecha que se pretende el pago de los aportes no existía obligación alguna de efectuarlos. Presentó como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido, pago, prescripción, buena fe y excepción genérica. (Fls. 56-95 y 178-210)

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Primero (1º.) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 22 de julio de 2020, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes con vigencia entre el 9 de enero de 1981 y el 7 de octubre de 1988; condenó a la demandada a cancelar a la AFP Colfondos S.A. dentro del término de un mes a la ejecutoria de la sentencia, el valor del cálculo actuarial por el tiempo laborado, representado en un bono o título pensional, de acuerdo con la liquidación que al efecto realice el Fondo de Pensiones, teniendo en cuenta como último salario \$307.500; así mismo, la entidad deberá discriminar la cuota parte que le corresponde asumir al empleador y trabajador, aclarándose que el demandante deberá concurrir con el pago del porcentaje a su cargo, por ser obligaciones de ambas partes y no solo del empleador, empero, el empleador debe hacerse cargo del total del cálculo del aporte; declaró no probadas las excepciones propuestas, condenó en costas a la parte demandada.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

La parte demandada presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente y manifestó que se debe revocar en su totalidad el fallo de primera instancia al considerar que para la fecha en que estuvo vigente la relación laboral no existía obligación de afiliar al demandante al seguro social y a la vigencia de la ley 100 el vínculo laboral ya había fenecido.

### **ALEGACIONES**

Presentó escrito de alegaciones la apoderada de la parte demandada.

### **CONSIDERACIONES**

## **PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si hay lugar a ordenar el pago del cálculo actuarial.

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

- A folios 8, 153, 208, liquidación de contrato de trabajo a término fijo.
- A folios 21-22, reconocimiento pensión de vejez de Colfondos, 18 de junio de 2014.
- A folios 23-24, contrato de trabajo del 8 de enero de 1981.
- A folio 25, derecho de petición dirigido a ExxonMobil, 12 de julio de 2016.
- A folios 26-28, respuesta de ExxonMobil al derecho de petición, 16 de agosto de 2016.
- A folios 29, 104, 238, certificado laboral, 5 de julio de 2016.
- A folio 30, liquidación final de prestaciones sociales.
- A folios 31, 103, 237, paz y salvo del 7 de octubre de 1988.
- A folios 96-97, 230-231, Resolución No. 5043 del 15 de noviembre de 1982 del ISS.
- A folios 98-100, 232-234, Resolución No. 3540 del 6 de agosto de 1982 del ISS.
- A folios 101-102, 235-236, Resolución del 8 de septiembre de 1993 del ISS.

### **Caso Concreto**

No es objeto de disenso que entre el demandante y la sociedad EXXONMOBIL COLOMBIA S.A. existió un contrato de trabajo entre el 9 de enero de 1981 y el 7 de octubre de 1988, el punto de discusión se centra en que durante este periodo de labores la empresa no realizó las cotizaciones correspondientes al sistema de seguridad social en pensiones por no encontrarse la empleadora obligada a ello.

Así las cosas, debe indicarse que con la ley 90 de 1946 se instituyó el Seguro Social Obligatorio para aquellos individuos nacionales o extranjeros que se encontraran vinculados con otra persona mediante un contrato de trabajo presunto o expreso y se creó el Instituto de Seguros Sociales, institución autónoma con personería jurídica y patrimonio propio a la cual encargó la administración del referido seguro.

El artículo 72 señaló que “las prestaciones reglamentadas en esta ley, que venían causándose en virtud de disposiciones anteriores a cargo de los patronos, se seguirán rigiendo por tales disposiciones hasta la fecha en que el seguro social las vaya asumiendo por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada caso. Desde esa fecha empezarán a hacerse efectivos los servicios aquí establecidos, y dejarán de aplicarse aquellas disposiciones anteriores”.

Se debe observar que mediante Decreto 1993 de 24 de octubre de 1967, que aprobó el Acuerdo 257 de 13 de septiembre de ese año, expedido por el Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales, se ordenó la inscripción a la entidad para el cubrimiento de los riesgos de Invalidez, Vejez y Muerte, entre otros, de los patronos que tienen que inscribirse e inscribir a sus trabajadores que cumplieran actividades industriales extractivas del petróleo y sus derivados, la cual se cumpliría en fechas determinadas.

Luego vino a concretarse la fecha con la Resolución No. 4250 de 28 de septiembre de 1993, que fijó el 1 de octubre de 1993 como fecha de iniciación de inscripción en el Régimen de los Seguros Sociales Obligatorios, para aquellas personas naturales y jurídicas de derecho privado y sus contratistas independientes y para los trabajadores de los citados empleadores, que se dedicaran a la actividades extractivas de la industria del petróleo y sus derivados, atendiendo las zonas geográficas en donde el Instituto haya extendido cobertura y llamado a inscripción.

Según el recuento normativo precedente, la obligación patronal de afiliar a los trabajadores al ISS, no nació de manera automática con la expedición de la Ley 90 de 1946, sino que se materializó de forma paulatina.

Según lo expuesto con anterioridad a la ley 100 de 1993 no existía en Colombia un sistema integral de pensiones, y solo los empleadores cuyas empresas contaran con un capital superior a ochocientos mil pesos, se encontraban obligados a reconocer las respectivas pensiones al cumplimiento de la edad y tiempos de servicios, pero sólo a la empresa particular, pues no era posible acumular tiempos servidos a diferentes patronos.

Posteriormente, el ISS comenzó a asumir progresivamente el reconocimiento de pensiones de los trabajadores privados, ya por afiliación directa de estos

o por la sustitución de la obligación pensional radicada en los empleadores particulares que tenían a su cargo el riesgo.

Fue por esa razón que al entrar a regir la ley 100 de 1993, el legislador incluyó en su artículo 33 la norma que reguló el asunto consagrando los requisitos para adquirir el derecho a una pensión de vejez y en su parágrafo 1° dispuso la forma en que los periodos laborados con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993 habrían de computarse para efectos de estudiar el cumplimiento de los presupuestos pensionales allí exigidos.

El parágrafo 1° en su literal “c” dispuso que para efectuar el cómputo de las semanas a que se refiere ese artículo, se tendría en cuenta “el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993”.

De la literalidad de esta disposición es entendible que sólo fue autorizado el cómputo de los tiempos servidos a empresas que tenían a cargo el reconocimiento de pensiones siempre y cuando los vínculos laborales se hubieran mantenido después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. De este modo fueron excluidos quienes a esa fecha ya no contaran con vínculo laboral vigente con esas empresas, tal y como ocurrió en el caso de autos, dado que la relación laboral finalizó en octubre de 1988.

No obstante, la Sala no desconoce la normatividad anterior y lo indicado en el recurso de alzada relacionado con que para la época en que se dio la relación laboral entre las partes no existía obligación de afiliación al ISS, se debe indicar que no puede ser ajena a los cambios jurisprudenciales<sup>1</sup> dadas las circunstancias específicas en que se encuentra el actor ya que el ordenamiento jurídico generó a cargo suyo una situación que le es sumamente desfavorable y que a la luz de los principios que rigen el ordenamiento jurídico Colombiano resulta inequitativa.

Tales postulados se han tenido en cuenta por la H. Corte Suprema de Justicia a partir de la sentencia SL9856 de 16 de julio de 2014, radicado 41745 en la que se estableció que el empleador no puede eximirse de

---

<sup>1</sup> Sentencia SL2584-2020 de julio de 2020, Radicado 80242 “No sobra destacar que, a partir del año 2014, la jurisprudencia de esta Sala dejó de lado la teoría que defiende la recurrente en sede del recurso extraordinario. En efecto, desde la sentencia CSJ SL, 16 jul. 2014, rad. 41745 la postura que adoptó esta Corporación es que las obligaciones de los empleadores con sus trabajadores derivadas de la seguridad social en pensiones subsisten, aun cuando la falta de afiliación al sistema no obedezca a su culpa o negligencia.”

responsabilidad respecto de los periodos efectivamente laborados por su empleado bajo el pretexto de que no existía norma que regulara el pago de cotizaciones, tesis que ha venido siendo ratificada en innumerables decisiones tales como la SL17300-2014 de 24 de septiembre de 2014, radicado 45107, la SL7884-2015 del 28 de mayo de 2015, radicado 36887 de 2015, la SL16086-2015 de 20 de octubre de 2015, radicado 54226 y la sentencia SL7647-2015, del 1° de julio de 2015 radicado 59027, por lo que tampoco es aplicable el descuento del aporte que le correspondería al trabajador como se señala en las alegaciones por el recurrente, de tal manera que no tienen visos de prosperidad los argumentos de disenso expuestos por la recurrente.

En ese orden de ideas, se concluye que el cálculo actuarial ordenado por el juez de primera instancia, se encuentra íntimamente ligado al derecho a la seguridad social del actor y en palabras de la Corte Suprema de Justicia (...) no surge como la imposición de una sanción por un incumplimiento que no se ha presentado, sino en virtud de la aplicación de principios y valores superiores y de la interpretación en un contexto histórico de las reglas de derecho que han regulado la materia a través del tiempo (...), máxime si se tiene en cuenta, como ya fue expuesto precedentemente, que la Ley 90 de 1946 impuso a los patronos la obligación de mantener a sus trabajadores cobijados por el sistema pensional propio de la empresa particular hasta tanto el ISS no asumiera el riesgo; entre tanto ese empleador debía mantener una reserva de capital para el pago, de pensiones.

En razón de lo anterior, se debe tener en cuenta que en el presente asunto como nunca fue concretada la subrogación del riesgo respecto de la demandada EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A., esta conservó la obligación de mantener la reserva de capital para el eventual pago de la pensión, pero como ello no ocurrió, pues no continuó laborando al servicio de la encartada, lo lógico es que ese capital que estaba reservado para el eventual reconocimiento pensional, sea destinado a un título que tiene el mismo objeto.

En consecuencia, hay lugar a **confirmar** la sentencia de primera instancia.

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

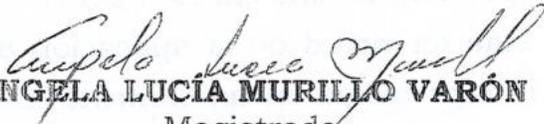
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

**RESUELVE**

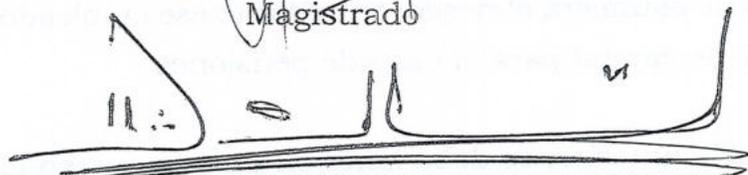
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 22 de julio de 2020 por el Juzgado Primero (1°.) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

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

53989 10/11/20 AM 11:29

TSB-SALA LABORAL



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

PROCESO ORDINARIO LABORAL

**DEMANDANTE:** ELVIRA ARAQUE GONZALEZ TORO -DARWIN ENRIQUE CORONEL GONZALEZ-HUGO ALBERTO CORONEL GONZALEZ y YAMITH DAVID CORONEL GONZALEZ

**DEMANDADO:** UGPP

**RADICACIÓN:** 11001 31 05 023 2018 00325 01

**MAGISTRADA PONENTE:** ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veinte (2020).

### SENTENCIA

La Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procede resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 25 de julio de 2019 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá.

### ANTECEDENTES

Pretenden los demandantes que se declare que no tienen la obligación de retornar o reembolsar suma alguna de dinero a la demandada, ya que todos los dineros fueron recibidos de buena fe, en consecuencia, se condene a restablecer el derecho pensional en su totalidad, y con ello, las mesadas pensionales a partir del mes de marzo de 2008, en la suma de \$7.112.324,66, a pagar el retroactivo debidamente indexado por concepto de las diferencias de las mesadas dejadas de cancelar desde abril de 2008 y abstenerse de aplicar los descuentos ordenados en las Resoluciones n.º 1107 de 2007, 304 de 2008 y 263 de 2009 y el auto 00010 de 2008. (f.º 8)

Fundamentaron sus pretensiones en que la empresa Puertos de Colombia – Terminal Marítimo de Santa Marta le reconoció pensión de jubilación a Federman Coronel Angulo, mediante la Resolución N.º 142054 del 24 de marzo de 1992, y a través de las Resoluciones N.º 143201 del 6 de agosto de 1992, 143886 del 2 de diciembre de 1992, 145530 del 15 de julio de 1993, 146572 del 31 de diciembre de 1993, 107 del 20 de enero de 1995 y 984 del 16 de mayo de 1995, dispuso el pago de una diferencia de salarios, prestaciones sociales y reajustó la pensión.

Expusieron que el pensionado fue beneficiario de las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas entre la Empresa Puertos de Colombia – Terminal Marítimo de Santa Marta y sus trabajadores sindicalizados, falleció el 6 de mayo de 2003, y para ese momento se encontraba devengando una mesada pensional que ascendía a \$5.502.215,68.

Adujeron, que mediante Resolución n.º 000800 del 30 de julio de 2004, les fue reconocida pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge e hijos del causante, y que a través del acto administrativo n.º 1007 del 5 de octubre de 2007, se tuvo como beneficiario de la prestación a Cristian Camilo Coronel Rada y se ordenó la iniciación del procedimiento administrativo de revisión integral de la pensión; que el 29 de mayo de 2008, presentaron derechos de petición solicitando que se explicará la reducción en más del 58% del monto de las mesadas pensionales, y que por medio de oficio GPSPC-AA-4134 del 15 de agosto de 2008, fue remitida la Resolución n.º 304 del 29 de febrero de 2008, en la que se suspendieron los efectos jurídicos y económicos de la Resolución n.º 984 de 1995, y como consecuencia, se redujo la mesada pensional que en vida correspondió al causante para el año 2008, a la suma de \$2.928.345,18, así mismo, se ordenó a los beneficiarios reintegrar a la Nación la suma de \$708.353.856,36.

Narraron, que el 27 de abril de 2009, presentaron recurso de reposición y en subsidio de apelación contra el referido acto administrativo, los cuales no fueron resueltos; que el 23 de enero de 2012, solicitaron que se declarara la nulidad de todo lo actuado en el procedimiento administrativo, inclusive del auto n.º 00010 del 9 de enero de 2008, por medio del cual se negaron los recursos de ley contra la Resolución n.º 001107 del 5 de octubre de 2007.

Señalaron que Hugo Alberto Coronel González nació el 3 de noviembre de 1988 y cursó la especialización en derecho laboral en la Universidad del Norte entre agosto de 2012 y septiembre de 2013, sin embargo, no se le pagaron las mesadas correspondientes a dicho período; que mediante oficio del 6 de enero de 2016, la encartada informó que no era procedente efectuar

el acrecimiento del porcentaje de la mesada pensional de Darwin Enrique Coronel González, y a partir de mayo de 2016, redujo la mesada de Elvira a la suma de \$627.971, sin que mediara acto administrativo, circunstancia que fue justificada en comunicación del 19 de julio de 2016, en la compensación por lo ordenado en la Resolución n.º 236 de 2009. Adujeron, que, a partir de mayo de 2016, la demandada aplicó un nuevo descuento a la mesada pensional (f.º 1 a 7).

La UGPP al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con sustento en que a la parte demandante no se le ha negado arbitrariamente el derecho pensional reclamado, puesto que si en algún momento la entidad accedió de manera irregular al mismo, tal actuación no puede ser amparada bajo las normas que rigen el sistema de seguridad social en pensiones, teniendo en cuenta que no solo sería un acto ilegal por parte de la entidad pública, sino que adicionalmente se vulnerarían los principios y derechos que fundan tal sistema.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó: Inexistencia de la obligación, Compensación, Buena fe y Prescripción (f.º 327 a 336).

#### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 25 de julio de 2019, absolvió a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensiones y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP de todas las pretensiones formuladas en su contra por los demandantes.

#### **RECURSO DE APELACION**

El apoderado de la parte actora solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia por las siguientes razones: i) si bien es cierto existió algunas resoluciones que fueron cuestionadas en su legalidad por la justicia penal, también lo es que la mesada pensional de los demandante se ha reducido pese a que el resto de actos administrativos por los cuales se reajustó la pensión del causante no fueron objeto de tal decisión, ii) la encartada conculcó su derecho al debido proceso al no desatar la queja interpuesta, ni resolver los recursos de reposición y apelación presentados contra la Resolución 163 de febrero de 2009, ni dar respuesta al derecho de petición elevado el 23 de enero de 2012, iii) nadie puede alegar su propia culpa en su favor, iv) los demandante han actuado de buena fe y no se probó que el causante hubiese actuado de manera fraudulenta

## **ALEGACIONES**

Los apoderados de las partes presentaron alegaciones.

EL apoderado de la parte demandada presentó poder, en consecuencia, se le reconoce personería para actuar al dr. OMAR ANDRES VITERI DUARTE identificado con la cédula de ciudadanía 79.803.031 y tarjeta profesional 111.852 del C.S.J.

## **CONSIDERACIONES**

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si hay lugar a restablecer el monto de las mesadas pensionales que fueron reconocidas por la entidad.

### **DEL RESTABLECIMIENTO DE LA MESADA PENSIONAL**

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

- A folio 22-48, resoluciones de reconocimiento pensional y reajuste de prestaciones sociales y mesadas pensionales.
- A folio 49- 58, resolución n.º 000800 del 30 de julio de 2004 y n.º 001102 del 5 de octubre de 2007 por medio de la cual se reconoce una pensión de sobrevivientes y, en la última de ellas, además se comunica la iniciación del procedimiento administrativo de revisión integral de la pensión de jubilación.
- A folio 5-79, recursos interpuestos por la parte demandante y solicitud de nulidad contra la resolución que ordenó la iniciación del procedimiento administrativo.
- A folio 80-92, resolución n.º 000010 del 9 de enero de 2008 por medio de la cual se niegan los recursos interpuestos, recurso de queja y derecho de petición.
- A folio 93-97, resolución n.º 000304 del 29 de febrero de 2008, a través de la cual se suspenden los efectos jurídicos y económicos de la resolución n.º 984 de 1995 y se reajusta la pensión del causante y sus beneficiarios.
- A folio 98-138, resolución n.º 000263 de 26 febrero de 2009, por medio de la cual se resuelve una actuación administrativa de revisión integral de pensión y se decide sobre un pago de mesadas.
- A folio 139-170, nota interna 000263 del 26 de febrero de 2009.
- A folio 383-597, 612- 657, 664-823, cuaderno 2 y 3, decisiones proferidas por la justicia penal.
- A folio 824-841, certificación de devengos expedida por la demandada.

**Caso concreto:**

En el presente caso se encuentra probado lo siguiente: i) el causante laboró al servicio de la Empresa Puertos de Colombia Terminal Marítimo de Santa Marta; ii) se reconoció a su favor pensión de jubilación convencional mediante resolución n.º 142054 del 24 de marzo de 1992 (f.º 22 a 25); iii) la misma le fue reajustada a través de las resoluciones n. 143201 del 6 de agosto de 1992 (f.º 25-27) y n.º 143886 del 2 de diciembre de 1992 (f.º 28-29); iv) mediante resolución n.º 145530 del 15 de julio de 1993, se reconoció a favor del pensionado una diferencia de prestaciones sociales (f.º 31-32); v) a través de resolución n.º 146572 del 31 de diciembre de 1993, se realizó una nueva reliquidación y se pagó una diferencia de prestaciones sociales (f.º 33-34); vi) con la resolución n.º 107 del 20 de enero de 1995, la pasiva ordenó el pago de unas prestaciones sociales, que no habían sido canceladas al demandante (f.º 35-37); vii) se expidió la resolución 0984 del 16 de mayo de 1995 por medio de la cual *“se paga una reliquidación de prestaciones sociales, unas diferencias por reajuste a la mesada pensional y se fija el nuevo monto de la pensión de jubilación para el año 1995”* (f.º 38-48); viii) el Ministerio de la Protección Social-Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia-Coordinación Área de Pensiones, profirió la resolución n.º 0008000 del 30 de julio de 2004, mediante la cual resolvió reconocer una pensión de sobrevivientes a los demandantes (f.º 49-52); ix) ese mismo grupo el 5 de octubre de 2007, dictó la resolución 11002 por medio de la cual resuelve, entre otros aspectos, reconocer la pensión de sobrevivientes al menor Cristian Camilo Coronel Rada y comunicar a los beneficiarios del causante el procedimiento administrativo de revisión integral de la pensión de jubilación, concediéndoles 2 meses para que aportaran las pruebas que consideraran pertinentes (f.º 53-58) y x) por medio de la resolución n.º 000304 del 29 de febrero de 2008, el Ministerio da cumplimiento a una decisión de la Fiscalía General de la Nación y resuelve modificar las resoluciones n.º 142054 de 24 de marzo de 1992 y n.º 143886 de 2 de diciembre de ese mismo año, en el sentido de ajustar a derecho la cuantía de pensión, revocar directa y parcialmente las resoluciones n.º 954 de 16 de mayo de 1995 y n.º 143201 de 6 de agosto de 1992, proferidas por el director General de Foncolpuertos y Ex Gerente del Terminal Marítimo de Santa Marta, mediante las cuales se ordenó un incremento de la mesada pensional del señor Coronel Angulo, modificó las resoluciones n.º 800 de 30 de julio de 2004, n.º 1107 de 5 de octubre de 2007, n.º 507 de 18 de abril de 2008 y n.º 877 de 10 de julio de 2008, para ajustar en derecho la mesada pensional de los beneficiarios del pensionado, además, ordenó a los mismos el reintegro a la Nación de \$708.353.856.36 que recibieron ellos y el señor Coronel Angulo sin tener derecho.

Sostiene el recurrente que la decisión del juzgado no reparó en que existen varios actos administrativos que no fueron objeto de reproche por la

especialidad penal, por lo que los reajustes allí ordenados debieron materializarse, omisión que conlleva a que en la actualidad se esté recibiendo una mesada pensional muy inferior a la que legalmente les corresponde.

Revisada la decisión de primera instancia, se observa que el juez unipersonal encontró razonado el actuar de la demandada de reajustar el valor de la mesada pensional de los demandantes, pues en su sentir, la pensión que fue reconocida al causante no fue liquidada en debida forma, sumado a que existían actos administrativos que se habían expedido de manera fraudulenta e ilegal.

Bajo ese panorama, para la Sala, los argumentos sobre los cuales se edificó la sentencia recurrida se ajustan plenamente con lo normado en el artículo 19 de la ley 797 de 2003, toda vez que en el acto administrativo n.º 000263 del 26 de febrero de 2009, se dejó sentado lo siguiente:

Las resoluciones n.º 142054 del 24 de marzo de 1995 y n.º 143886 del 2 de diciembre de ese mismo año fueron modificadas, al evidenciarse que la pensión y la reliquidación de la misma fue irregularmente liquidada por la empresa Puertos de Colombia, en tanto los factores que se incluyeron para fijar el ingreso base de liquidación no fueron calculados correctamente, (f.º 103-105, 105-107 y 123-132), por lo que coligió que el monto de la mesada pensional para el momento del retiro debió ascender a \$280.554.60.

Respecto de la resolución n.º 143201 del 6 de agosto de 1992 se señaló lo siguiente: “ el ASPN estableció que al ex trabajador CORONEL ANGULO, con la Resolución No. 143201 de 6 de agosto de 1992, se le ordenó el pago de TRECE MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS CON 60/100 (\$13.775.494.60), en virtud de la reclamación administrativa elevada por el ex trabajador, quien solicitó “ *subsidio de alimentación, reliquidación de salarios de directivos sindicales e incrementos del 22% sobre sus salarios para el año 1991; reliquidación de salarios de acuerdo al Acta de 26 de junio de 1989 y su consecencial incidencia salarial y prestacional*”. Dicho acto administrativo se encuentra incluido dentro de los que fueron objeto de investigación por la Fiscalía General de la Nación, en el sumario reseñado anteriormente” Lo resaltado de la Sala.

En cuanto a la resolución n.º 984 de 20 de mayo de 1995 se consagró lo siguiente: “Con Resolución No 984 de 20 de mayo de 1995 se ordenó el pago de una reliquidación de prestaciones sociales, diferencias por reajuste de la mesada pensional y se fijó un nuevo monto de pensión, pasando la mesada

de \$824.632.29 a \$2.015.425.012. Dicho acto administrativo se encuentra incluido en las resoluciones investigadas por la Fiscalía General de la Nación, en el proceso penal adelantado contra NICOLAS ALBERTO DANIES SILVA, ANTONIO VILLAREAL Y PAULINA LINERO, originado en pagos de reajustes y diferencias pensionales valiéndose de certificaciones falsas” Lo resaltado de la Sala.

En lo que tiene que ver con la Resolución 146572 de 31 de diciembre de 1993, se reseñó lo siguiente: “con la Resolución No 146572 de 31 de diciembre de 1993, se ordenó la reliquidación de las prestaciones sociales del señor CORONEL ANGULO, bajo una supuesta incorrecta liquidación de prima de servicio proporcionales, prima de antigüedad vacaciones, prima de vacaciones sin más explicación. La resolución carece de soportes que den cuenta de lo reconocido, por lo que se desconoce el origen y explicación del reconocimiento y pago de diferencias salariales, de los extremos temporales liquidados, y del cálculo de los valores reconocidos”

Dilucidado lo anterior, del contenido del citado acto administrativo se infiere que la decisión de la pasiva, no se basó exclusivamente en una controversia jurídica en la forma de reliquidar la pensión, sino en la utilización de certificaciones que no correspondían con la realidad laboral, al igual que la falta de soportes que sustentaran los actos administrativos, y en cálculos irregulares al momento de determinar los factores salariales, como ya quedara explicado.

Las situaciones referenciadas hacían procedente no solo la revocatoria, sino la modificación de los mencionados actos administrativos, en aplicación del artículo 19 de la Ley 797 de 2003, con fundamento en la orden impartida al Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia y, además, conforme a las facultades de revisión conferidas el artículo 19 ibídem, para ajustar a derecho cualquier irregularidad e inexactitud en la concesión de las prestaciones pensionales, de suerte que los descuentos que se han realizado y se vienen efectuado, encuentran respaldo en la mencionada norma, como quiera que dichas sumas se reconocieron sin el cumplimiento de los requisitos legales para adquirir el derecho.

Así lo ha enseñado la Corte suprema de justicia en sentencia SL1785-2018 -Radicación n.º 59464 del 23 de mayo de 2018 cuando precisó (...) *Así, contrario a lo afirmado por la censura, no incurre el Tribunal en la interpretación errónea del artículo 19 de la Ley 797 de 2003 en cuanto dicho precepto normativo no solamente consagra como causal de revocatoria de las pensiones su reconocimiento con fundamento en documentación falsa sino*

*también, el incumplimiento de los requisitos para su otorgamiento, motivos que en manera alguna entrañan violación al debido proceso al provenir de la ilegalidad no solo de las conductas reprochadas sino también, de los medios usados para acceder a la prestación económica. (...) Lo resaltado de la Sala.*

O en sentencia del SL2896-2019- Radicación n.º 68961 del 31 de julio de 2019 cuando explicó: (...) Así mismo, esta Corte ha indicado que la revocatoria directa de los actos administrativos resulta admisible, aún, sin que obre el consentimiento del beneficiario, «cuando la entidad de seguridad social, estimare que se otorgó por error, equivocación o en contravía de la ley».

En sentencia CSJ SL, 7 jul. 2010, rad. 36707, sobre tal aspecto señaló:

*Ese tema atinente a la revocatoria del acto administrativo que otorga una prestación económica y la consecuente suspensión del pago de las mesadas, ha sido definido por esta Sala, en el sentido de que tal decisión es procedente, aún sin el previo consentimiento del beneficiario, cuando la entidad de seguridad social, en este caso el ISS, estimare que se otorgó por error, equivocación o en contravía de la ley; así quedó definido en la sentencia del 20 de octubre de 2000, radicación 14513, reiterada en la del 14 de agosto de 2007, radicación 30418.*

*La Sala ha explicado que en lo que hace al reconocimiento de prestaciones económicas, en principio las entidades de seguridad social no se hallan sujetas a restricciones como las que prevén los artículos 73 del C.C.A. o 357 del C.P.C. e incluso antes de la Ley 100 de 1993 el artículo 42 del Decreto 2665 de 1988, previó que el I.S.S. debe proceder a la suspensión inmediata de las prestaciones económicas y de salud cuando se compruebe que conforme a los reglamentos no se tenía derecho a ella, desde luego quedando a salvo la posibilidad de los afectados de acudir a la justicia, pues la entidad deberá responsabilizarse por los perjuicios que pueda generar su actitud si resulta ser contraria a la ley.*

*Así las cosas, es evidente que se equivocó el Tribunal al concluir que no podía el ISS revocar en forma unilateral el acto administrativo mediante el cual le había concedido al actor la pensión de sobrevivientes; sin embargo, los cargos no están llamados a prosperar, en tanto en instancia la Corte llegaría a la misma conclusión. (...)*

En otro giro, aunque no se desconoce que las resoluciones 107 de 20 de enero de 1995 y 145530 del 15 de julio de 1993, no fueron relacionadas puntualmente en la resolución 000263 de 26 de febrero de 2009, es de anotar, que la primera de ellas (f.º 35-37), fue expedida por el señor Hernando Rodríguez Rodríguez en su condición de Director General, y conforme a la decisión adoptada en por la Fiscalía General de la Nación – Unidad Nacional de Delitos Administración Pública Estructura de Apoyo para tema de Foncolpuertos, dicha resolución no podría tener efectos jurídicos, en razón a que el ente acusador ordenó la suspensión de los efectos jurídicos y económicos de las resoluciones firmadas por aquel, sumado a que según se lee a folio 160 del plenario, su registro fue reversado en el mes de junio de 1995, en cuanto al segundo acto administrativo, la Sala colige que su estudio quedó inmerso dentro del análisis que se realizó a la pensión del señor Federmann Coronel Angulo, en la medida que el Grupo Interno para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia revisó la prestación desde la misma resolución que reconoció el derecho, para posteriormente concluir que se debía ajustar a derecho la cuantía de la pensión del causante en cuantía inicial de \$280.554.60 para el año de 1992.

Bajo ese panorama, no le asiste razón al recurrente en cuanto señala que el monto de la mesada pensional ascendía a \$290.594.52, como quiera que la resolución que sustentó el reconocimiento pensional como las posteriores que reconocieron las reliquidaciones, debieron reajustarse a derecho ante las evidentes irregularidades e inexactitudes al momento de su concesión.

De otro lado y respecto del argumento relacionado con que la convocada no ha resuelto el recurso de queja presentado contra el auto del 9 de octubre de 2008, o se abstuvo de resolver los recursos de reposición y apelación formulado contra la resolución n.º 163 de 26 de febrero de 2009, así como que guardó silencio frente al derecho de petición radicado el 23 de enero de 2012, es de anotar, que respecto del primero la demandada en su oportunidad le señaló que no le daba tramite porque no se había sustentado y en segundo lugar no se encuentra que el recurso presentado lo haya sido dentro de la oportunidad procesal correspondiente, por lo que si el demandante no estaba conforme con la decisión debió presentar la inconformidad en sede administrativa, de tal manera que esos argumentos no dan lugar al reconocimiento de las pretensiones, máxime cuando la decisión de reliquidación de la pensión se deriva del cumplimiento de una orden judicial de una autoridad penal.

Además de lo anterior, la Sala debe resaltar que si bien es cierto, ni el pensionado ni sus beneficiarios hicieron parte en los procesos penales que

servieron de sustento para dejar de aplicar los reajustes, esa situación no resulta suficiente como para considerar que la situación concreta que los favoreció, se hubiere tornado en legal, ya que no puede dejarse de lado que el incremento en la pensión fue el resultado de actuaciones delictuosas e irregulares, las cuales no puede beneficiar a ninguno de los demandantes, de manera que resulta indiferente quien fue el sujeto del acto ilegal, si con ello se logra demostrar, como aquí ocurrió, que al beneficiario de la prestación ahora sustituida no le asistía ningún derecho, máxime cuando el demandado debía cumplir con la obligación impuesta en la decisión adoptada por la Fiscalía General de la Nación y así mismo, dar aplicación al artículo 19 de la Ley 797 de 2003.

Sobre este puntual aspecto la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4610-2019 - Radicación n.º 63072 del 2.3 de octubre de dos mil diecinueve (2019). Que reiteró la sentencia CSJ SL1975-2019, se explicó lo siguiente:

*Para ahondar en razones, la Corte considera pertinente resaltar que en este caso estuvo suficientemente probada la falsedad de los documentos presentados para obtener un aumento de la cuantía de la pensión del actor y que, ante tal supuesto, aún si se admitiera que hubo aplicación del artículo 19 de la Ley 797 de 2003, de acuerdo con lo previsto en la sentencia de la Corte Constitucional C 835 de 2003, la administración estaba plenamente facultada para revocar directamente los actos administrativos producidos con fundamento en esas conductas punibles, así no estuviera demostrada la responsabilidad penal del actor. Frente a este tópico, la Corte Constitucional señaló: [...] cuando el incumplimiento de los requisitos aludidos esté tipificado como delito y la Corte señala claramente que basta con la tipificación de la conducta como delito, para que la administración pueda revocar, aunque no se den los otros elementos de la responsabilidad penal, de tal manera que en el evento de que el reconocimiento se hizo con base en documentación falsa o se halla comprobado el incumplimiento de los requisitos, basta con que sean constitutivos de conductas tipificadas por la ley penal, hipótesis en la cual se inscribe la utilización de documentación falsa, en conexidad o no con conductas tipificadas por la ley penal tales como el cohecho, el peculado, etc. (...).*

Finalmente, cabe precisar que la administración para ajustar a derecho cualquier irregularidad en la concesión de las prestaciones pensionales económicas reconocidas, no está sujeta a ningún término, como por el ejemplo el contemplado en los artículos 488 del C.S del T o 151 y del C.P.T y S.S., entendiéndose que se puede ejercer en cualquier tiempo.

La Corte Suprema en sentencia SL4610-2019 -Radicación n.º 63072 del 23 de octubre 2019 puntualizó: (...) *Así las cosas, al no estar relacionada con la discusión de factores salariales, esta reliquidación no puede estar sometida al término señalado en los artículos 488 del CST ni el 151 del CPTSS. Así lo adocrinó esta Corporación, cuando indicó que cuando se trata de dar cumplimiento a una decisión emitida por la jurisdicción ordinaria penal, en la que se comprueba la afectación del erario por cuenta de conductas ilícitas, la administración está facultada para ajustar y revocar los actos administrativos correspondientes, «en cualquier tiempo».*(...)

Bajo las anteriores consideraciones, la Sala confirmará 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: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 25 de julio de 2019 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

**SEGUNDO:** Sin costas en la presente instancia

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

(impedimento)  
**DAVID A. J. CORREA STEER**  
Magistrado

La Comisión de Asesoría Técnica, creada por el Decreto N.º 17.000 del 15 de mayo de 1974, en virtud de la Ley N.º 17.000 del 15 de mayo de 1974, ha tenido el honor de recibir de V. S. E. el expediente N.º 10.000/74, que se refiere a la solicitud de inscripción de la Ley N.º 17.000 del 15 de mayo de 1974, en el Registro de la Ley N.º 17.000 del 15 de mayo de 1974.

En virtud de lo expuesto, se ha acordado que el expediente N.º 10.000/74, se inscriba en el Registro de la Ley N.º 17.000 del 15 de mayo de 1974, con el N.º de inscripción N.º 10.000/74.

RESUMEN

RESUMEN: Se trata de la inscripción de la Ley N.º 17.000 del 15 de mayo de 1974, en el Registro de la Ley N.º 17.000 del 15 de mayo de 1974.

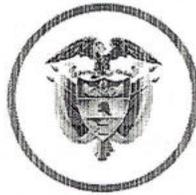
TSB-SH/LA LABORAL  
TSB-SH/LA LABORAL

REGISTRO Y COMPLETOS

FRONTA EN LA MUESTRA YANCHA

SEEREA MARINERO OLIVERO ROSA

DAVID A. L. CORREA AYER



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

TSB-SALA LABORAL  
53988 10/29/20 AM 11:28

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** PEDRO JULIO MEDINA GARZON

**DEMANDADO:** COLPENSIONES

**RADICACIÓN:** 11001 31 05 001 2018 00709 01

**MAGISTRADA PONENTE:** ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre 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, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida el 14 de julio de 2020 por el Juzgado Primero (01) Laboral del Circuito de Bogotá.

**ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende se declare de manera *principal*, que tiene derecho a que se le reconozca y pague la pensión de vejez aplicando para ello un ingreso base de liquidación del 90% conforme lo dispone el Decreto 758 de 1990, y como consecuencia, se condene a Colpensiones a cancelar la diferencia existente entre el valor reconocido y el que realmente se debió pagar, la indexación, los intereses moratorios, lo ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho.

*Subsidiariamente*, solicitó la reliquidación de la pensión de vejez teniendo en cuenta un ingreso base de liquidación de \$4.687.875, conforme a la

Resolución GNR 6686 del 8 de enero de 2018 y no como fue liquidada en la Resolución 008817 del 12 de abril de 2010, al igual que el pago de la diferencia existente entre el valor reconocido y el que realmente se debió pagar, la indexación, los intereses moratorios, lo ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho. (f° 2-3)

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 22 de mayo de 1949; cotizó a Cajanal un total de 768 semanas y al ISS un total de 624.71 semanas; es beneficiario del régimen de transición y cumplió 60 años de edad en el año 2009; el otrora ISS le reconoció una pensión de vejez mediante Resolución 008817 aplicando la Ley 71 de 1988; posteriormente solicitó la reliquidación de su prestación, misma que fue negada por la Resolución GNR 6686 del 8 de enero de 2016, decisión que fue confirmada en sede de apelación. (f°.32-33)

Frente a esas pretensiones, la parte demandada se opone a su prosperidad con el argumento de que la prestación se estudió con todos los regímenes para los cuales el pensionado tenía expectativa pensional, encontrando que el más favorable era la Ley 71 de 1988, además, se estableció que la cuantía de la prestación en aplicación del Decreto 758 de 1990, es inferior a la ya reconocida.

Presentó como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, innominada o genérica y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público. (f. 43-50)

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado primero (01) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 14 de julio de 2020, absolvió a la demandada de todas las pretensiones y condenó en costas a la parte actora.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

La parte demandante presentó recurso de apelación con sustento en el reciente cambio jurisprudencial emanado de la Corte Suprema de Justicia, en tratándose de acumulación de tiempos públicos y privados para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez regulada en el Acuerdo 049 de 1990.

En cuanto a las pretensiones subsidiarias, solicitó tener en cuenta el ingreso base de liquidación determinado en la Resolución GNR 6686 del 8 de enero de 2016, supuesto aceptado por Colpensiones al dar contestación a los hechos de la demanda.

### **ALEGACIONES**

Presentaron alegaciones los apoderados de las partes demandante y demandada, respectivamente.

El apoderado de COLPENSIONES presenta poder de sustitución, en consecuencia, se reconoce personería para actuar a la dra. LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ, identificada con la cédula de ciudadanía 31.846.436 y T.P. 303924.

### **PROBLEMA JURIDICO**

Atendiendo el artículo 66 A del CPTYSS esta sala deberá Determinar si se debe reliquidar la pensión demandante aplicando para el efecto la tasa de reemplazo del 90% prevista en el Acuerdo 049 de 1990 y si bajo esta normatividad se pueden computar los tiempos públicos cotizados a otras cajas.

En caso negativo, se estudiará la viabilidad de re liquidar la pensión de vejez teniendo en cuenta un ingreso base de liquidación reseñado en la Resolución GNR 6686 del 8 de enero de 2018.

### **CONSIDERACIONES**

#### **Pruebas relevantes:**

- A folios 8-12, resoluciones GNR 6686 del 8 de enero de 2016 y 008817 del 12 de abril de 2010.
- Expediente administrativo.
- Historia laboral.

#### **Marco legal y Jurisprudencial:**

Acuerdo 049 de 1990.

Sentencias, SL8853-2017, Radicación N.º 70033 del 10 de mayo de 2017, sentencia SL16810-2016, Radicación N.º 49596 del 26 de octubre de 2016, Sentencia SL16081-2015, Radicación No 48860 del 7 de octubre de 2015,

reiteró la sentencia SL16104-2014, del 5 de noviembre de 2014 radicación 44901, sobre la imposibilidad de sumar tiempos de servicios en el sector público no cotizados al ISS con semanas efectivamente cotizadas a dicha entidad de seguridad.

La sentencia C-258 de 7 de mayo de 2013 de la Corte Constitucional sobre la afiliación al régimen anterior antes de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 y lo que constituye abuso del derecho. *“En términos generales, comete abuso del derecho: (i) aquél que ha adquirido el derecho en forma legítima, pero que lo utiliza para fines no queridos por el ordenamiento jurídico; (ii) quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico; (iii) el titular de un derecho que hace un uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines; y (iv) aquél que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue.*

Sentencia SL7107-2015, radicación 48182, de 28 de mayo de 2015 de la Corte Suprema de Justicia.

*“Con menor intensidad, pero con igual nivel de uniformidad, a partir de lo preceptuado en el artículo 238 del estatuto que se comenta, se ha decantado por la jurisprudencia que la regla de inescindibilidad comporta la imposibilidad de «utilizar fraccionadamente las normas pensionales para acoplar la situación que mejor convenga al demandante» (SL17403-2014); entre otras en sentencia de casación CSJ SL 24 abr 2013, rad. 39036, consideró la Sala:*

*Para darle una respuesta adecuada a tales planteamientos, se debe comenzar por advertir que no existe alguna discusión en torno a que la demandante es beneficiaria del régimen de transición que prevé el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Dicho supuesto fue aceptado por el Instituto de Seguros Sociales en la Resolución No. 00071 del 19 de enero de 2001 (fls. 10 a 12), indicado en la demanda y aceptado en la contestación, además de asumido por los falladores de instancia. En tal orden, no entiende la Corte el reclamo esbozado en el alcance de la impugnación atinente a que se reconozca dicho beneficio.*

*Lo que sí parece discutirse es la norma que debe aplicarse a la actora, por la remisión del régimen de transición y, más allá de eso, cuál disposición es la que debe regir la liquidación de la prestación, en cuanto a porcentaje e Ingreso Base de Liquidación, que, en el sentir del censor, tendrían un efecto claro en*

*este caso, porque el Instituto de Seguros Sociales no tuvo en cuenta todo el tiempo de servicios y cotizaciones.*

*En torno a tal aspecto, el Tribunal dedujo de manera correcta que el régimen aplicable a la actora, por transición, era el contemplado en la Ley 33 de 1985, en la medida en que había tenido la condición de servidora pública durante más de 20 años y había alcanzado la edad de 55 años, de manera tal que había cumplido con los requisitos que allí se establecen. Por lo mismo, determinó que la pensión debía liquidarse con el 75% del ingreso base, tal y como lo prescribe el artículo 1 de dicha norma y en la forma en la que lo había realizado el Instituto de Seguros Sociales, en la Resolución No. 00071 del 19 de enero de 2001.*

*Partiendo del mismo presupuesto, resultaba intrascendente que la actora tuviera más tiempo de servicios o cotizaciones, pues en el régimen de la Ley 33 de 1985, ese hecho no se traducía en un mayor porcentaje de liquidación de la pensión, que invariablemente viene a ser de 75%. De la misma forma, era totalmente improcedente acudir al artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, para aumentar dicho porcentaje, como lo reclama el censor, pues esa disposición hace parte de otro régimen de pensiones diferente, que no se puede mezclar inapropiadamente, so pena de desconocer principios como el de inescindibilidad de la norma».*

### **Caso concreto**

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición a favor de aquellas personas que a la entrada en vigencia de la referida norma, es decir, a 1° de abril de 1994, tuvieran 40 años de edad si es hombre o 15 años de servicios, a fin de que les fuera aplicado el régimen pensional anterior al cual se encontraran afiliados en cuanto a la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto; el cual fue limitado por el Acto legislativo 1 de 2005, hasta el 31 de julio de 2010, salvo para quienes a la entrada en vigencia contaran con 750 semanas a quienes se les extendió hasta el año 2014.

El demandante es beneficiario del régimen de transición conforme se deduce de los actos administrativos arrimados al plenario, mediante los cuales se reconoció la pensión en el marco de la Ley 71 de 1988.

Pretende el demandante la reliquidación de la pensión que viene disfrutando en virtud de la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 y acumulando para ese

efecto los tiempos públicos laborados, con fundamento en el reciente cambio de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sobre esta materia.

Bajo ese escenario, se debe precisar que el recurso de apelación no tiene vocación de prosperar, en tanto que al hacer una relectura de la sentencia que sustenta la alzada – SL 1947-, evidencia esta Corporación que dichos tiempos fueron tenidos en cuenta por la Corte para el reconocimiento de la pensión de vejez; más no para obtener la reliquidación de la prestación, sumado a que en los reglamentos de la demandada, no existe disposición alguna que autorice la sumatoria de tiempos públicos con las semanas efectivamente cotizadas a dicha administradora.

En este punto, cabe señalar que si bien, la Sala no desconoce la reciente sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia con radicación SL 2557 de 2020, por medio de la cual considera viable, en tratándose del Acuerdo 049 de 1990, acumular los tiempos de servicios públicos cotizados a otras cajas de previsión del sector público a efectos de obtener la reliquidación de la pensión de vejez, es de anotar que esa única decisión no constituye doctrina probable, pues solo tres “decisiones uniformes” de la Corte Suprema en sede de casación y “sobre un mismo punto de derecho” tienen este potencial de conformidad con el artículo 4 de la Ley 169 de 1896, declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-836-01.

En gracia de discusión, tampoco puede pasarse por alto que las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, como, por ejemplo, la SU-769 de 2014, SU 057 de 2018 y SU 090 de 2018, se refieren a la acumulación de las semanas cotizadas al ISS con el tiempo público para el reconocimiento de la pensión de vejez, y no para la reliquidación de las pensiones, lo que reafirma la improsperidad del recurso de apelación.

Adicionalmente, bueno es recordar que la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-258 de 2013 que entre las situaciones que pueden generar un abuso del derecho, se encuentra la de aprovecharse de una interpretación de las normas o reglas para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico, como lo sería dar aplicación a una norma para obtener una tasa de reemplazo no contenida en la disposición que le permite adquirir el derecho a la pensión.

En conclusión, como la reliquidación pretendida no está llamada a prosperar, se confirmará la sentencia de primera instancia, en este punto.

En otro giro, frente al recurso de apelación relacionado con las pretensiones subsidiarias, esta Sala una vez realizadas las operaciones aritméticas de rigor, establece que no hay lugar a la prosperidad de las mismas, como quiera que se obtuvo un ingreso base de liquidación de los últimos 10 años equivalente \$ 4.296.603,58, que al aplicarle una tasa de reemplazo del 75% arrojó una primera mesada pensional de \$3.222.452,68, esto es, un guarismo inferior al reconocido en otrora oportunidad por el ISS, mediante Resolución 008817 del 12 de abril de 2010, que ascendió a \$3.231.795, en consideración a un ingreso base de \$4.309.060.

Ahora bien, revisada la Resolución GNR 6686 del 8 de enero de 2016, se observa que la encartada determinó en su parte considerativa un ingreso base de liquidación de \$4.687.875 que al aplicarle una tasa de reemplazo del 75% arroja una mesada pensional de \$3.515.906 para el año 2012, calenda para la cual se estudió la solicitud de reliquidación, en virtud del fenómeno de prescripción que se analizó en aquella oportunidad, cuantía que corresponde a la mesada que devengaría el actor para ese año, luego de aplicar a la primera mesada pensional, el correspondiente incremento anual, tal y como a continuación se refleja.

Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada
01/07/09	31/12/09	7,67%	\$ 3.222.453,00
01/01/10	31/12/10	2,00%	\$ 3.286.902,00
01/01/11	31/12/11	3,17%	\$ 3.391.097,00
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 3.517.585,00

De suerte que no existiendo ninguna diferencia a favor del actor respecto del ingreso base de liquidación que la convocada tuvo en cuenta para liquidar su prestación de vejez, debe confirmarse la decisión de primera instancia.

Finalmente, importa anotar que dicho acto administrativo, si incurre en un error aritmético cuando en la tabla de liquidación se señala:

VALOR IBL 1: \$ 4,687,875.00 x 75%= 3,805,946.00, pues dicha operación arroja una cuantía de \$3.515.906.25, error del que no podría beneficiarse el demandante para que su petición de reliquidación saliera avante.

Bajo las anteriores consideraciones, se impone la confirmación de la sentencia recurrida.

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

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

**RESUELVE**

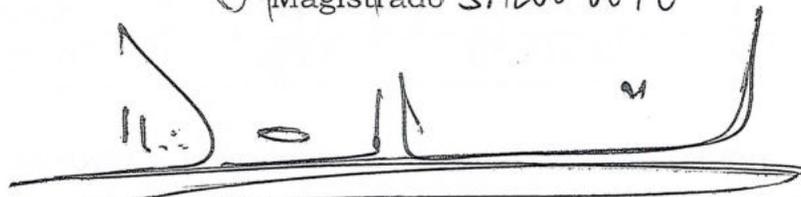
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 14 de julio de 2020 por el Juzgado 01 Laboral del Circuito de Bogotá por las razones expuestas.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado *SALVO VOTO*

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

## SALVAMENTO DE VOTO

**Demandante:** Pedro Julio Medina

**Demandado:** Colpensiones y otros

**Radicado:** 110013105 001 2018 00709 01

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que en el caso bajo estudio si es procedente la reliquidación de la pensión implorada, dado que conforme el actual criterio imperante en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como máxima Corporación de la jurisdicción laboral, al amparo del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, si es procedente la sumatoria de tiempos de servicios en los sectores público y privado, con o sin cotización al Instituto de Seguros Sociales, no solo para acceder a la pensión, sino también a su reliquidación.

En efecto la Corte Suprema de Justicia en SL 2557-2020, que reiteró la SL1947-2020 y SL1981-2020, frente al particular, puntualizó que:

*Pues bien, en recientes pronunciamientos la Corte cambió de criterio jurisprudencial y estableció que en el marco del Acuerdo 049 de 1990 es procedente la sumatoria de tiempos de servicios en los sectores público y privado, con o sin cotización al Instituto de Seguros Sociales (CSJ SL1947-2020 y CSJ SL1981-2020). Precisamente, en la primera referida, la Corporación explicó:*

*No obstante, ante un nuevo estudio del asunto, la Corte considera pertinente modificar el anterior precedente jurisprudencial, para establecer que las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pueden consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, y los tiempos laborados a entidades públicas.*

*Para modificar tal criterio jurisprudencial, debe destacarse que tal como lo ha indicado la jurisprudencia de esta Corporación, el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 tuvo como finalidad esencial proteger las expectativas legítimas de quienes estaban próximos a pensionarse, a fin que estuvieran cobijados por la legislación precedente, en los aspectos definidos por el legislador.*

*Este tipo de regímenes se prevé en los sistemas de seguridad social a fin de que los cambios legislativos en materia pensional no sean abruptos para los ciudadanos, sino que su aplicación sea progresiva y gradual y no se afecten las expectativas legítimas de quienes se encontraban cerca de*

*consolidar los derechos prestacionales. Es el establecimiento de condiciones de transición lo que garantiza la aplicación ultraactiva de la disposición anterior, se reitera, en algunos aspectos definidos por el propio legislador.*

*Específicamente, el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 implicó una protección especial para quienes se encuentran cobijados por éste, en el sentido de que la normativa anterior aplicable tendría los mencionados efectos ultraactivos solamente en los aspectos de edad, tiempo y monto, pues el resto de condiciones pensionales se encuentran regidas por las disposiciones de la Ley 100 de 1993.*

*De lo anterior se deriva que si la disposición precedente solo opera para las pensiones de transición en los puntos de edad, tiempo y monto, entonces la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos Radicación n.º 72425 SCLAJPT-10 V.00 11 privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.*

*En efecto, el literal f) del artículo 13 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecen que para el reconocimiento de las pensiones se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio que se haya prestado en calidad de servidor público, cualquiera que sea el número de semanas o el tiempo de servicio. En el mismo sentido, se reafirma, el parágrafo 1.º del artículo 33 de dicho precepto consagra la validez de los tiempos como servidor público para el cómputo de las semanas.*

*Esta lectura es acorde justamente con las finalidades propias de la Ley 100 de 1993, como ley del Sistema Seguridad Social Integral, pues esta regulación permitió que las personas pudieran acumular semanas aportadas o tiempos servidos al Estado, indistintamente, para efectos de consolidar su pensión de vejez, bajo el presupuesto de que los aportes a seguridad social tengan soporte en el trabajo efectivamente realizado.*

*Lo anterior permite reconocer que, durante su trayectoria profesional, las personas pueden estar unos tiempos en el sector público o en el sector privado, dado que ello hace parte de las contingencias del mercado laboral y lo relevante es que el Estado permita tener en cuenta lo uno y lo otro para el acceso a prestaciones económicas, pues, en últimas, lo que debe contar es el trabajo humano.*

*La posibilidad de la sumatoria de tiempos parte también de la propia Ley 100 de 1993, que contempló diversos instrumentos de financiación, tales como los bonos pensionales, los cálculos actuariales o las cuotas partes, que permiten contabilizar todos los tiempos servidos y cotizados para efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas, sin distinción alguna.*

*En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior*

*entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultraactiva de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.*

*En tal dirección, así debe entenderse el párrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que permite la sumatoria de tiempos públicos y privados, por cuanto es inusual que un párrafo no haga relación a la temática abordada por una norma, como en este caso serían las pensiones derivadas del régimen de transición, de modo tal que el cómputo previsto en este párrafo es predicable tanto para las prestaciones de Ley 100 de 1993 como las originadas por el beneficio de la transición de esta normatividad.*

*Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado ius cogens (...).*

**Conforme lo anterior, conforme al Acuerdo 049 de 1990 es viable acumular los tiempos de servicios públicos que cotizó la actora a otras cajas de previsión del sector público a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez contemplada en dicho reglamento.**

**De modo que tal criterio jurisprudencial también es aplicable al asunto en controversia, esto es, a la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante. (Negrillas fuera de texto).**

En consecuencia, para el suscrito Magistrado lo procedente es reliquidar la pensión de vejez reconocida al demandante e imponer las consecuentes condenas.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado



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

TSP-SALA LABORAL

53000-100720 AM11:27

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** MARTHA CECILIA ROMERO ENTRALGO

**DEMANDADO:** COLPENSIONES Y PROTECCION

**RADICACIÓN:** 11001 31 05 003 2019 00732 01

**MAGISTRADA PONENTE:** ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre 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, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 23 de julio de 2020 por el Juzgado 03 Laboral del Circuito de Bogotá.

**ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende se declare que COLMENA AIG CESANTIAS Y PENSIONES hoy ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN omitió proporcionar información necesaria, transparente, cierta, real, suficiente, determinante, oportuna al momento de realizar la afiliación y traslado de régimen pensional, lo que conlleva a la ineficacia del mismo, para que como consecuencia de ello, se declare que nunca se trasladó de régimen, que sigue válidamente afiliada a Colpensiones, que Protección debe trasladar los dineros y rendimientos depositados en su cuenta individual al régimen de prima media, incluidas las sumas percibidas por concepto de gastos de administración. (fº 3-4)

Frente a esas pretensiones, Colpensiones se opuso a su prosperidad al considerar que la demandante se trasladó al régimen de ahorro individual de manera libre, voluntaria y ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen, sumado a que la demandante no acreditó la existencia de vicio en el consentimiento y se encuentra incurso en la prohibición de traslado señalado en la ley 797 de 2003.

Presentó como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inexistencia de la obligación de afiliación, inexistencia de la obligación al reconocimiento y pago de una pensión de vejez al estar la demandante pensionada en el RAIS por parte de la AFP Protección, el error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos y la genérica (f°. 95-118)

La Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. se opuso a las pretensiones, por encontrarse frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, además, la demandante se encuentra dentro de la limitante de los últimos 10 años para el cumplimiento de la edad de pensión establecido en la Ley 797 de 2003.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó como inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica. (f°135- 147)

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado tercero (3) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 23 de julio de 2020, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones y condenó en costas a la parte actora.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

La parte demandante presentó recurso de apelación con sustento en que la demandante no confesó haber recibido una asesoría completa e integral,

pues no se le explicaron las características, requisitos ventajas y desventajas de su traslado de régimen, ii) el fondo no probó haber entregado información a la accionante, y iii) se configura la causal de ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993

### **CONSIDERACIONES**

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia 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 13, cédula de ciudadanía que da cuenta que la demandante nació el 6 de junio de 1960.
- A folio 39, formulario de afiliación.
- A folio 20-69, historia laboral en Protección.
- A folio 73, misiva calendada el 28 de febrero de 2019, donde se le notifica a la actora el reconocimiento de la pensión de vejez anticipada, a partir del 11 de enero de 2019.
- A folio 72, comunicación enviada por Colmena AIG, informándole a la demandante que tiene derecho a la expedición de un bono pensional.
- A folio 124-128, historia laboral de Colpensiones.
- A folio 191-193, comunicados de prensa.
- A folio 149, registro SIAFP.
- Interrogatorio de parte rendido por la demandante.

#### **Caso Concreto**

La sentencia de primera instancia que niega las pretensiones es recurrida bajo el argumento de que la demandante no confesó haber recibido una asesoría completa e integral, sumado a que no se logró acreditar que el fondo le hubieren entregado información sobre las implicaciones del traslado y se configuró la causal de ineficacia consagrada en el artículo 273 de la Ley 100 de 1993.

Bajo ese horizonte, se debe tener en cuenta para resolver el problema jurídico planteado los elementos de prueba antes relacionados, las normas vigentes para la fecha del traslado y la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional.

Revisados los elementos de prueba que obran en el expediente se tiene como hechos probados que: la demandante a la edad de 39 años se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual cuando contaba con 928.57 semanas cotizadas al sistema (fº 124); para dicha data no se encontraba incurso en alguna causal de exclusión de dicho régimen consagrada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 en la medida en que a la entrada en vigencia de la Ley 100 contaba con 34 años de edad y menos de 15 años de cotizaciones, esto es, no tenía 50 años de edad ni se prueba que gozara de alguna pensión de invalidez; y suscribió la vinculación al RAIS de manera libre, espontánea y sin presiones, tal como lo aceptó en la exposición del interrogatorio de parte.

De tal manera que la prueba documental y el interrogatorio expuesto permiten colegir el consentimiento en el traslado y que dicho acto jurídico reunió los requisitos señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 que son de validez de conformidad con el mismo artículo, norma que señalaba que la manifestación de la voluntad debía ser en forma libre, espontánea y sin presiones, aunado a que no se acredita circunstancia 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 esas entidades les está vedado rechazar una solicitud cuando la persona cumple los requisitos para tal fin.

Como sustento de las pretensiones y del recurso de alzada, señala la apoderada que al momento del traslado la demandante no fue asesorada correctamente, sin embargo, esa aseveración al analizar el interrogatorio de parte expuesto por la demandante se desvirtúa porque ella confesó que a la empresa llegaron varios asesores de los fondos privados, dentro de los cuales estaba el de Colmena, a quien procedió a pedirle que la atendiera personalmente, porque cada caso era único, el asesor le explicó *“que Colmena eran unas bolsitas individuales y en Colpensiones era una bolsa gigantesca donde entraban los senadores, congresistas, etc y que lo que nosotros aportábamos también era para la pensión de ellos”* (...) *“le dije por qué no me hace un estudio de mi caso particular, él tomó mis datos como desde cuando estaba afiliada, la dirección, más o menos lo que me preguntaron fue dirección, cargo, que estudios tenía, unas preguntas muy sencillas, y posteriormente volvió a la empresa y me llevó un documento que lo anexamos, por lo menos lo entregué, en donde me explicaron que yo en Colmena iba a tener una mejor pensión, era soltera, sigo felizmente soltera y por eso en ese análisis me decían que en esa época con ellos me iba a pensionar como con \$900, con un simulacro que se hizo de un millón y si me quedaba en el ISS mi pensión iba a ser del orden de 800 ”* (...), más adelante agregó que por el resultado del estudio que le llevó el asesor decidió

trasladarse, fue como un simulacro de cuanto se llegaría a ganar si se pensionara ese día, para arribar a esa conclusión se tuvo en cuenta su caso particular.

Adicionalmente, se evidencia a folio 73, misiva calendada el 28 de febrero de 2019, donde se le notifica a la actora el reconocimiento de la pensión de vejez anticipada, a partir del 11 de enero de 2019.

De tal manera que le asiste razón al juez unipersonal al señalar que la demandante confesó haber recibido información completa y suficiente para tomar la decisión de trasladarse de régimen, sumado a que no puede desconocerse que la encartada brindó en dos oportunidades diferentes información personalizada al respecto, además, suministró una proyección sobre la mesada pensional de la demandante en ambos regímenes, teniendo en cuenta las condiciones personales y particulares de aquel momento, al punto que el “simulacro” arrojó una mejor monto pensional si se trasladaba al fondo privado, lo que permite colegir que la promotora valoró y analizó la conveniencia de escoger para su futuro pensional el Régimen de Ahorro Individual para garantizar el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, invalidez y muerte.

En otras palabras, la decisión de trasladarse no fue por la falta de información que dé lugar a la ineficacia o inexistencia o nulidad del acto administrativo, por el contrario, se considera que fue una decisión pensada y sustentada en lo indicado por el asesor y por la proyección que en ese momento le fue puesta a su consideración.

Debe resaltarse que gracias a la escogencia del Régimen de Ahorro Individual con solidaridad es que la demandante logró adquirir el derecho a la pensión anticipada, ya que esta prerrogativa no la establece el Régimen de Prima Media dado que para adquirir el derecho a la pensión en este se debía cumplir los requisitos de edad y semanas cotizadas.

Respecto del deber de información que se impone a las administradoras de pensiones, es dable recordar el reiterado precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que ha indicado 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).

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 a la demandante, pero si en gracia de discusión se pasara por alto esa situación, es lo cierto que además de la información suministrada de manera oral, el fondo también realizó una proyección sobre el futuro pensional de la actora, lo que sin lugar a dudas permite colegir que en el presente caso si existió la información, situación contraria al argumento expuesto en el recurso de apelación.

Aunado a que sin desconocer esa obligación legal de las entidades que administran los recursos pensionales de asesorar a los afiliados desde la vigencia de la Ley 100 de 1993, se debe señalar que todos los aspectos que regulan el tema pensional se encuentran regulados en la ley, cuyo desconocimiento no sirve de excusa de conformidad con el artículo 9 del Código Civil, el cual fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 651 de 1997, y 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, lo cual descarta la existencia de un error de derecho que por su naturaleza no afecta de vicio el consentimiento.

De tal manera que al aplicar el reiterado precedente de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral sobre la carga de la prueba que se encuentra bajo la responsabilidad del fondo de pensiones se verifica en el presente caso con los elementos de prueba que obran en el proceso analizados bajo los criterios del artículo 61 del CPTYSS y el principio de la comunidad de la prueba que el fondo entregó asesoría a la demandante, lo cual desvirtúa la ineficacia del traslado por la causal de falta de información señalada en la jurisprudencia.

De otro lado, no se alega la existencia de dolo o fuerza, ni el traslado de régimen constituye en un objeto o causa ilícitos por lo que se colige que en el presente caso no se configuran vicios que den lugar a declarar la nulidad del acto del traslado régimen pensional

En relación con la causal de ineficacia del traslado consagrada en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, y que se refiere a una ineficacia en sentido estricto, es de anotar que esta es una norma sancionatoria cuya aplicación no le compete a la jurisdicción ordinaria laboral en la medida en que en ella se establece el hecho generador, (actos que impidan o atenten en cualquier

forma el derecho a la afiliación o selección), la sanción ( multa, la pérdida de efectos de la afiliación) y la autoridad competente para su imposición (Ministerio del Trabajo y Seguridad Social o Ministerio de Salud en cada caso), por lo que el asunto no puede ser estudiado bajo esta óptica por este Tribunal.

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

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

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

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

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, en la medida en que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a las Administradoras en los periodos en que la demandante se vinculó a ellas y se le reconoció la pensión de vejez a la demandante.

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

Si en gracia de discusión se analizara la causal de ineficacia en sentido estricto del acto de traslado por incumplimiento al deber de información asignado a las Administradoras de Pensiones, que se reitera deviene de la jurisprudencia, se encuentra en el presente caso que la carga de la prueba bajo la responsabilidad de los fondos fue cumplida en la medida en que es la misma demandante quien en el interrogatorio de parte confesó los términos en que le fue otorgada la asesoría.

Aunado que para la aplicación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se debe remitir a normas contenidas en el Código de Comercio que son ajenas a la legislación laboral ya que esta última solo autorizan la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera completa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, cuya competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial.

Adicionalmente, no se puede desconocer que la demandante es una persona que se encuentra pensionada y sobre la situación de las personas que se encuentran ad portas de exigir el derecho a la pensión la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993, indicando que se vulneran los principios de equidad y sostenibilidad financiera, con mayor razón se afectan esos principios cuando la persona ya ha causado y hecho exigible el derecho pensional.

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

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

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

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

Además de la jurisprudencia de la Corte Constitucional también se colige que esas decisiones vulneran el principio de solidaridad propio del régimen de prima media porque se trasgrede el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, lo cual se constata en la sentencia C-401 de 2016 cuando expuso “... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo.

*Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas.*

*Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”.*

En la sentencia C-083/19, señaló que “el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema.

*La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.*

*De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión.*

*En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima. Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto - régimen de prima media tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional [30], y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación [31], de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.*

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

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

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 equidad, solidaridad y sostenibilidad financiera del Régimen de pensiones; que no se dan los presupuestos jurisprudenciales para declarar la ineficacia del traslado señalados por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral y no se prueban vicios del consentimiento consagrados en las normas legales antes citadas, y en consecuencia, hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia.

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

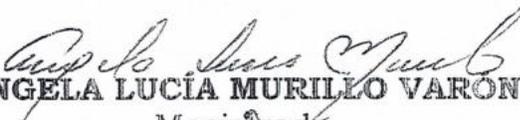
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

**RESUELVE**

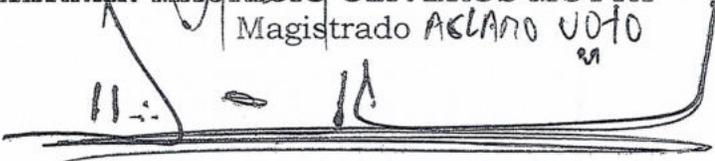
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 23 de julio de 2020 por el Juzgado Tercero (03) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado **ACLARO VOTO**

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

## ACLARACIÓN DE VOTO

**Demandante:** Martha Cecilia Romero  
**Demandado:** Colpensiones y otros  
**Radicado:** 110013105 003 2019 00732 01

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

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

Considero que conforme a los lineamientos sentados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL-413 de 2018, según la cual, bajo el principio de la realidad sobre las formas prevista en el artículo 53 de la Constitución Nacional, es dable identificar la voluntad de afiliación o permanencia en un régimen pensional a partir de conductas inequívocas del afiliado, tal como sucede en este caso, en donde existen seria conductas indicativas de su real voluntad de permanecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad y presupone el conocimiento de las características del mismo.

Por tal motivo, para el presente caso no es aplicable como regla absoluta para la solución del mismo, una falta de información al momento del traslado, dadas las particularidades advertidas.

En estos términos aclaro el voto.

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado



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

TSB-SALA LABORAL

53978 202720 AN11:27

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** OLGA CECILIA CERQUERA PERDOMO

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

**RADICADO:** 11001 31 05 002 2018 00637 01

**MAGISTRADA PONENTE:** ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre 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, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el recurso de apelación presentado por los apoderados de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 23 de julio de 2020 por el Juzgado Segundo (2°) Laboral del Circuito de Bogotá y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Demandada COLPENSIONES.

**ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende que se declare la nulidad de afiliación efectuada en el mes de septiembre de 1996 ante la AFP PORVENIR S.A. y como consecuencia ordenar a PORVENIR S.A., a retornar a la demandante junto con todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado; ordenar a COLPENSIONES a recibir a la demandante y mantenerla como afiliada desde el día 18 de julio de 1980 sin solución de continuidad; condenar a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho y a lo ultra y extra petita.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: nació el 18 de noviembre de 1961; cotizó al ISS un total de 458 semanas del 18 de julio de 1980 hasta el 29 de agosto de 1996. En el mes de agosto de 1996 ante la insistencia de los asesores de la AFP PORVENIR se

trasladó de régimen pensional; los asesores de la AFP le argumentaron que el ISS se acabaría y que solo existirían los regímenes privados; igualmente, le informaron que podía pensionarse a la edad que quisiera y con el sueldo que quisiera; no se le suministró al momento de la afiliación información clara y veraz, no se le realizó proyección pensional, ni tampoco le explicaron las condiciones reales que eran necesarias para que se pensionara. La demandante continuó cotizando en la AFP hasta julio de 2018, acumulando un total de 784 semanas en el régimen de ahorro individual y en total en ambos regímenes un total de 1.242 semanas. El día 18 de julio de 2018, radicó derecho de petición ante la AFP Porvenir y a Colpensiones solicitando el retorno al régimen de prima media y la nulidad de traslado; ambas entidades dieron respuesta negativa a los derechos de petición. De acuerdo con la simulación pensional, en el RAIS recibiría una mesada pensional de \$ 781.242 y en el RPM de \$ 2'130.998. (Fls. 1 a 18)

Frente a esas pretensiones, la entidad **COLPENSIONES** se opuso a todas argumentando que mediante el derecho a la libre escogencia de régimen en materia pensional el afiliado está aceptando directamente todas las condiciones que se encuentran inmersas en él, y el desconocimiento de cualquier disposición frente a este no es argumento suficiente para alegar la nulidad de traslado entre regímenes; además, la accionante ha estado afiliada al RAIS por más de 22 años, sin haber manifestado en ningún momento su inconformidad de pertenecer al mismo. Presentó como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción e innominada o genérica. (Fls. 73-85)

Por su parte, la entidad **PORVENIR S.A.** se opuso igualmente a todas las pretensiones con los argumentos de que no se configuró ningún vicio en el consentimiento por cuanto la demandante de forma autónoma y mediando un consentimiento libre de vicios suscribió el formulario de vinculación en el cual se hace expresa mención de las circunstancias de haber firmado el documento de forma libre y voluntaria, con conocimiento real acerca del acto jurídico que realizaba y sin presión por parte de ningún asesor, pues su firma es auténtica y no ha sido cuestionada; además, dicho traslado se realizó en cumplimiento de los requisitos legales para su momento. Presentó como excepciones de fondo 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. (Fls. 114-118)

### DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Segundo (2º.) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 23 de julio de 2020, declaró la nulidad de la afiliación realizada el 23 de agosto de 1996 a Porvenir S.A.; condenó a Porvenir S.A. a trasladar dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria a Colpensiones los valores que reposaren en la cuenta de ahorro individual de la

demandante con los rendimientos que se hubieren causado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del C.C., sin que haya lugar a que de dichas sumas se realicen descuentos con ocasión de gastos de administración; ordenó a Colpensiones a recibir a la demandante, corregir y actualizar su historia laboral como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático; condenó en costas a Porvenir S.A., incluyendo como agencias en derecho la suma de 2 SMLMV.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

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

**PORVENIR:** i) la demandante fue debidamente asesorada como se corrobora con el formulario de afiliación, único documento que se exigía en ese momento, ii) los gastos de la administración no se deben devolver y estos se establecieron desde la creación del régimen, iii) ni tampoco hay lugar a la devolución del bono y iv) las costas.

**COLPENSIONES:** Expuso en el recurso que la actora se encuentra en la prohibición legal de trasladarse pues le faltan menos de 10 años para pensionarse, normatividad que fue declarada exequible con la sentencia C1024 del 2004 emitida por la corte constitucional, por lo cual no se puede desconocer.

Debe estudiarse la nulidad del contrato con las consecuencias jurídicas de esta figura, ya que, al alegarse un vicio en el consentimiento al momento de tomar la decisión del traslado debió probarse dicho vicio.

No se demostró una supuesta falta de información.

La única exigencia normativa en cabeza de los fondos para el momento en que se dio el traslado era la suscripción del formulario.

Al autorizar el traslado la pensión de la actora resultaría subsidiada a costa de los recursos ahorrados de manera obligatorio por los otros afiliados al esquema dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría.

### **ALEGACIONES**

Presentó Alegaciones la apoderada de la parte demandada Colpensiones.

El apoderado de COLPENSIONES presenta poder de sustitución, en consecuencia, se reconoce personería para actuar a la Dra. KAREN SILVANA MENDIVELSO CUELLAR, identificada con la cédula de ciudadanía 1.010.201.041 y T.P. 267784.

## CONSIDERACIONES

### PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la nulidad de afiliación de la demandante.

#### Elementos de prueba relevantes:

- A folio 19, cedula de ciudadanía de la demandante, que da cuenta nació el 18 de noviembre de 1961.
- A folios 20, 28, 87, certificado de traslado de Colpensiones.
- A folios 21-22, 29-32, 125-146 resumen cuenta, resumen semanas cotizadas.
- A folios 23-25, liquidación de pensión al 31 de julio de 2018.
- A folios 26-27, simulación pensional Porvenir.
- A folios 33-51 reclamaciones administrativas y respuestas.
- A folios 52, 119-122 formulario de afiliación a la AFP Porvenir, 23 de agosto de 1996, 22 de mayo de 1998 y 16 de junio del 2000.
- A folios 53-54, declaración extra proceso de la demandante.
- A folio 55, certificación laboral de Serviduchas y productos asociados.
- A folio 123, certificado de afiliación Porvenir S.A.
- A folio 124, certificación SIAFP.
- A folio 147, comunicado de prensa sobre AFP's.
- Expediente administrativo.
- Interrogatorio de parte del representante legal de Porvenir y demandante.

#### Caso Concreto

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

En el caso de auto está probado que la demandante a la edad de 34 años se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, contando con 458 semanas cotizadas al sistema (fol. 29), no estaba incurso en las causales de exclusión señaladas en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993, por cuanto a la entrada en vigencia del sistema no tenía 50 años de edad ni se acredita que gozara de una pensión por invalidez; sumado a que diligenció el formulario de solicitud de vinculación a PORVENIR de manera voluntaria, tal como se desprende de dicho documento (fol. 52), manifestación de la voluntad que se corrobora con el interrogatorio de parte rendido por la actora.

De lo anterior, se puede dar por cierto lo argumentado por los recurrentes en cuanto señalaron que el acto del traslado al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió, y cumple con los presupuestos legales para su validez señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, norma que permitía que el trámite se realizara con documentos preimpresos, sin que se encuentre prueba que llegue a concluir que el fondo debía negar la solicitud de traslado, ya que no puede olvidarse que a estas entidades les estaba prohibido rechazar la vinculación de cualquier persona que cumpliera con los requisitos, de acuerdo a lo estipulado en los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

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, el formulario de vinculación “a lo sumo acredita el consentimiento”, con lo cual se advierte que dicha suscripción de manera personal se convierte en un indicio de la reunión realizada entre la actora y el asesor del fondo de pensiones.

Adicionalmente, se logra establecer que la señora demandante suscribió formulario de vinculación con la misma AFP en dos ocasiones más, como se puede constatar a folios 119-122 formularios de fechas 22 de mayo de 1998 y 16 de junio del 2000, cuando contaba con 36 y 38 años, respectivamente, y ya había superado el término trienal señalado en las normas vigentes de la fecha para trasladarse entre regímenes, con lo cual se infiere su deseo de permanencia en el Régimen de Ahorro Individual.

En el recurso de alzada indica la apoderada de Colpensiones, que como la actora pretende con su demanda la nulidad del acto de traslado, ella debe estudiarse está conforme con la normatividad, establecida para estos asuntos jurídicos, ya que lo que alega es la existencia de un vicio por error de derecho, que según la definición doctrinal se refiere “a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico”<sup>1</sup>, porque este error es el que recae sobre las definiciones legales de los derechos y obligaciones que le acarrearán a los contratantes la suscripción de determinado acto jurídico, que en el presente caso sería el llamado a presentarse porque según la actora la afiliación no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo, y la ilustración solo podía versar sobre los aspectos que regulan cada régimen pensional, los cuales se encuentran claramente definidos en la Ley, y que conforme con el artículo 1509 del Código Civil, no vicia el consentimiento de quien lo presta.

Recuérdese que la parte actora en el libelo demandatorio indica la nulidad del acto de traslado al considerar que el fondo privado no le suministró información clara y veraz sobre los beneficios contemplados en el Régimen

---

<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.

de Prima Media con prestación definida y el Régimen de ahorro individual con solidaridad, como lo exige la Corte Suprema de Justicia, afirmación que se desvirtúa con la exposición realizada en el interrogatorio en el que no solo acepta que recibió información, sino que además indica detalles de esa información como la exposición del asesor sobre la pensión anticipada, la cuenta individual en la que se depositaba los aportes al sistema, los rendimientos y los aportes voluntarios, información que además de ser verídica solo son propias del Régimen de Ahorro Individual.

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

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

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

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

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

Respecto de la causal de ineficacia consagrada expresamente en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, es de anotar que esta es una norma sancionatoria cuya aplicación no le compete a la jurisdicción ordinaria

laboral en la medida en que en ella se establece el hecho generador, (actos que impidan o atenten en cualquier forma el derecho a la afiliación o selección), la sanción ( multa, la perdida de efectos de la afiliación) y la autoridad competente para su imposición (Ministerio del Trabajo y Seguridad Social o Ministerio de Salud en cada caso).

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

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

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

Ahora respecto de la causal de ineficacia que se ha construido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por la falta de información al momento del traslado, se encuentra que ese marco jurisprudencial asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado, que en este caso en particular serían las que regían para el año 1996, máxime si se tiene en cuenta que en materia laboral de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo.

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

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

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

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

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

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes desde el año 1996, en la medida en que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a las Administradoras en los periodos en que la demandante se vinculó a ellas.

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

Si en gracia de discusión se analizara la causal de ineficacia del acto de traslado por incumplimiento al deber de información asignado a las Administradoras de Pensiones, que se reitera deviene de la jurisprudencia, se encuentra en el presente caso que la carga de la prueba bajo la responsabilidad de los fondos fue cumplida en la medida en que es la misma demandante quien en el interrogatorio de parte acepta que se le entregó asesoría como se reseñó en párrafos anteriores sobre aspectos propios del Régimen de Ahorro Individual.

De tal manera que al realizarse un análisis de la prueba teniendo en cuenta el principio de comunidad de la prueba y los contenidos en los artículos 60 y 61 del CPTYSS se puede colegir que la demandante recibió asesoría para efectos de su vinculación y permanencia en el Régimen de Ahorro Individual, razón por la cual, si no consideraba conveniente a sus intereses su permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad bien pudo trasladarse al Régimen de Prima Media no solo en el año 2000, sino también en el año 2004 cuando se le otorgó a los afiliados la posibilidad de retornar al Régimen de Prima Media, lo cual fue ampliamente publicitado por los fondos como se constata a folios 146-147.

En el presente caso no se puede desconocer que la razón genuina para promover la presente acción se contrae en la inconformidad sobre el monto de la posible mesada pensional, y sobre el particular, es de anotar que en cualquiera de los regímenes el monto de la pensión se define al momento de causar o exigir la pensión una vez cumplido los requisitos y no al momento de la vinculación, en la medida en que dicho monto depende de varios factores que se presentan durante la vida laboral de la persona; en el Régimen de Prima Media del cumplimiento de requisitos, tiempo de cotizaciones y salarios base de cotizaciones y en el Régimen de Ahorro Individual de los aportes a la cuenta individual, bonos pensionales, aportes voluntarios, rendimientos, edad que se escoja de retiro, etc.; de tal manera que cualquier proyección que se realice al momento de la afiliación como lo define la norma es solo un presupuesto basado en variables futuras inciertas y la falta de dicho presupuesto no tiene la virtualidad de afectar la voluntad del afiliado ni la eficacia del acto jurídico del traslado que se presentó en el año 1996, porque no era un requisito exigido por la ley.

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

En sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993, expuso la Corte lo siguiente: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

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

*beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,...*

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

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

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

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional<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 tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales se colige, al igual que la entidad demandada, que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los

aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

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

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.

Es de anotar que con esta decisión no se atenta contra el principio protector de las normas laborales porque como se expuso la inconformidad de la demandante respecto del régimen en el que se encuentra actualmente vinculada es el posible monto de la mesada pensional, y esta circunstancia no afecta el derecho a la pensión que es el que se garantiza y no el monto superior al salario mínimo legal mensual vigente de la prestación, ya que este dependerá en cada caso del Régimen al que se encuentre afiliado y de los diversos aspectos que se tienen en cuenta cada uno de los regímenes los cuales se encuentran regulados de manera legal, de allí que se encontraran pensiones en cada administradora en cuantías superiores o inferiores dependiendo de los factores que se revisan de manera individual y no colectivamente porque cada caso es particular (tiempo de cotizaciones, edad, salarios, aportes voluntarios, beneficiarios, etc.) pero la norma aplicable si es de carácter general y lleva a la protección de la contingencia de la vejez.

En ese orden de ideas, al valorarse el caudal probatorio allegado en el trascurso del proceso y el marco normativo aplicable al momento del traslado como lo señala la jurisprudencia, se deduce 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:

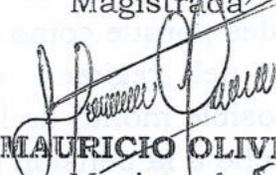
**RESUELVE**

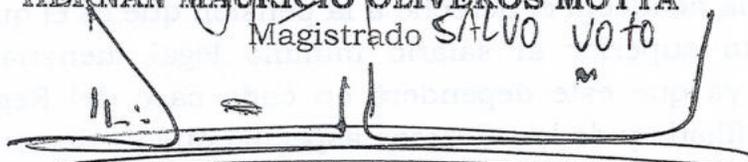
**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 23 de julio de 2020 por el Juzgado Segundo (2º.) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas por la señora **GLORIA CECILIA CERQUERA PERDOMO**, identificada con la C.C. 55.056.004

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado **SALVO VOTO**

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

## SALVAMENTO DE VOTO

**Demandante:** Olga Cecilia Cerquera

**Demandado:** Colpensiones y otros

**Radicado:** 110013105 002 2018 00637 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 el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; igualmente, el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada y, permite realizar una nueva en forma libre y espontánea.

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

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

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

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

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

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

Finalmente, frente a la **inconveniencia financiera del sistema pensional** esbozada, 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.

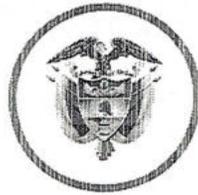
De todas maneras, cualquier discusión frente al déficit o sostenimiento financiero que pudiera generarle la decisión de ineficacia del traslado al régimen de prima media con prestación definida, se encontraría superada con el resarcimiento de los perjuicios que puede obtener Colpensiones a través de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



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

TSB-SALA LABORAL

53977 1001\*28 AM11\*26

PROCESO ORDINARIO LABORAL

**DEMANDANTE:** DANIS MARIA ROYS CERCHIARO

**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y BANCO DE BOGOTA

**RADICADO:** 11001 31 05 002 2018 00102 01

**MAGISTRADA PONENTE:** ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre 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 el apoderado de la parte demandada contra la sentencia proferida el 4 de agosto de 2020 por el Juzgado 02 Laboral del Circuito de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

### ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que existió un contrato laboral con el Banco de Bogotá durante los siguientes periodos: 1 de febrero de 1969 a 27 de julio de 1972 y 15 de marzo de 1973 a 30 de abril de 1977, en las oficinas del Banco de Bogotá en Riohacha, Fonseca y Maicao del Departamento de la Guajira; que la demandada debe pagar a Colpensiones las semanas dejadas de cotizar, teniendo en cuenta el salario devengado en el respectivo mes, debidamente indexado y las costas del proceso (fº 2).

Para sustentar las pretensiones, señaló en síntesis que laboró al servicio del banco demandado entre 1 de febrero de 1969 y el 27 de julio de 1972 y desde el 15 de marzo de 1973 hasta el 30 de abril de 1977, en las oficinas del Banco de Bogotá en Riohacha, Fonseca y Maicao del Departamento de la Guajira; la encartada no realizó la totalidad de los aportes correspondientes a dichos periodos, dado que solo cotizó un total de 143.29 semanas, debiendo ser un total de 386.2 semanas; agregó que

cuenta con 65 años de edad y no acredita la densidad de semanas para acceder a la pensión de vejez. (f°3-4)

Frente a esas pretensiones, el Banco de Bogotá se opuso en síntesis con el argumento de que la accionada siempre cumplió de manera íntegra y oportuna con sus obligaciones de acuerdo con la normatividad vigente durante la ejecución del contrato de trabajo y realizó los aportes al sistema, cuando a ello hubo lugar. Es de anotar que la cobertura del ISS fue paulatina en cada una de las ciudades del país, para el caso de Maicao la misma inició en una fecha posterior a la vigencia del contrato, razón por la cual no existía la obligación de realizar aportes a pensión.

Presentó las excepciones de fondo de cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones pretendidas, buena fe de la demandada, ausencia de título y de causa en las pretensiones del demandante, ausencia de obligación en la demandada y prescripción. (f° 50-61)

Mediante providencia del 27 de marzo de 2019, el Juzgado 02 Laboral del Circuito de Bogotá ordenó vincular a COLPENSIONES como Litis consorte necesario, quien señaló que no se oponía ni se allanaba a las pretensiones, debido a que las mismas se dirigían en contra de un tercero.

Agregó que en el caso que se analiza se configura una omisión en la afiliación y, por ende, Colpensiones debe contar con los medios probatorios que permitan verificar que entre el empleador y el trabajador a favor de quien se pagara el título pensional correspondiente, existió efectivamente una relación laboral.

Presentó como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho a la corrección de historia laboral, prescripción, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la genérica. (f° 98-106)

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Segundo (2) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 4 de agosto de 2020, condenó a la demandada BANCO DE BOGOTA S.A. a pagar en favor de la demandante DANIS MARIA ROYS CERCHIARO identificada con cedula de ciudadanía No. 26.982.545, el cálculo actuarial por los periodos comprendidos entre el 02 de abril de 1969 y el 30 de marzo de 1970; entre el 2 de junio de 1972 y el 27 de julio de 1972 y entre el 15 de marzo de 1973 y el 2 de enero de 1977, teniendo en cuenta el último salario devengado, esto es, \$6.100,00.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Las partes presentaron recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente y sobre los siguientes puntos: i) el banco no estaba obligado a realizar dichos aportes por no existir cobertura en dichos

municipios, ii) se debe revisar los periodos objeto de condena, iii) el salario tenido en cuenta por el A-Quo para efectos de realizar el cálculo, iv) la condena por intereses moratorios y v) las costas del proceso.

### **ALEGACIONES**

Presentó alegaciones la apoderada de la partes demandada Colpensiones.

El apoderado de COLPENSIONES presenta poder de sustitución, en consecuencia, se reconoce personería para actuar a la Dra. KAREN SILVANA MENDIVELSO CUELLAR, identificada con la cédula de ciudadanía 1.010.201.041 y T.P. 267.784.

### **CONSIDERACIONES**

#### **PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si hay lugar a ordenar el pago del cálculo actuarial en los periodos ordenados por el A-Quo, al igual que establecer el salario que se debe tener en cuenta para tal fin y si procede la condena por concepto de intereses moratorios y las costas procesales.

### **CONSIDERACIONES**

#### **Elementos de prueba**

- A folio 12, certificación expedida por Colpensiones, que da cuenta que la demandante se encuentra afiliada desde el 1 de febrero de 1969.
- A folio 25 y 27, certificación laboral emitida por el Banco de Bogotá, donde se deja constancia que la actora prestó servicios desde el 1 de febrero de 1969 hasta el 27 de julio de 1972, y desde el 15 de marzo de 1973 hasta el 30 de abril de 1977, como último cargo el de gerente en la oficina centro comercial Maicao y como último sueldo devengado \$6.100.
- A folio 28, historia laboral en Colpensiones.
- A folio 32, liquidación de prestaciones sociales.
- A folio 63-67, contrato de trabajo, carta de renuncia y liquidación de prestaciones sociales.
- A folio 68-71, contrato de trabajo, carta de renuncia y liquidación de prestaciones sociales.
- Historia laboral-expediente administrativo.

#### **Marco normativo y jurisprudencial**

- Ley 90 de 1946. *“Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales”*
- Decreto 1824 de 1965 *“Por el cual se aprueba el reglamento de inscripciones, aportes y recaudos para el seguro obligatorio de invalidez, vejez y muerte, administrado por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales”*

- Acuerdo 224 de 1966. *“Por el cual se expide el reglamento general del seguro social Obligatorio de invalidez, vejez y muerte”*

- El Decreto 1993 de 24 de octubre de 1967, que aprobó el Acuerdo 257 de 13 de septiembre de ese año, expedido por el Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales.

Sentencia SL9856-2014 del 16 de julio de 2014, radicado 41745 la Corte expuso (...) *Aun cuando es cierto el carácter transitorio del régimen de prestaciones patronales, no puede estimarse que el empleador no tuviera responsabilidades ni obligación respecto de los periodos efectivamente trabajados por su empleado, pues la disposición que reguló el tema no lo excluyó de ese gravamen, es decir, no puede interpretarse aquella previsión en forma restrictiva, ni menos bajo la lectura del 1613 del C.C., porque se desconoce la protección integral que se debe al trabajador, la cual se logra a través de la entidad de Seguridad Social, si se dan las exigencias legales y reglamentarias, a cargo de la empleadora, en cualquier evento en que deba la atención de riesgos, esto es, por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la Seguridad Social ante la falta de cobertura del I.S.S., o por la omisión del responsable de la afiliación respectiva o del pago de las cotizaciones debidas.*

- Sentencia SL17300-2014 de 24 de septiembre de 2014, radicado 45107 la Corte expuso *“A juicio de la Sala, la obligación de pagar el cálculo actuarial por el período laborado antes de que se suscitara la obligación de afiliarse al trabajador al sistema general de pensiones, no surge como la imposición de una sanción por un incumplimiento que no se ha presentado, sino en virtud de la aplicación de principios y valores superiores y de la interpretación en un contexto histórico de las reglas de derecho que han regulado la materia a través del tiempo”*

- Sentencia SL7884-2015 del 28 de mayo de 2015, radicado 36887 de 2015 la Corte dijo (...) *Y se dice que de manera directa, por cuanto, para la Corte, la exclusión de la aplicación de la normativa general de la seguridad social a los servidores de la demandada en el proceso, como lo fue el causante, quien falleció el 4 de agosto de 1993, es decir, antes de que entrara siquiera en vigencia la aludida disposición que ordenó la afiliación de los trabajadores del sector petrolero al Instituto de Seguros Sociales, y, por supuesto, antes de que se les excluyera a éstos expresamente de la aplicación de la Ley 100 de 1993, si bien tiene sustento constitucional y legal, en modo alguno lo puede ser en desmedro de aquéllos como si se tratara de un mecanismo de discriminación, desigualdad o inequidad. Todo lo contrario, si a la empresa demandada se le permitió no afiliarse a sus trabajadores al Instituto de Seguros Sociales en su pertinente momento, y al entrar a regir la Ley 100 de 1993 se les excluyó a éstos de su aplicación, lo debió ser, en sana lógica, no porque dicho empleador quedaba liberado del reconocimiento y pago de dichos derechos a sus servidores, sino todo lo contrario, porque se advirtió que el conjunto de la normatividad ya enunciada, que regulaba su particular situación, les resultaba igual o más favorable que la establecida, inicialmente por los Acuerdos del ente de seguridad Social, y posteriormente por la Ley 100 de 1993. Pensar lo contrario, sin duda, rompe reglas mínimas del sentido común, y por ende, de principios básicos del derecho del trabajo y de la seguridad social (...)*



Sentencia SL16086-2015 de 20 de octubre de 2015, radicado 54226, ratificó lo expuesto en la sentencia SL7647-2015, del 1º de jul. de 2015 rad.59027, y la sentencia SL9856-2014 del 16 de julio de 2014 rad. 41745.

**Caso concreto:**

En el presente caso no se encuentra en discusión que entre la señora Danis María Roys Cerchiaro y la sociedad Banco de Bogotá existieron dos contratos de trabajo así: i) desde el 1 de febrero de 1969 hasta el 27 de julio de 1972, y ii) entre el 15 de marzo de 1973 y el 30 de abril de 1977.

De otro lado, revisado el material probatorio, la Sala observa que la demandante fue afiliada y desafiada por su empleador al otrora ISS para los riesgos de invalidez, vejez y muerte durante los siguientes períodos: 1 de febrero de 1969 a 1 de abril de 1969, del 1 de abril de 1970 al 1 de junio de 1972, y desde el 3 de enero de 1977 hasta el 1 de junio de 1977.

También se advierte que el Banco demandado no afilió a la trabajadora durante los siguientes tiempos: desde el 2 de abril de 1969 hasta el 30 de marzo de 1970, del 2 de junio de 1972 al 27 de julio de 1972, y finalmente desde el 15 de marzo de 1973 hasta el 2 de enero de 1977, sin que exista explicación por parte del empleador acerca de su omisión de afiliación a la actora durante dichos lapsos, aun cuando en periodos anteriores se verifica que ya venía realizando tal afiliación, lo que en principio podría llevar a concluir que por su negligencia fue que tal omisión aconteció.

Pero si en gracia de discusión, se aceptara la tesis de la pasiva, consistente en que durante esos periodos de labores el empleador no realizó las cotizaciones correspondientes al sistema de seguridad social en pensiones por no encontrarse obligado a ello, esa justificación tampoco sería admisible para la Sala por las siguientes razones:

Con la ley 90 de 1946 se instituyó el Seguro Social Obligatorio para aquellos individuos nacionales o extranjeros que se encontraran vinculados con otra persona mediante un contrato de trabajo presunto o expreso y creó el Instituto de Seguros Sociales, institución autónoma con personería jurídica y patrimonio propio a la cual encargó la administración del referido seguro.

El artículo 72 señaló que las prestaciones reglamentadas en esa ley, entre ellas, las pensiones seguirían a cargo de los empleadores hasta la fecha en que el seguro social las fuere asumiendo por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada caso, y desde dicha fecha se empezaran a hacer efectivo los servicios establecidos por la mencionada ley.

No obstante, la obligación patronal de afiliación a sus trabajadores no nace de manera automática a la expedición de la Ley 90 de 1946, sino que se materializó de forma paulatina.

Por consiguiente, antes de la ley 100 de 1993 no existía en Colombia un sistema integral de pensiones, y sólo los empleadores cuyas empresas contaran con un capital superior a ochocientos mil pesos, se encontraban obligados a reconocer las respectivas pensiones al cumplimiento de la edad y tiempos de servicios, pero sólo a la empresa particular, pues no era posible acumular tiempos servidos a diferentes patronos.

Posteriormente, el ISS comenzó a asumir progresivamente el reconocimiento de pensiones de los trabajadores privados, ya por afiliación directa de estos o por la sustitución de la obligación pensional radicada en los empleadores particulares que tenían a su cargo el riesgo.

Fue por esa razón que al entrar a regir la ley 100 de 1993, el legislador incluyó en su artículo 33 la norma que reguló el asunto consagrando los requisitos para adquirir el derecho a una pensión de vejez y en su parágrafo 1° dispuso la forma en que los periodos laborados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 habrían de computarse para efectos de estudiar el cumplimiento de los presupuestos pensionales allí exigidos.

El parágrafo 1° en su literal "c" dispuso que para efectuar el cómputo de las semanas a que se refiere ese artículo, se tendría en cuenta *"el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993"*.

De la literalidad de esta disposición es entendible que sólo fue autorizado el cómputo de los tiempos servidos a empresas que tenían a cargo el reconocimiento de pensiones siempre y cuando los vínculos laborales se hubieren mantenido después de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993. De este modo fueron excluidos quienes a esa fecha ya no contaran con vínculo laboral vigente con esas empresas, tal y como ocurrió en el caso de autos.

Y es que si bien, la Sala no desconoce lo indicado por el recurrente en cuanto a que para la época en que se dio la relación laboral entre las partes no existía esa obligación, así como que la relación del demandante terminó antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que no le sería aplicable la norma antes mencionada, también lo es que, no se puede pasar por alto el cambio jurisprudencial que sobre el tema ha expuesto la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral a partir de la sentencia SL9856 de 16 de julio de 2014, radicado 41745, en la que estableció que el empleador no puede eximirse de responsabilidad respecto de los periodos efectivamente laborados por su empleado, bajo el pretexto de que no existía norma que regulara el pago de cotizaciones. Tesis que ha venido siendo ratificada en innumerables decisiones tales como la SL17300-2014 de 24 de septiembre de 2014, radicado 45107, la SL7884-

2015 del 28 de mayo de 2015, radicado 36887 de 2015, la SL16086-2015 de 20 de octubre de 2015, radicado 54226 y la sentencia SL7647-2015, del 1° de julio de 2015 rad.59027. SL1358-2018- CSJ SL14388 - 2015 -CSJ SL2138 - 2016 - CSJ SL18398 - 2017 - CSJ SL361 - 2018 - CSJ SL287 - 2018, entre otras.)

En ese orden de ideas, se concluye que el título pensional ordenado por el juez de primera instancia, se encuentra íntimamente ligado al derecho a la seguridad social de la demandante y en palabras de la Corte Suprema de Justicia (...) *no surge como la imposición de una sanción por un incumplimiento que no se ha presentado, sino en virtud de la aplicación de principios y valores superiores y de la interpretación en un contexto histórico de las reglas de derecho que han regulado la materia a través del tiempo (...)*, máxime si se tiene en cuenta, que la Ley 90 de 1946 impuso a los patronos la obligación de mantener a sus trabajadores cobijados por el sistema pensional propio de la empresa particular hasta tanto el ISS no asumiera el riesgo; entre tanto ese empleador debía mantener una *reserva de capital* para el pago de pensiones.

Entonces, según ello, es válido sostener que en el presente asunto, como nunca fue concretada la subrogación del riesgo en cabeza del ISS respecto del empleador, éste conservó la obligación de mantener la reserva de capital para el eventual pago de la pensión, pero como ello no ocurrió, pues no continuó laborando al servicio de la sociedad recurrente, lo lógico es que ese capital que estaba reservado para el eventual reconocimiento pensional, sea destinado a un título que tiene el mismo objeto, por lo que a juicio de esta Sala la sentencia de primera instancia se encuentra ajustada a derecho.

En otro giro, en punto de los periodos que el A-Quo condenó a la demandada al pago del cálculo actuarial, la Sala debe confirmar dicha decisión, pues revisada la historia laboral que reposa en el expediente administrativo, a idéntica conclusión arriba sobre este tópico, por cuanto se constató que la encartada omitió la afiliación en los siguientes periodos: i) 02 de abril de 1969 a 30 de marzo de 1970; ii) del 2 de junio de 1972 al 27 de julio de 1972 y iii) del 15 de marzo de 1973 al 2 de enero de 1977, de manera que el recurso de apelación sobre este particular aspecto no está llamado a prosperar.

En relación con el argumento de apelación referente al salario, la recurrente solicita que se tengan en cuenta los salarios establecidos y reconocidos por el banco para las fechas en las cuales aparecen los vacíos.

Para dar respuesta a dicho cuestionamiento, la Sala determina que dicho cálculo actuarial deberá tener en cuenta los términos del Decreto 1887 de 1994 y los salarios percibidos por la demandante entre el 02 de abril de 1969 y el 30 de marzo de 1970; desde el 2 de junio de 1972 hasta el 27 de julio de 1972 y del 15 de marzo de 1973 al 2 de enero de 1977, en los valores probados y en aquellos periodos en que no se constata un valor

especifico se debe tener en cuenta el salario mínimo, tal y como lo ha enseñado la jurisprudencia, por ejemplo, en la sentencia SL738-2018 Radicación n.º 33330 del catorce (14) de marzo de 2018 y SL181-2018 Radicación n.º 47419 del catorce (14) de febrero de 2018.

De la siguiente manera:

Año	Salario	Folio
1969	\$660	Historia laboral y fl 68
1970	\$1290	Historia laboral
1972	\$1290	Historia laboral
1973	\$1567	Fl. 63
1974	Salario mínimo	No se probó el salario para esta anualidad
1975	Salario mínimo	No se probó el salario para esta anualidad
1976	Salario mínimo	No se probó el salario para esta anualidad
1977	\$6.100	Fl 25

Respecto de la condena por concepto de intereses, cabe anotar que si bien en la parte considerativa se condenó al banco demandada al pago de ellos desde la fecha en que se causaron hasta que se efectuó su pago, revisada la parte resolutive nada se refirió al respecto y tampoco se pidió adición de la sentencia.

No obstante, lo anterior, como el reconocimiento del cálculo actuarial en el caso de marras, se logra por la aplicación de la jurisprudencia que estableció que el empleador no puede eximirse de responsabilidad respecto de los periodos efectivamente laborados por su empleado, bajo el pretexto de que no existía norma que regulara el pago de cotizaciones por no existir cobertura, tampoco habría lugar a su causación y en consecuencia, hay lugar a revocar la decisión de primera instancia en este punto.

Por último, con relación con las costas, la Sala debe recordar que estas son la erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial de conformidad con el artículo 365 del Código General del Proceso, y comprende las expensas y las agencias en derecho. Ahora bien, en cuanto a las agencias en derecho, las mismas solo pueden ser controvertidas mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas, siendo extemporáneo el recurso sobre este tópico en esta etapa procesal, todo lo anterior, al tenor de lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

No se impondrán costas en esta instancia, por considerar que no se causaron.

51

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: MODIFICAR** el numeral **PRIMERO** de la sentencia proferida el 4 de agosto de 2020, por el Juzgado 2 Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así: **PRIMERO: CONDENAR** a la demandada **BANCO DE BOGOTA S.A.** a pagar en favor de la demandante **DANIS MARIA ROYS CERCHIARO** identificada con cedula de ciudadanía No. 26.982.545, el cálculo actuarial por los periodos comprendidos entre el 02 de abril de 1969 y el 30 de marzo de 1970; del 2 de junio de 1972 al 27 de julio de 1972 y del 15 de marzo de 1973 al 2 de enero de 1977, teniendo en cuenta los siguientes salarios:

Año	Salario
1969	\$660
1970	\$1.290
1972	\$1.290
1973	\$1.567
1974	Salario mínimo
1975	Salario mínimo
1976	Salario mínimo
1977	\$6.100

**SEGUNDO: ADICIONAR** la sentencia, en el sentido de señalar que se **ABSUELVE** a la demandada de la pretensión relacionada con los intereses moratorios.

**TERCERO: CONFIRMAR** la decisión en todo lo demás.

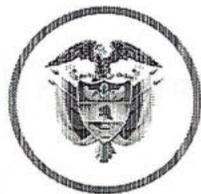
**CUARTO:** Sin costas en la presente instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

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



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

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** JUAN CARLOS BERMUDEZ LLANOS

**DEMANDADO:** COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A.

**RADICADO:** 11001 31 05 017 2018 00680 01

**MAGISTRADA PONENTE:** ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre 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, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, 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 14 de agosto de 2020 por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

**ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende que se declare la nulidad de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuada a la AFP PORVENIR S.A. el 11 de diciembre de 1997 por error de hecho que vició el consentimiento del demandante, que esté nunca ha efectuado un traslado válido al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y que se encuentra legamente afiliado a COLPENSIONES; como consecuencia, condenar a la AFP PORVENIR S.A. a registrar en su sistema de información que el demandante no efectuó ninguna vinculación válida a la AFP PORVENIR por la indebida información suministrada al momento de la afiliación que causó un vicio en su consentimiento, a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las cotizaciones efectuadas, rendimientos, bonos pensionales, comisiones y todo lo recibido por vinculación del demandante; a registrar y activar la afiliación del demandante, a actualizar en la historia laboral las cotizaciones efectuadas en el Régimen de Ahorro Individual con

Solidaridad; condenar a las demandadas a lo ultra y extra petita, y a las costas y agencias en derecho.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: nació el 13 de agosto de 1963; cotizó un total de 361.86 semanas en el Instituto de Seguros Sociales del 1 de noviembre de 1995 al 31 de noviembre de 1998; y del 1 de diciembre de 1999 hasta la fecha de presentación de la demandada cuenta con un total de 1424 semanas acumuladas en toda su historia laboral. El 11 de diciembre de 1997, suscribió el formulario de afiliación No. 979133 a la AFP Porvenir para efectos de vincularse al RAIS; para la fecha de dicho traslado la AFP no le informó de las implicaciones de trasladarse de régimen pensional, la naturaleza propia de este régimen de capitalización, las desventajas de afiliarse al RAIS, ni le ofreció cuadros de simulación financiera al respecto, no ilustró al momento de la afiliación sobre los distintos escenarios comparativos de pensión en uno u otro régimen pensional; no brindó la información sobre las desventajas en materia de rendimientos pensionales de afiliarse al RAIS y no lo ha hecho hasta la fecha; el demandante presenta vinculaciones a Porvenir (11 de diciembre de 1997); Horizonte (1 de junio de 2007), Old Mutual (27 de agosto de 2010) y a Porvenir (1 de enero de 2014).

El demandante decidió contratar por su propia cuenta una asesoría particular y se dio cuenta que había sido engañado por la AFP PORVENIR para afiliarse al RAIS y que había generado un conocimiento falso de la realidad; el 22 de octubre de 2018, el demandante solicitó ante la AFP PORVENIR S.A. que procediera a anular la afiliación y radicó ante COLPENSIONES, la solicitud de activación de la afiliación al RPM, manifestando que había existido vicio en su consentimiento al momento de afiliarse al RAIS; ambas solicitudes fueron negadas por las entidades. (Fls. 3 a 27 y 69-70)

Frente a esas pretensiones, **COLPENSIONES** se opuso a todas argumentando que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS y no probó error, fuerza o dolo en la afiliación a la administradora privada, por lo que no hay lugar a efectuar modificaciones en el sistema de información de las administradoras privadas en las que ha estado afiliado; además se encuentra inmerso dentro de la prohibición de que trata el artículo 2 de la ley 797 de 2003. Presentó como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas e innominada o genérica. (Fls. 92-108)

Por su parte, **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy SKANDIA**, se opuso a todas las pretensiones argumentando que al momento de afiliarse con Old Mutual, en el año 2010, se encontraba afiliado en Horizonte S.A., por ende ya tenía un conocimiento previo del

funcionamiento del RAIS, sus ventajas, características y demás componentes de ese régimen pensional, por lo tanto, la asesoría en el caso particular, se tomaba más en una reafirmación de los argumentos ya conocidos por el demandante; la única diferencia entre las AFP que se podría registrar es la relacionada con la rentabilidad; aunado a lo anterior, de acuerdo con la ley, la selección de régimen del Sistema General de Pensiones es libre y voluntaria por parte del afiliado, por lo que, en tal sentido, al seleccionar el RAIS aceptó todas y cada una de las condiciones propias de dicho régimen, conforme lo dispone la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios. Presentó como excepciones de fondo las de pago, prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y genérica. (fls. 119 a 146)

La **AFP PORVENIR S.A.** se opuso a todas las pretensiones argumentando que la afiliación a la entidad es un acto válido, en la medida en que el demandante suscribió la solicitud de vinculación a la entidad como traslado de régimen el 11 de diciembre de 1997, de manera libre, espontánea y sin presiones, luego de haber recibido asesoría integral y completa respecto a todas las implicaciones de su decisión, tal y como lo hace constar su firma, de manera expresa, en la casilla correspondiente dentro del formulario de afiliación; además, no es beneficiario del régimen de transición. Aunado a lo anterior, posterior a su primer traslado realizó otros tres traslados de AFP dentro del RAIS, lo que permite evidenciar su claro entendimiento, comprensión y aquiescencia de las condiciones, características y requisitos del RAIS y el querer manifiesto de pensionarse en el mismo. Presentó como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia del derecho, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, prescripción de la acción adjetiva que pretende atacar la nulidad de la afiliación, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada e innominada o genérica. (fols. 197 a 215)

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 14 de agosto de 2020, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, declaró que el traslado al RAIS y sus traslados posteriores entre administradoras fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos; declaró que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RPM administrado por Colpensiones, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar la vinculación del demandante sin solución de continuidad; ordenó a las administradoras de fondos de pensiones y de manera concreta a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación del demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si a ello hubiere lugar, traslados de dinero que hubiesen efectuado las otras administradoras de pensiones, todo con sus frutos e intereses, en la forma que lo dispone el artículo 1746 del

Código Civil, sin que se autorice a Porvenir para efectuar descuento alguno de esos valores; ordenó a Colpensiones, recibir ese traslado de fondos a favor del demandante y convalidarlos en su historia laboral para efectos de las semanas que se requieran en ese sistema pensional, según lo expuesto; condenó en costas a las demandadas, incluyendo como agencias en derecho a cargo de cada una, por valor de \$800.000.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente presentaron recurso de apelación conforme a los siguientes argumentos:

**Porvenir:** indicó que i) no le es aplicable el precedente jurisprudencial ya que al momento del traslado el demandante no tenía expectativa legítima sobre el derecho pensional, ii) se demostró que el demandante contó con la información suficiente para su traslado, antes y durante la permanencia en ese régimen tanto de las características como de la limitación temporal de la facultad de selección de régimen y de administradora y iii) no ejerció el derecho de retracto ni el retorno al Régimen de Prima Media a pesar de habersele informado las posibilidades.

**Colpensiones:** Expuso en el recurso que la única exigencia normativa en cabeza de los fondos para el momento en que se dio el traslado era la suscripción del formulario y brindar información sin que la misma quedará documentada, que el actor aceptó que recibió la asesoría y no contaba con una expectativa legítima al momento del traslado por lo cual su afiliación es válida.

### **ALEGACIONES**

Presentaron alegaciones los apoderados de parte demandada: Porvenir, Skandia S.A. y Colpensiones.

El apoderado de COLPENSIONES presenta poder de sustitución, en consecuencia, se reconoce personería para actuar a la Dra. LAURA ELIZABETH GUTIÉRREZ ORTIZ, identificada con la cédula de ciudadanía 31.846.436 y T.P. 303924.

### **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 folios 51-67, 85-87, 135-140, 186-188, resumen cuenta, resumen semanas cotizadas, historia laboral.
- A folios 68, formulario de afiliación a Porvenir 11 de diciembre de 1997.
- A folio 69, información SIAFP.
- A folios 70-77, reclamaciones administrativas y respuestas.
- A folios 78-81, simulación pensional Porvenir de agosto de 2018.
- A folio 82, certificado de afiliación a Porvenir.
- A folios 83, formulario de afiliación a Horizonte, 6 de julio de 2007.
- A folios 84, 185 formulario de afiliación a Skandia, 15 de abril de 2011.
- A folios 88-91, declaraciones extrajudiciales de Ernesto Cortés Fierro, Martha Elvira Soto Franco
- A folio 141, expediente administrativo expedido en Colpensiones.
- A folio 189, certificado de afiliación de Old Mutual.
- A folios 190-201, listado de cursos virtuales realizados por la señora Patricia Navarro Vargas.
- A folios 244-246, comunicado de prensa AFP's
- Expediente del afiliado allegado por la AFP Porvenir.
- Interrogatorio de parte del demandante y de la representante legal de Porvenir.

### **Caso Concreto**

La sentencia de primera instancia es cuestionada por los recurrentes en primer lugar porque el actor al momento del traslado no contaba con una expectativa pensional, en segundo lugar, porque el demandante contaba con la información necesaria al momento del traslado, y, en tercer lugar, porque no existía obligación por parte de las AFP de dejar documentada la información suministrada, aunado a que se debe surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

Del caudal probatorio se observa que: **i)** el demandante a la edad de 34 años se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual (fl. 68) cuando había cotizado al sistema 366 semanas, (fls. 140 -110) y **ii)** no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen ya que no contaba con la edad de 55 años o más ni se acredita que gozara de una pensión de invalidez.

Adicionalmente, del interrogatorio de parte se evidencia que la vinculación al RAIS la realizó de manera libre, espontánea y sin presiones, lo cual corrobora la información que obra en el formulario, documento sobre el cual la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia contenida entre otras en las sentencias SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, señalan que “a lo sumo acredita el consentimiento”.

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 las normas vigentes para la fecha de traslado, esto es, la manifestación de la selección del régimen, como se constata de la lectura del recuadro del formulario, sin que se pruebe alguna razón para que el fondo negara la solicitud de traslado ya que de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5°. del Decreto 692 de 1994 a estas entidades les está vedado rechazar una vinculación cuando la persona cumple los requisitos para tal fin.

En la demanda se señala la falta de información sobre las características e implicaciones del traslado, sin embargo, en el recurso se señala que se acredita que se le entregó información al demandante.

Respecto de la información sobre características, implicaciones y demás aspectos que reglamentan los regímenes de pensiones en la Ley de Seguridad Social, se encuentra que el tipo de error que genera esa falta de información tiene la naturaleza de ser un error de derecho, calificado así por la doctrina porque se refiere "*a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico*" <sup>1</sup>, en la medida en que recae sobre las definiciones legales de los derechos y obligaciones que le acarrearán a los contratantes la suscripción de determinado acto jurídico, que en el presente caso se materializaría porque según el actor la afiliación no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo, y la ilustración solo podía versar sobre los aspectos que regulan cada régimen pensional.

Respecto de dicha clase de error por expreso mandato del artículo 1509 del Código Civil, no vicia el consentimiento de quien lo presta.

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

Respecto de que la ignorancia de la ley no es excusa, es de anotar que la norma que la consagra, artículo 9 del C.C., ha sido aplicada por la misma

---

<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.

Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-401/16 por constituirse en un desarrollo del artículo 95 de la Constitución Política que consagra que todas las personas están obligadas a cumplir la constitución y las leyes.

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

Ahora si se señalara que esa falta de información generó un engaño, para así tipificar como vicio del consentimiento el error de hecho, como se enuncia en las pretensiones de la demanda, respecto de este se debe señalar que se configura cuando recae sobre la especie de un acto o contrato que se ejecuta diferente al que se pretendió.

En el presente caso, se observa que el demandante suscribió de manera libre, espontánea y sin presiones la vinculación al Régimen de Ahorro Individual de manera voluntaria, como se ratifica con lo expuesto en el interrogatorio de parte, de tal manera que no se verifica que el gestor hubiere pretendido algo diferente al traslado de régimen, con las consecuencias legales que ello acarrea, que dé lugar a configurar un error de hecho.

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

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

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

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, y alegada por la parte demandante, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación

contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

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

Ahora respecto de la causal de ineficacia que se ha construido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por la falta de información al momento del traslado, se encuentra que ese marco jurisprudencial asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado, tal como lo expuso La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia proferida dentro del proceso identificado con la radicación 68838, que en este caso en particular serían las que regían para el año 1997, máxime si se tiene en cuenta que en materia laboral de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

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

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

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

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

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

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

Si en gracia de discusión se analizara la causal de ineficacia del acto de traslado por incumplimiento al deber de información asignado a las Administradoras de Pensiones, que se reitera deviene de la jurisprudencia, se encuentra en el presente caso que la carga de la prueba bajo la responsabilidad de los fondos fue cumplida en la medida en que es el demandante quien en el interrogatorio de parte aceptó que el traslado se generó luego de recibir asesoría por diferentes fondos pensionales, que lo llevaron a tomar la decisión de escoger Porvenir, que la asesoría por parte de esta entidad la recibió un día que fue un poco larga y al día siguiente ya fueron hacer los trámites administrativos (como el los refirió), igualmente indicó expresamente en su interrogatorio *“que básicamente era un sistema de ahorro que le permitía a uno reducir los impuestos y que podía hacer un buen negocio hacia el futuro porque podría, pues, podría tener un resultado económico positivo”,* y *“[l]e dijeron que pues, podía, que era como una cuenta donde podía yo poner, es decir, hacía yo mis cotizaciones y con base en las semanas, el número de semanas que lograba cotizar, pues de acuerdo con eso, pues, se definía mi pensión y de acuerdo también con la rentabilidad obviamente”.*

Adicionalmente, como lo señala la recurrente de la AFP se encuentra dentro del expediente comunicación del 30 de octubre de 2014, a través de la cual se le informó al demandante la imposibilidad de trasladarse de régimen después de cumplir 52 años y se le invitó a recibir la asesoría personal individualizada, para tomar la decisión más conveniente porque después de dicha edad no podía trasladarse, (pág. 16 exp. afiliado), carta que no fue desconocida por el actor y cuenta con plena validez, lo cual le permite colegir que el demandante no tuvo la intención de cambiarse de régimen.

De tal manera que le asiste razón a los recurrentes al señalar que el demandante conocía de los regímenes desde antes de su vinculación al Régimen de Ahorro Individual.

De tal manera que al realizarse un análisis de la prueba teniendo en cuenta el principio de comunidad de la prueba y los contenidos en los artículos 60 y 61 del CPTYSS se puede colegir que la demandante recibió asesoría para efectos de su vinculación y permanencia en el Régimen de Ahorro Individual, razón por la cual, si no consideraba conveniente a sus intereses su permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad bien pudo trasladarse al Régimen de Prima Media no solo en el año 2004 cuando se le otorgó a los afiliados la posibilidad de retornar al Régimen de Prima Media, lo cual fue ampliamente publicitado por los fondos como se constata a folios 244-246.

En el presente caso no se puede desconocer que la razón genuina para promover la presente acción se contrae en la inconformidad sobre el monto de la posible mesada pensional, y sobre el particular, es de anotar que en cualquiera de los regímenes el monto de la pensión se define al momento de causar o exigir la pensión una vez cumplido los requisitos y no al momento de la vinculación, en la medida en que dicho monto depende de varios factores que se presentan durante la vida laboral de la persona; en el Régimen de Prima Media del cumplimiento de requisitos, tiempo de cotizaciones y salarios base de cotizaciones y en el Régimen de Ahorro Individual de los aportes a la cuenta individual, bonos pensionales, aportes voluntarios, rendimientos, edad que se escoja de retiro, etc.; de tal manera que cualquier proyección que se realice al momento de la afiliación como lo define la norma es solo un presupuesto basado en variables futuras inciertas y la falta de dicho presupuesto no tiene la virtualidad de afectar la voluntad del afiliado ni la eficacia del acto jurídico del traslado que se presentó en el año 1997, porque no era un requisito exigido por la ley.

Adicionalmente, se debe señalar que el monto que se protege con las normas laborales es el que la mesada pensional no puede ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, de tal manera que el mayor o menor valor de esa suma superior al salario mínimo depende de las circunstancias propias de la vida laboral y personal del afiliado al Sistema General de Pensiones, y, por ello, en cada régimen se encontraran personas con mesadas pensionales con sumas mayores o menores comparativamente, aun dentro de cada administradora de pensiones, dadas las diferencias de los afiliados por las situaciones particulares, lo cual no atenta contra el principio protector de las normas laborales, ya que lo que se garantiza es la contingencia de la vejez, y no un monto determinado porque la liquidación dependerá de los parámetros que se encuentran definidos por la ley.

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 nulidad del acto de traslado al régimen de ahorro individual, por lo que hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia.

Adicionalmente, como se surte la consulta a favor de COLPENSIONES no se puede desconocer que la decisión de ineficacia en sentido estricto contraría principios constitucionales como la equidad, solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, tal como lo señaló la Corte Constitucional al analizar el artículo 2°. de la Ley 797 de 2003.

En sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993, expuso la Corte lo siguiente: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

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

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

Y en la sentencia C-083/19, señaló que *“el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las*

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

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

*Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional<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 tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales se colige, al igual que la entidad demandada, que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

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

Por lo expuesto, se revocará 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:

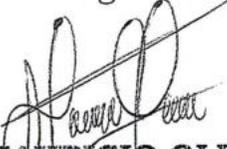
**RESUELVE**

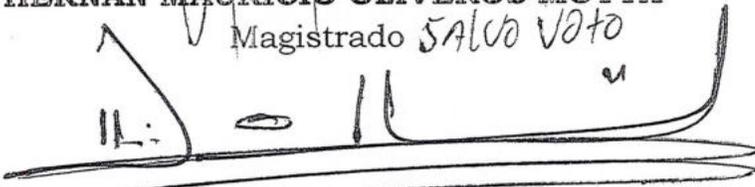
**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 14 de agosto de 2020 por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas y en su lugar **ABSOLVER** a la demandada de las pretensiones incoadas por el señor **JUAN CARLOS BERMÚDEZ LLANOS** identificado con cédula de ciudadanía N° 79.283.771.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado *SALVO VOTO*

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

53975 10CT'20 AM11:26



53976 10CT'20 AM11:26

## SALVAMENTO DE VOTO

**Demandante:** Juan Carlos Bermúdez

**Demandado:** Colpensiones y otros

**Radicado:** 110013105 017 2018 00680 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 el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; igualmente, el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada y, permite realizar una nueva en forma libre y espontánea.

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

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

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

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

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

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

Finalmente, frente a la **inconveniencia financiera del sistema pensional** esbozada, 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.”*

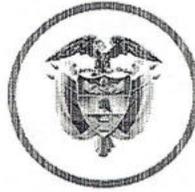
En consecuencia, para el suscrito Magistrado se configuró una violación del deber de información, lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, que no puede entenderse superada con las respuestas que dio la demandante en el interrogatorio de parte, la suscripción del formulario 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

53928 100720 AM11:26

TSB-SALA LABORAL



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

PROCESO ORDINARIO LABORAL

**DEMANDANTE:** VICTOR GABRIEL RESTREPO VASQUEZ

**DEMANDADO:** UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL - UGPP

**RADICACIÓN:** 11001 31 05 007 2018 00594 01

**MAGISTRADA PONENTE:** ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veinte (2020).

### **SENTENCIA**

La Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de la parte demandante y demandada y del agente del Ministerio Público. Además, surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de la UGPP.

### **ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende se declare que es beneficiario de la convención colectiva de trabajo 1.998-1.999 suscrita entre la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y el sindicato SINTRACREDITARIO, para que como consecuencia de ello, se condene a la demandada a reconocer, liquidar y pagar la pensión de jubilación convencional establecida en el artículo 41, parágrafo 1° y 3° de la convención Colectiva de Trabajo, actualizando el último salario promedio mensual devengado, a partir del 1 de agosto de 2011, en cuantía de 75%, junto con las mesadas adicionales, lo ultra y extra petita. (f° 6 -7)

Como sustento de sus pretensiones, indicó que se vinculó mediante contrato individual de trabajo a término indefinido desde el 29 de enero de 1979 hasta el 27 de junio de 1999; la demandada dio por terminado el contrato de trabajo de forma unilateral el 28 de junio de 1999, por disolución y liquidación de la Caja; laboró un total de 20 años y 5 meses; ocupó el cargo de subdirector II, Grado 06, en la oficina de Pindamo – Cauca, devengó como último salario la suma de \$1.149.395. y durante su vinculación laboral estuvo afiliado al sindicato Sintracreditario; nació el 1 de noviembre de 1956 y arribó a los 55 años el mismo día y mes del año 2011; elevó solicitud pensional el 12 de junio de 2018, misma que fue negada mediante Resolución RDP 033193 del 9 de agosto de 2018. (fº 5-6)

La UGPP contestó la demanda con oposición a las pretensiones al considerar que carecen de sustento legal y constitucional, porque la encartada ha actuado conforme al régimen jurídico aplicable al caso.

Presentó como excepciones de mérito las que denominó: inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe y la genérica (fº 103- 106)

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 3 de junio de 2020, condenó a la UGPP a reconocer al señor VICTOR GABRIEL RESTREPO VASQUEZ la pensión de vejez a partir del 1 de noviembre de 2011 en cuantía inicial de \$1.738.531, junto con el retroactivo pensional en la suma de \$143.537.763 por las diferencias de las mesadas pensionales comprendidas entre el 12 de junio de 2015 hasta el 31 de mayo de 2020; condenó a UGPP a reconocer y pagar la pensión de vejez al demandante a partir del 1 de junio de 2020 en cuantía de \$2.457.218 y en adelante con sus incrementos legales y mesada adicional; declaró parcialmente probada la prescripción.

### **RECURSO DE APELACION**

**Parte demandante:** solicita el reconocimiento de la mesada 14.

**Parte demandada:** estudiar a profundidad el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión, en especial, el relacionado con la edad, dado que su cumplimiento fue posterior al 31 de julio de 2010.

**Ministerio Público:** coadyuvó la apelación demandante, al igual que peticiona se revise si el demandante era o no beneficiario de la convención colectiva.

### **ALEGACIONES**

Presentaron alegaciones los apoderados de las partes demandante y demandada, respectivamente.

### **CONSIDERACIONES**

#### **PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si al actor le asiste el derecho a la pensión consagrada en la convención colectiva 1998-1999 y en caso afirmativo si es compatible o compartible con la que le fue reconocida por el Sistema de Seguridad Social en Pensiones y ha lugar al reconocimiento de la mesada catorce.

### **CONSIDERACIONES**

#### **Elementos probatorios relevantes:**

- A folio 14, cédula de ciudadanía que da cuenta que el actor nació el 1 de noviembre de 1956 y que cumplió la edad de 55 años el mismo día y mes del año 2011.
- A folio 15, carta de terminación del contrato de trabajo a partir del 28 de junio de 1999.
- A folio 16-17, certificación expedida por la Coordinadora del Grupo de Gestión Integral de Entidades Liquidadas.
- A folio 24-94, convención colectiva de trabajo vigente para 1998-1999.
- Expediente administrativo.
- Resolución GNR 112883 del 28 de mayo de 2013, por medio de la cual se reconoció la pensión de vejez al demandante.

#### **Caso concreto:**

No fueron materia de controversia los siguientes supuestos fácticos: (i) que el señor Víctor Gabriel Restrepo Vásquez prestó servicios a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero entre el 29 de enero de 1979 hasta el 27 de junio de 1999, para un tiempo superior a los 20 años de servicios; (f.º 16-17); (ii) que el actor fue desvinculado del servicio por supresión y liquidación de la empresa (f.º 15); y (iii) que nació el 1 de noviembre de 1956, por lo que cumplió la edad de 55 años el mismo día y mes de 2011 (f.º 14)

Ahora bien, a juicio de esta Sala tampoco existe duda en cuanto a que el demandante era beneficiario de la convención colectiva de trabajo 1998-1999, de un lado, porque así lo certifica el Sindicato Nacional de

Trabajadores de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero a folio 22 del expediente y de otro porque al revisar el cargo que desempeñó el demandante como Subdirector II grado 6, se evidencia que el mismo no estaba exceptuado de los beneficios de dicha convención, al tenor de lo dispuesto en el artículo 4 de ese compendio. (f.º 26)

De otro lado solicitó la encartada se revise si el demandante cumplió con los requisitos de la pensión pensional consagrada en la convención colectiva, en especial el de edad, teniendo en cuenta que la misma se acreditó en fecha posterior al 31 de julio de 2010, fecha límite para las convenciones colectivas señalado en el acto legislativo.

Sobre el particular, cabe anotar que la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral expuso el criterio de interpretación y alcance que se debe dar al artículo 41 de la Convención colectiva suscrita por la Caja de Crédito Agrario y el Sindicato para los años 1998-1999, señalando que *“los requisitos de causación son la prestación de servicios durante 20 años y la desvinculación del trabajador de la empresa, pues la edad constituye una condición individual de exigibilidad, goce o disfrute de la prestación”*. (sentencia SL3280-2019, de 6 de agosto de 2019, radicación 78562, o también se pueden consultar las sentencias SL990-2020- Radicación n.º 76187 del 4 de marzo de 2020, SL880-2020- Radicación n.º 73765 del 5 de febrero de 2020)

En ese orden de ideas, al encontrarse acreditado que el demandante laboró para la entidad demandada más de 20 años al servicio de la entidad y fue desvinculado de la empresa, tiene derecho al reconocimiento de la pensión convencional independiente de que la edad de 55 años la haya cumplido en el año 2011, después de la pérdida de vigencia de las convenciones colectivas en materia convencional de conformidad con el acto legislativo 1 de 2005, en razón a que este no constituye un requisito de exigibilidad, por lo que la decisión primigenia deberá ser confirmada.

No obstante lo anterior, no se puede desconocer que la pensión fue causada después del 17 de octubre de 1985 por lo tanto la pensión extralegal es compartible con la pensión de vejez por expreso mandato legal, de tal manera que al verificarse en el presente proceso que al demandante le fue reconocida una pensión de vejez por parte de COLPENSIONES mediante resolución GN 112883 del 28 de mayo de 2013, a partir de noviembre de 2011, la pensión convencional causada a la fecha de desvinculación es compartible con la reconocida por COLPENSIONES y a la entidad demandada le corresponde asumir el mayor valor que se genere entre las dos pensiones.

En cuanto a la tasa de reemplazo y monto de la pensión convencional, tenemos que el artículo 41 de la convención colectiva 1998 – 1999, señala que el primero de ellos, “*corresponde al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios*” (f.º 44)

Adicionalmente, para liquidar la pensión, el párrafo de dicho artículo prevé lo siguiente i) un factor fijo, compuesto por el último sueldo básico mensual, más primas de antigüedad y/o prima técnica si las devengó, y ii) uno variable, conformado por el salario en especie, auxilio de transporte, incentivo de localización, gastos de representación, primas semestrales, primas habituales o permanentes, horas extras, dominicales o feriados trabajados, viáticos devengados durante ciento 180 días o más y el valor de la sobreremuneración en el caso de que desempeñe cargos superiores provisionalmente durante el último año.

Estos valores se deben sumar y dividir entre doce para calcular el segundo factor o factor variable, y a la sumatoria de los dos referidos factores, se le aplica el 75%.

Bajo ese panorama, tenemos que a folios 16 a 17, obra certificación expedida por la Coordinadora del Grupo de Gestión Integral de Entidades Liquidadas en la que se relacionan los conceptos devengados por el demandante así:

<b>fijo</b>	<b>CONCEPTO</b>	<b>VALOR</b>
	sueldo básico	\$591.307
	prima de antigüedad	\$189.219
<b>variable</b>		
	prima jun98	\$15.315
	prima dic98	\$1.305.160
	prima jun99	\$1.151.276
	prime Escolar1999	\$387.307
	prima vacaciones	\$848.778
	salario en especie	\$145.304
	sobreremuneracion	\$389.884
	Viáticos	\$182.440

En esa dirección como factor fijo se tendrá en cuenta la suma de **\$ 780.526** y como factor variable la suma de  $\$ 3.189.379/12 = \mathbf{\$ 265.781,58}$ .

Ello, por cuanto el rubro de Prima Escolar 1999 y la prima de vacaciones, son factores que no están incluidos en la norma convencional para calcular el salario base de liquidación de la pensión convencional.

Así las cosas, sumados esos factores, tenemos un salario convencional del último año equivalente a **\$1.046.307.58**

Como índices de precios al consumidor se tendrán los correspondientes a los años 1998 y 2010, teniendo en cuenta que el año de retiro de la entidad fue 1999, y el año de cumplimiento de la edad fue el 2011, tal como lo ha señalado de manera reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, entre otras en las sentencias, radicación 32020 de 06 dic. 2007, 31222 de 13 de diciembre de 2007, 42075 de 28 de mayo de 2014 y SL5509-2016 Radicación n.º 45534.

De tal manera que al realizar las operaciones aritméticas se obtiene una primera mesada pensional de **\$1.582.695.61** para el año 2011, la que genera un valor mayor a favor del demandante ya que la pensión reconocida por COLPENSIONES para el año 2011 asciende a la suma de **\$929.984**, la diferencia de **\$652.711** que debe ser asumido por la parte demandada más la mesada 14, por lo que se modificará la sentencia de primera instancia, para que se reconozca dicho mayor valor a partir del **12 de junio de 2015**, ya que las mesadas anteriores se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción.

Salario convención último año  $\$1.046.307.58 * \frac{105.24}{100} * 75\% = 1.582.695.61$   
 52,18

<i>Tabla</i>			
<i>año</i>	<i>Valor mesada ugpp</i>	<i>Valor mesada colpensiones</i>	<i>Diferencia</i>
2011	\$ 1.582.695,61	\$ 929.984,00	\$ 652.711,61
2012	\$ 1.641.730,16	\$ 964.672,40	\$ 677.057,75
2013	\$ 1.681.788,37	\$ 988.210,41	\$ 693.577,96
2014	\$ 1.714.415,07	\$ 1.007.381,69	\$ 707.033,37
2015	\$ 1.777.162,66	\$ 1.044.251,86	\$ 732.910,80
2016	\$ 1.897.476,57	\$ 1.114.947,71	\$ 782.528,86
2017	\$ 2.006.581,47	\$ 1.179.057,21	\$ 827.524,27
2018	\$ 2.088.650,65	\$ 1.227.280,65	\$ 861.370,01
2019	\$ 2.155.069,75	\$ 1.266.308,17	\$ 888.761,58
2020	\$ 2.236.962,40	\$ 1.314.427,88	\$ 922.534,52

En conclusión, se establece que a la entidad le corresponde reconocer la pensión consagrada en el artículo 41, parágrafo 1º. de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita por la Caja Agraria, Industrial y Minero y por razón de la compartibilidad legal pagar solo el mayor valor causado por la diferencia entre la mesada de la pensión convencional y la mesada de la pensión que por bono tipo T paga COLPENSIONES al demandante, y la

mesada 14 en su totalidad, tal y como lo solicitó la parte actora, a partir del  
**12 de junio de 2015.**

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

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

### RESUELVE

**PRIMERO: MODIFICAR** los numerales **PRIMERO, SEGUNDO y TERCERO**  
de la sentencia proferida el 3 de junio de 2020 por el Juzgado Séptimo (7°.)  
Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, los cuales  
quedarán así: **CONDENAR** a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE  
GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA  
PROTECCIÓN SOCIAL UGPP** a reconocer la pensión de jubilación de que  
trata el artículo 41, parágrafo 1°. de la Convención Colectiva de Trabajo  
suscrita por la Caja Agraria, Industrial y Minero a favor del demandante a  
partir del 1 de noviembre de 2011, cuya primera mesada asciende a la suma  
de \$1.582.695.61 y por efectos de la compartibilidad y la prescripción a  
pagar solo la diferencia entre la pensión convencional antes mencionada y  
la pensión reconocida por COLPENSIONES en aplicación del bono tipo T, y  
la mesada adicional 14 completa, a partir del 12 de junio de 2015, junto con  
los reajustes legales.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia recurrida en todo lo demás.

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

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

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

~~TSB-SPLH LRBORHL~~

TSB-SPLH LRBORHL



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

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JHON JAIRO AMAYA CAMPOS

DEMANDADO: COLPENSIONES

RADICACIÓN: 11001 31 05 007 2018 00226 01

**MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre 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, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 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 el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida el 23 de junio de 2020 por el Juzgado Séptimo (7°.) Laboral del Circuito de Bogotá.

### **ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende que se declare de manera *principal*, que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez por tener diagnosticadas enfermedades congénitas, degenerativas y progresivas conforme los requisitos establecidos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y que adquirió su estatus de pensionado el día en que efectuó su última cotización, esto es, el 31 de octubre de 2012, para que, como consecuencia de ello, se condene a Colpensiones a reconocer la pensión de invalidez a partir del 31 de octubre de 2012, junto con el retroactivo pensional, los intereses moratorios o subsidiariamente la indexación y las costas y agencias en derecho.

Subsidiariamente, solicitó se declare que es beneficiario de la pensión de invalidez en virtud de la condición más beneficiosa por acreditar más de 300 semanas en cualquier tiempo, conforme lo dispone el Decreto 758 de 1990; y que su estado de invalidez se estructuró el 9 de julio de 2015, para que como consecuencia de ello, se condene a Colpensiones a reconocer la pensión de invalidez desde el 9 de julio de 2015, junto con el retroactivo pensional, los intereses moratorios o la indexación y las costas y agencias en derecho (f°4-6 y 67-69)

Para fundamentar sus peticiones, informó que nació el 20 de abril de 1968 y cotizó un total de 785 semanas durante toda su vida laboral, siendo su último aporte el correspondiente al mes de octubre de 2012, agregó que padece de una enfermedad neurodegenerativa denominada esquizofrenia paranoide con deterioro funcional moderado de predominio cognitivo desde hace 34 años; indicó que fue calificado por COLPENSIONES mediante dictamen del 27 de septiembre de 2015, en el que se le calificó una pérdida de capacidad laboral del 58.1% con fecha de estructuración el 9 de julio de 2015; que solicitó la prestación el 21 de octubre y Colpensiones la negó mediante Resolución GNR 73270 del 8 de marzo de 2016; señaló que el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia de tutela amparó sus derechos fundamentales y ordenó el reconocimiento de la pensión, decisión que posteriormente fue revocada por el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, a través de la sentencia proferida el 31 de agosto de 2017. (f°6-9 y 69-71)

Frente a esas pretensiones, COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de ellas, con fundamento en que el actor no cumple con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez. Propuso las siguientes excepciones de mérito: inexistencia del derecho reclamado, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica. (f ° 95-109)

#### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Séptimo (7°.) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 23 de junio de 2020, absolvió a la encartada de las pretensiones elevadas en el libelo genitor y condenó en costas al demandante.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

La parte demandante presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente y sobre los siguientes puntos: i) se debe dar aplicación a la jurisprudencia de la Corte Constitucional señalada en la sentencia T 651 de 2016, ii) el demandante tiene derecho a la pensión a partir de la última cotización, esto es, el 31 de octubre de 2012.

## **ALEGACIONES**

Presentó alegaciones el apoderado de la parte demandada Colpensiones.

El apoderado de COLPENSIONES presenta poder de sustitución, en consecuencia, se reconoce personería para actuar a la Dra. DIANA MARÍA VARGAS JEREZ, identificada con la cédula de ciudadanía 1.090.449.043 y T.P. 289.559.

## **CONSIDERACIONES**

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si el demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez a partir de la fecha en que realizó la última cotización.

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

- A folio 27, cédula de ciudadanía del actor que da cuenta que nació el 20 de abril de 1962.
- A folio 28-33, historia laboral que acredita un total de 785.43 semanas cotizadas
- A folio 34-37, dictamen de pérdida de capacidad laboral que calificó al actor con un porcentaje de 58.1% de Pérdida de Capacidad Laboral, fecha de estructuración el 9 de julio de 2015, origen: enfermedad común.
- A folios 38 -42, Resolución GNR 73270 del 8 de marzo de 2016, por medio de la cual Colpensiones niega la pensión de invalidez.
- A folio 43-59, copia de la sentencia proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito a través de la cual se ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de manera transitoria.
- A folio 60, comunicación por medio de la cual el Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral con Ponencia del Dr. Serrano Baquero

revocó la decisión del A-quo y declaró improcedente el amparo constitucional.

- A folio 151-336, historia clínica del demandante.
- A folio 378-384, dictamen de pérdida de la capacidad laboral realizado por la Junta Regional del Calificación de Invalidez, que determinó como fecha de estructuración de la enfermedad el 21 de julio de 2015.

### **Caso Concreto**

De los documentos que obran en el expediente se encuentra acreditado que: COLPENSIONES dictaminó al demandante una pérdida de la capacidad laboral del 58.1%, con fecha de estructuración 9 de julio de 2015 (fº. 34-37); el juzgado de conocimiento ordenó a la Junta Regional de Calificación de invalidez realizar un nuevo dictamen con miras a determinar la fecha de estructuración de la invalidez; dicha Junta concluyó que la fecha de estructuración lo era el 21 de julio de 2015, *“fecha en la cual psiquiatría determina el estado clínico que persiste a la fecha”* (fº 378-384); y, el señor Amaya Campos cotizó un total de 787.43 semanas en toda su vida laboral.

Para decidir el problema jurídico se tiene en cuenta que la norma aplicable al presente caso es la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, la cual señala como requisito en tratándose de pensión de invalidez de origen común haber cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración; respecto de esta fecha, los dictámenes médicos indican que la pérdida de capacidad laboral se estructuró o bien, el 9 de julio de 2015 – dictamen Colpensiones -, o el 21 de julio de 2015 – dictamen de la Junta-.

De los elementos de prueba se concluye que el demandante no acredita 50 semanas de cotización dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, como se corrobora con la historia laboral que milita en el expediente administrativo, donde se evidencia que durante ese interregno solo cotizó 3 semanas – dictamen Colpensiones- o 1,287 semanas -dictamen Junta-, y, en consecuencia, se colige que no causó el derecho bajo la normativa aplicable.

De otro lado, tal como lo afirmó el A-Quo, no es posible acudir al principio de la condición más beneficiosa con el fin de resolver el asunto bajo las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de

19990, como quiera que no es viable hacer una búsqueda de legislaciones anteriores a fin de determinar cuál se ajusta a las condiciones particulares de promotor. (SL 4597 de 2019 que reitera las sentencias: SL17768-2016, CSJ SL9762-2016, CSJ SL9763-2016, CSJ SL9764-2016, CSJ SL14881-2016, CSJ SL15612-2016, CSJ SL15617-2016, CSJ SL15960-2016, CSJ SL15965-2016, CSJ SL 1689-2017, CSJ SL1090-2017, CSJ SL2147-2017, CSJ SL21062-2017, CSJ SL137-2018 y CSJ SL4986-2018), aunado a que la aplicación de 300 semanas se refiere a las cotizadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, supuesto fáctico que el demandante no acredita.

Ahora en relación con la aplicación de la condición más beneficiosa con sustento en la Ley 100 de 1993, la jurisprudencia ha señalado unos criterios para su aplicación, el cual se puede constatar entre otras en la sentencia SI 396 de 2019, radicación 62792, que reitera el contenido de la sentencia SL2358-2017, sin que bajo esta normatividad el demandante cumpla con los presupuestos para su aplicación, dado que el siniestro de la invalidez no ocurrió dentro de los tres años posteriores a la expedición de la Ley 860 de 2003, porque recuérdese la fecha de estructuración lo fue en julio de 2015.

No obstante, como en este caso se aduce que las patologías que aquejan al demandante son de aquellas que se consideran como de tipo degenerativo, y dada la especial protección que merecen este tipo de personas, es menester verificar el cumplimiento de los requisitos legales con miras a determinar si es posible convalidar las semanas que fueron cotizadas teniendo en cuenta los supuestos señalados jurisprudencialmente.

Lo anterior, porque la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3275-2019 varió su postura respecto del momento a partir del cual se contabiliza el número de cotizaciones cuando se está en presencia de afiliados que padecen este tipo de enfermedades.

En dicha providencia, se explicó que adicional a la fecha de estructuración de la invalidez, se puede considerar para ese efecto la data de, *“(i) la calificación de dicho estado, (ii) la de solicitud de reconocimiento pensional o (iii) la de la última cotización realizada -calenda en la que se presume que la enfermedad se reveló de tal forma que le impidió seguir trabajando”*.

Bajo esa óptica, está acreditado que el diagnóstico que aqueja al demandante se encuentra dentro de aquellas enfermedades denominadas

degenerativas, como así puede corroborarse en el dictamen realizado por Colpensiones (fº. 375) y que, de acuerdo con la historia laboral, el actor realizó cotizaciones de manera intermitente entre septiembre de 1998 hasta julio de 2012,

Ahora bien, en cuanto a la *primera* de las posibilidades, de acuerdo con los dictámenes que reposan en el expediente, el demandante no realizó ni un solo aporte dentro de los tres años anteriores a la calificación de la invalidez, 27 de septiembre de 2015, para el caso Colpensiones y 29 de septiembre de 2019, para el realizado por la Junta, en tanto su última cotización acaeció para julio de 2012.

Frente a la *segunda* hipótesis, revisado el expediente se constata de un lado, que el actor solicitó el reconocimiento de la pensión el 21 de octubre de 2015 (fº38-42), y de otro, que dentro de los tres años anteriores a esa calenda tampoco se registra cotizaciones.

En lo que tiene que ver con el *tercer* supuesto, esto es, la última cotización realizada, es importante anotar que las cotizaciones que deben validarse en este puntual caso, son aquellas que se realizaron después de la fecha de la estructuración de la invalidez, siempre y cuando las mismas hayan sido realizadas en virtud de la capacidad residual, la cual ha sido definida por la Corte como “ *la posibilidad que tiene una persona de ejercer una actividad productiva que le permita garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas, pese a las consecuencias de la enfermedad*”. Revisada la historia laboral, se constata que el promotor no realizó ningún aporte con posterioridad a la fecha de estructuración de su invalidez (julio de 2015), dado que su última cotización se realizó para el ciclo de julio de 2012.

De manera que se concluye que el actor no acredita los requisitos para causar la pensión de invalidez.

Respecto de la aplicación de la sentencia T-651 de 2016, como primera medida se debe precisar que las sentencias de tutela tienen efecto inter partes, y, en consecuencia, no generan carácter vinculante para ser aplicado en el tema objeto de debate, en segundo lugar, los supuestos fácticos ventilados en dicho pronunciamiento difieren de los aquí discutidos, si se tiene en cuenta, por ejemplo, que en otrora oportunidad los accionantes realizaron cotizaciones con posterioridad a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad en virtud de la “capacidad residual”, supuesto fáctico que no se acredita en el presente caso, y en

tercer lugar, de los medios probatorios recaudados no es posible determinar cuando la enfermedad del actor se reveló de tal forma que le impidió seguir trabajando, como quiera que lo que se observa es que el demandante si bien realizó algunas labores ocasionales, siempre ha dependido económicamente de sus hermanos, quienes le ayudan con el pago del arriendo y servicios.

Así las cosas, se concluye que el demandante no cumple con el requisito de la densidad de semanas que exige la Ley 860 de 2003 y, en consecuencia, se confirmará la decisión de primer grado.

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

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 23 de junio de 2020 por el Juzgado Séptimo (7°.) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

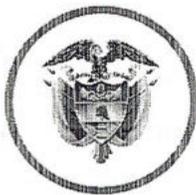
  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

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

~~TSB-SLR LABORAL~~

TSB-SLR LABORAL



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

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** AURA ALICIA TAO GUZMAN

**DEMANDADO:** SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR  
E.S.E.

**RADICADO:** 11001 31 05 035 2019 00025 01

**MAGISTRADA PONENTE:** ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veinte (2020).

**AUTO**

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, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el recurso de apelación contra auto proferido el 28 de julio de 2020 por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante el cual se declaró no probada la excepción de falta de competencia, interpuesta por la demandada.

**ANTECEDENTES**

La accionante promovió demanda ordinaria contra la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. con el fin de que se declaré la existencia de un único contrato de trabajo a término indefinido entre las partes desde 1 de febrero de 2001 hasta el 31 de agosto de 2016; en calidad de trabajadora oficial; en un horario de domingo a domingo de 7:00 p.m. a 7:00 a.m.; y como consecuencia de lo anterior, el pago de las prestaciones sociales derivadas, las indemnización, diferencias salariales, trabajo suplementario recargos dominicales y festivos, primas y compensaciones; a la afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral, la devolución del importe pagado por salud, pensión y riesgos profesionales; los descuentos

por retención en la fuente; auxilio de transporte, indemnización extralegal por el despido injusto; la indemnización por no pago de prestaciones sociales, la indemnización por no afiliación ni consignación de cesantías; la declaración de todo beneficio convencional derivado de la convención colectiva de trabajo; a lo ultra y extra petita; a las costas procesales y agencias en derecho.

El 1 de abril de 2019, el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda ordinaria de primera instancia (fl. 145)

La entidad accionada presentó escrito contentivo de las excepciones, las que denominó Pago; Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE; inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido buena fe, prescripción, compensación, competencia y las demás que el juzgado encuentre probadas y que por no requerir formulación expresa declare de oficio. (fls. 166-168).

#### **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

En audiencia celebrada el 28 de julio de 2020, el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá declaró no probada la excepción de falta de competencia por cuanto de acuerdo a la actividad que ejerce la demandante se caracteriza por las propias desarrolladas por los trabajadores oficiales; conforme a los documentos aportados, la demandante siempre prestó sus servicios como auxiliar de ropa hospitalaria, actividad que se enmarca dentro de lo que se ha denominado servicios generales por la demandada y reconocido por la Corte Suprema de Justicia, en consecuencia, y como quiera que conforme a los documentos en mención la demandante realizaba actuaciones propias de los servicios generales en la entidad, se tiene que las mismas corresponden a las actividades desarrolladas por un trabajador oficial, tal calidad, le permite al despacho pronunciarse de fondo con el asunto que se debate.

#### **RECURSO DE APELACIÓN**

La parte demandada presentó recurso de apelación, argumentando que las Empresas Sociales del Estado son establecimientos públicos, y de acuerdo con el artículo 104 de la ley 1437, la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce además de lo dispuesto en la constitución política y en leyes especiales, las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones sujetas a derecho administrativo, en los que están involucradas las entidades públicas o los particulares cuando ejerzan funciones administrativas; si bien la parte

demandante ha considerado pretender que tiene los mismos derechos de los trabajadores oficiales, lo cierto es que su pretensión principal es que se declare un contrato realidad, en virtud de ello, ante tal solicitud la parte demandante dirige su demanda en contra de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., entidad que fue constituida mediante Acuerdo 640 de 2016, que agrupó a los hospitales entre ellos a Meissen, adoptó el manual de funciones y dada la naturaleza de la entidad, conforme al Acuerdo; no le es dable conocer a la jurisdicción ordinaria laboral el presente proceso.

### **ALEGACIONES**

Las partes no presentaron escrito de alegaciones.

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si hay lugar a declarar probada la excepción de falta de competencia.

### **CONSIDERACIONES**

De conformidad con el numeral 3 del artículo 65 del CPTYSS el auto que decida sobre excepciones previas es susceptible del recurso de apelación, como quiera que la excepción de falta de competencia debe estudiarse como previa, por aplicación del artículo 100 del CGP aplicado por analogía en virtud del artículo 145 del CPTYSS, como lo realizó el A quo, en consecuencia, la Sala tiene competencia para conocer del asunto.

Sobre el tema de la competencia la H. Corte Constitucional, en sentencia de constitucionalidad C-655 de 1997, al referirse sobre este concepto determinó:

*“(...) La competencia debe tener las siguientes calidades: legalidad, pues debe ser fijada por la ley; imperatividad, lo que significa que no es derogable por la voluntad de las partes; inmodificabilidad por que (sic) no se puede variar en el curso de un proceso (perpetuatiojurisdictionis); la indelegabilidad, ya que no puede ser delegada por quien la detenta; y es de orden público puesto que se funda en principios de interés general...”*

Por lo expuesto, lo primero en esclarecer frente a la competencia del proceso en estudio es la lectura del artículo 2° del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 2° de la ley 712

de 2001, que señala que la jurisdicción ordinaria en la especialidad del trabajo y de la seguridad social tiene competencia para dirimir, entre otros asuntos, “...*Los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo.*”

Considera la recurrente que la jurisdicción laboral no es competente para conocer el asunto porque la entidad demandada es una empresa social del estado.

Descendiendo al caso de autos, se observa que tanto las pretensiones de la demanda como los hechos en que se sustentan las mismas se refieren a establecer la existencia de un contrato de trabajo, en la medida que se solicita la declaración de la existencia de un contrato individual de trabajo a término indefinido entre las partes desde 1 de febrero de 2001 hasta el 31 de agosto de 2016, en calidad de trabajador oficial y en el desempeño del cargo de auxiliar de ropa hospitalaria, aunado que se pretende la aplicación de la convención colectiva, por lo que se advierte que la pretensión de existencia de un contrato de trabajo le confiere a la jurisdicción ordinaria la competencia, en su especialidad laboral para conocer del asunto.

Así lo ha sostenido de antaño la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, cuando ha expresado que basta con que se pretenda la declaración de la existencia de un contrato de trabajo para que la jurisdicción laboral sea la competente para dirimir el conflicto, en aplicación del artículo 2 del C.P.T. Y S.S., modificado por el artículo 2° de la ley 712 de 2001.

Lo anterior encuentra sustento en la sentencia SL2603-2017, Radicación n.º 39743 del 15 de marzo de 2017, que reitera la sentencia CSJ SL9315-2016, del 29 de jun. 2016, rad. 42575, CSJ SL, 18 mar. 2003, rad. 20173, CSJ SL10610-2014, 9 jul. 2014, rad. 43847, donde se señaló (...) *En efecto, la jurisprudencia tiene dicho que, para que el juez laboral asuma la competencia en un juicio contra una entidad de derecho público, al actor le basta afirmar la existencia del contrato de trabajo porque, de controvertirse esa afirmación, al juez le corresponde en la sentencia de fondo declarar si existió o no, y sólo en caso positivo puede reconocer los derechos que emanen de ese contrato. (...)*

De acuerdo con lo anterior, se **confirmará** la decisión de primera instancia.

**COSTAS:** no se impondrán en esta instancia.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el auto del 28 de julio del 2020 proferidos por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

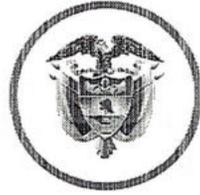
  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

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

53973 1001 20 0M11:24

TSP-SHLA LABORAL



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

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARÍA SORLEY SANCHEZ VELASCO

DEMANDADO: EUTIMIO AYALA RODRIGUEZ

RADICADO: 11001 31 05 013 2019 00638 01

**MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veinte (2020).

**AUTO:**

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandada contra el auto proferido el 6 de agosto de 2020, por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá.

**ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 4 de octubre de 2006 hasta el 15 de julio de 2019 y que el mismo finalizó por renuncia voluntaria, para que, como consecuencia de ello, se condene al encartado al pago de prestaciones sociales, vacaciones, sanción por no consignación de cesantías, aportes a seguridad social y la sanción moratoria (fº. 2-9 y 20-27)

El demandado al contestar la acción se opuso a la totalidad de las pretensiones y formuló como excepciones previas las que denominó falta de legitimación por pasiva e ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones. (fº39-52).

**DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante providencia calendada el 6 de agosto de 2013, resolvió no pronunciarse frente al medio exceptivo denominado falta de legitimación en la causa por pasiva, por no encontrarse enlistado en el artículo 100 del Código General del Proceso, difiriendo su estudio para el momento de dictar sentencia, y en cuanto a la excepción denominada ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones, la declaró no probada.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de la parte demandada presentó recurso de reposición y en subsidio apelación contra la decisión proferida por el A-Quo.

Respecto de la falta de legitimación en la causa por pasiva, indicó que la demandante no aportó prueba documental que sustente su pretensión al allegar un certificado de existencia de una persona jurídica llamada Hostal de Prado, por lo que no existe claridad respecto de la persona que se demanda.

Frente a la excepción ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales, precisó que el número de cédula que se relaciona en la demanda, no corresponde con el que se identifica el convocado a juicio.

### **ALEGACIONES**

Las partes no presentaron escrito de alegaciones.

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si prosperan las excepciones propuestas por la parte demandada.

#### **Caso en concreto:**

En primer lugar, es preciso señalar que el auto que resuelve las excepciones es recurrible, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 65 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

En segundo lugar, frente a la excepción denominada como “falta de legitimación por pasiva”, sería del caso declarar inadmisibles el recurso de apelación, si se tiene en cuenta que la juzgadora de primera instancia difirió su estudio para el momento de proferir sentencia al considerar que i) la misma no estaba enlistada dentro el artículo 100 del Código General del Proceso y ii) debía agotarse todo el debate probatorio para determinar la prosperidad o no de las pretensiones formuladas en la demanda, lo que permite concluir que el A-Quo no se pronunció de fondo.

No obstante en gracia de discusión, la Sala determina que la decisión recurrida deberá ser confirmada, en razón a que la legitimación en la causa ha sido definida por la jurisprudencia, como la titularidad de los derechos de acción y de contradicción, luego, la posible responsabilidad del convocado a juicio solo podrá ser dilucidada una vez se surtan las etapas procesales y se analicen los medios probatorios recaudados, razón por la cual se considera que no es procedente resolver la misma en este momento procesal.

Adicionalmente cabe anotar que la parte actora, al momento de subsanar la demanda (19-27), precisó que la presente acción se dirigía en contra el señor Eutimio Ayala Rodríguez, ya no como propietario del establecimiento comercial "Hostal el Prado", sino como persona natural, debido a que la matrícula de dicho establecimiento se encontraba cancelada, como se observa en el certificado de existencia y representación que obra a folio 12-14.

En tercer lugar, en punto de la excepción ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales, sostiene el recurrente que esta excepción debe prosperar en razón a que el número de cédula que se indica en la demanda no corresponde con el que le fue asignado al encartado por la Registraduría General de la Nación.

Para resolver el presente caso, debe tenerse en cuenta la importancia que reviste la demanda frente a la constitución, trámite y decisión del proceso, es por ello que el legislador ha dispuesto a través de la Ley procesal laboral, más exactamente en los artículos 25, 25 A y 28 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

En el caso bajo estudio, tenemos que el numeral 2 del artículo 25 ibídem, señala que la demanda deberá contener "*El nombre de las partes y el de su representante, si aquellas no comparecen o no pueden comparecer por sí mismas*" sin que se exija otro requisito adicional como se pretende en la alzada, requisito que en el caso de autos se encuentra satisfecho si se tiene en cuenta que la presente acción se dirige de forma diáfana contra el señor Eutimio Ayala Rodríguez, de quien se predica fue el empleador de la demandante. (f° 20)

De otro lado, si bien no se desconoce que no existe coincidencia frente al número de cédula del convocado al juicio, esa situación de modo alguno puede conllevar a concluir que el demandado no exista o que se predique la inexistencia del mismo, más bien se constituye en un argumento adicional respecto a la falta de legitimación por pasiva que alega el encartado, que como se dijo, deberá ser resuelta al momento de proferir la sentencia que ponga fin a la instancia.

Finalmente, cabe anotar que dicho yerro podrá ser subsanado o dilucidado en el saneamiento del litigio o durante el trámite del proceso, máxime si se tiene en cuenta, de un lado, que la parte actora manifestó no tener

documento o prueba alguna con el cual se pueda corroborar el número de identificación ya indicado y de otro, que se está en presencia de una presunta contratación eminentemente verbal.

En ese orden de ideas, la decisión de primera instancia deberá ser confirmada.

**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 6 de agosto de 2020 por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá por las razones expuestas.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

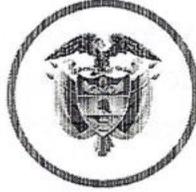
  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

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

53978 1001720 AM11=24

TSB-SALA LABORAL



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

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** JOSÉ HORACIO ALVINO SALCEDO

**DEMANDADO:** FONCEP

**RADICADO:** 11001 31 05 017 2018 00521 01

**MAGISTRADA PONENTE:** ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veinte (2020).

**AUTO**

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, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el recurso de apelación contra auto proferido el 4 de agosto de 2020 por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante el cual se tuvo por no contestada la demanda.

**ANTECEDENTES**

El accionante promovió demanda ordinaria contra FONCEP con el fin de que se declare que por ser beneficiario del régimen de transición, tiene derecho a que se reliquide la pensión de vejez de conformidad con la Ley 33 de 1985, y, como consecuencia, se ordene reliquidar la pensión de jubilación, incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados, sobre el valor real de su pensión prevista en la ley 33 de 1985 y sus decretos reglamentarios; condenar a la demandada a efectuar el reconocimiento y el pago de las costas procesales y agencias en derecho que se causen en el juicio.

El 28 de enero de 2019, el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda ordinaria de primera instancia (fl. 24), por lo anterior el notificador del despacho entregó el aviso de notificación a la entidad el día 12 de septiembre de 2019.

### **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

En auto del 4 de agosto de 2020, el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá tuvo por no contestada la demanda por cuanto la demandada Fondo de Prestaciones Económica, Cesantías y Pensiones de Bogotá-FONCEP- fue notificada el día 12 de septiembre de 2019 (fl.22), y el traslado corrió entre el 20 de septiembre y el 7 de octubre de 2019 sin que se diera contestación; y se tomó como indicio grave en contra de la demandada.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

La parte demandada presentó recurso de apelación, argumentando que la entidad fue notificada el 13 de septiembre de 2019, mediante ID 296639; por lo tanto, dentro del término legal presentó contestación a la demanda el 1 de octubre de 2019; añade que desafortunadamente cometió un error de digitación, toda vez que si bien es cierto la demanda se encontraba dirigida al Juez 17 Laboral del Circuito de Bogotá, también lo es que en el contenido se indica "Juez 16 Laboral del Circuito", demanda que cuenta con el radicado ante el mencionado despacho judicial y data del 1 de octubre de 2019, despacho judicial que tampoco se percató de la falencia presentada. Por lo anterior, solicita se revoque la decisión en su integridad, y se dé por contestada la demanda.

### **ALEGACIONES**

Los apoderados no presentaron escrito de alegaciones.

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si se debe tener en cuenta la contestación de demanda presentada en despacho diferente al que conoce del proceso.

### **CONSIDERACIONES**

En primer lugar, vale la pena resaltar que el auto que da por no contestada la demanda está expresamente enlistado como susceptible de apelación, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 65 del

Código Procesal del Trabajo, y con base en tal preceptiva procesal se entrará al estudio de la alzada.

Para resolver el presente caso, debe tenerse en cuenta la importancia que reviste la contestación de la demanda frente al efectivo ejercicio de defensa y contradicción de quien fue convocado al proceso en calidad de demandado, es por ello, que el legislador ha dispuesto a través de la Ley Procesal Laboral, en su artículo 74, el procedimiento para hacer efectivo ese derecho.

En efecto, la norma procesal mencionada determina de manera expresa que una vez admitida la demanda, el juez debe correr traslado a la parte demandada, para que le dé contestación dentro de un término establecido.

Ahora bien, efectuadas las anteriores precisiones, se verifica que el escrito de contestación de demanda fue presentado el 1 de octubre de 2019, en el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, despacho diferente al que conoce el proceso judicial objeto de la Litis, que a pesar de esto pretende el apelante se tenga por contestada la demanda.

El artículo 109 del Código General del Proceso establece el procedimiento para la presentación y trámite de memoriales e incorporación de escrito y comunicaciones, en el que se consagra que “Los memoriales, incluidos los mensajes de datos, se entenderán presentados oportunamente si son recibidos antes del cierre del despacho del día en que se vence el término”, de tal manera que los memoriales deben ser presentados en el despacho en el que cursa el proceso salvo que se acuda a alguna de las dependencias señaladas en el parágrafo de esa norma, sin que se autorice que se tenga presentado de manera oportuna el escrito cuando se entrega en otro despacho judicial.

Por lo anterior, aunque el recurrente señala que se trató de un error cometido por el togado, que igualmente no fue evidenciado por parte del Juzgado 16 Laboral del Circuito, no hay lugar a que se tenga por presentada la contestación de la demanda de manera oportuna.

La anterior decisión no da lugar a desconocer el derecho a la defensa, ya que su reconocimiento no implica el desconocimiento o sacrificio del debido proceso correspondiente a cada tipo de litigio.

De tal manera que no le asiste razón al recurrente y, en consecuencia, se **confirmara** la decisión de primera instancia.

**COSTAS:** no se impondrán en esta instancia.

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

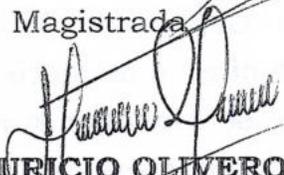
**RESUELVE**

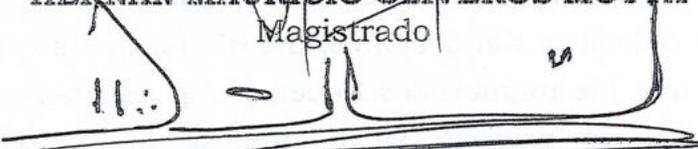
**PRIMERO: CONFIRMAR** el auto del 4 de agosto de 2020 proferidos por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

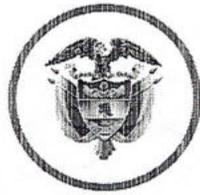
  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

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

53971 1001-24 AM11-24

TSB-SALA LABORAL



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

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** ERUIN ANTONIO BONILLA RODRIGUEZ

**DEMANDADO:** HOSPITAL DE SUBA II NIVEL-SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE ESE

**RADICADO:** 11001 31 05 035 2018 00608 02

**MAGISTRADA PONENTE:** ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre 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, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir los recursos de apelación presentados por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida el 13 de agosto de 2020 por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá.

**ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende que se declare **i)** la existencia del contrato individual de trabajo a término indefinido entre las partes desde el 10 de marzo de 2009 hasta el 27 de mayo de 2016, como trabajador oficial, en el desempeño del cargo de Conductor Código 5155-Grado IV, o su equivalente, de forma ininterrumpida, sin solución de continuidad; **ii)** que el demandante tiene derecho a percibir el salario básico mensual de un Trabajador Oficial de la Planta de Personal Conductor Código 5155-Grado IV, desde el inicio de la relación laboral, conjuntamente, con las primas, bonificaciones, vacaciones, cesantías y demás adehalas, en igualdad a los demás Trabajadores Oficiales; **iii)** que la terminación del contrato individual de trabajo a término indefinido, de fecha 27 de mayo de 2016, entre las partes es ilegal e ineficaz; **iv)** al reintegro del Trabajador Oficial a la Planta de Personal de la entidad demandada al cargo de Conductor Código 5155-Grado IV o su equivalente, como restablecimiento pleno del

contrato, sin solución de continuidad; que como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada al pago de la diferencia salarial mensual retenida ilegalmente que resulte entre el SMLMV, inicialmente pagado y el salario de Trabajador Oficial de Planta de la entidad accionada desde el 10 de marzo de 2009 hasta el 27 de mayo de 2016; que igualmente se paguen a partir del 27 de mayo de 2015, sin solución de continuidad, con los incrementos anuales, hasta la fecha efectiva de la ejecutoria y cumplimiento de la sentencia que así lo ordene; al pago del subsidio de alimentación establecido para los trabajadores oficiales de planta de la demandada por todo el tiempo laborado, sin solución de continuidad, con los incrementos anuales, hasta la fecha efectiva de la ejecutoria y cumplimiento de la sentencia que así lo ordene; al pago de auxilio de transporte; al pago del quinquenio establecido para los trabajadores oficiales de la demandada a marzo 10 de 2014, el 29% sobre el total devengado en el último año del trabajador; al pago de la prima de antigüedad establecida para los trabajadores oficiales de planta de la entidad accionada a partir del 10 de marzo de 2013; al pago de la prima de servicios o semestral proporcional en un equivalente a 40 días; a la prima de vacaciones y prima de navidad según lo establecido en la Convención Colectiva; al pago de cesantías teniendo en cuenta la asignación básica mensual, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima de antigüedad, 1/12 recargos nocturnos, 1/12 dominicales y festivos, 1/12 prima de navidad, 1/12 prima de servicios o semestral, 1/12 prima de vacaciones, 1/12 horas extras, 1/12 quinquenio y los demás factores que constituyan salario; al pago de elementos y ropa de trabajo-conductor; al pago de la prima de riesgo de acuerdo a lo establecido en la Convención Colectiva; al pago de beneficio por servicios prestados; al pago total correspondiente al empleador, de la prestación social de pensión de vejez, y su traslado para el Fondo de Pensiones; a la sanción moratoria por no pago y consignación de las cesantías dentro de los términos previstos en la ley; al pago del corte ilegal equivalente a salarios y prestaciones sociales a la demandada (16 días del 30 de enero de 2010 al 17 de febrero de 2010; 21 días, del 17 de enero de 2011 al 8 de febrero de 2011; 15 días del 16 de enero de 2012 al 1 de febrero de 2012); al pago de intereses moratorios, de todos los factores retenidos ilegalmente hasta la fecha efectiva de la ejecutoria y cumplimiento de la sentencia que así lo ordene; al pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. y S.S.; a la indexación de las sumas que resulten de la condena y al pago de las costas y agencias en derecho.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

Laboró de forma continua, permanente e ininterrumpida al servicio de la entidad demandada en el cargo de Conductor Código 5155-Grado IV; teniendo que cumplir las normas disciplinarias propias de la institución, transportar personal, equipos y materiales a los sitios encomendados, realizar eventualmente algunas laborales de servicios generales, trasladar pacientes, atender la recepción incluida la contestación del teléfono en el

punto de atención asignado cuando las necesidades del servicio lo requieran, ejercer las demás funciones afines con la naturaleza de su cargo que le asignara el jefe inmediato; tenía que cumplir turnos extensos de más de 10 horas diarias de lunes a viernes y 5 horas diarias los sábados; que se le exigía disponibilidad laborar en días dominicales y festivos desde su vinculación hasta la fecha de su despido; dentro de esa jornada laboral, su desempeño siempre implicó asistir puntualmente dentro del horario establecido por el Hospital; desde la vinculación se delegó a la firma "S&A Servicios y Asesorías S.A.S"., para que hiciera unos contratos irregulares y simulados; el salario devengado durante la relación laboral fue el SMLMV, mientras que los trabajadores oficiales de planta devengaban superiores asignaciones y prestaciones; el 30 de marzo de 2016, la demandada celebró contrato individual de trabajo a término indefinido como trabajador oficial con el demandante, con una asignación de \$1.486.626 mensuales; el 27 de mayo de 2016, la Gerente de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., termina de forma unilateral sin justa causa el contrato de trabajo a término indefinido, con el argumento de que el trabajador se encontraba en periodo de prueba; el demandante, tiene todos los derechos y prerrogativas de la Convención Colectiva de Trabajo Compilación 1995-2007-2017, del Hospital de Suba II Nivel ESE-Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E (Fls. 2 a 20 y 190 a 207).

Por su parte, la entidad **SUBRED INTEGRADA PARA LOS SERVICIOS DE SALUD NORTE ESE** se opuso a todas las pretensiones fundamentando que no se reúnen los requisitos legales para ello, toda vez que no se ha acreditado la continuidad y existencia del supuesto contrato como trabajador oficial. Presentó como excepción previa la de falta de jurisdicción y competencia y de mérito las de inexistencia de la obligación, buena fe y compensación, improcedencia de reintegro e inexistencia de despido injustificado y cualquier genérica que pueda ser decretada por el despacho. (Fls. 216-220)

#### **OTRAS ACTUACIONES**

En audiencia del 6 de noviembre de 2019, el Juzgado declaró no probada la excepción previa interpuesta por la parte demandada. La apoderada de la parte demandada interpuso recurso de apelación en contra de la decisión. (Fl. 242). El Tribunal Superior de Bogotá, confirmó la decisión el 5 de febrero de 2020. (Fl. 252).

#### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 13 de agosto de 2020, declaró que entre las partes existió una relación laboral desde el 10 de marzo de 2009 hasta el 27 de mayo de 2016, ostentando el demandante la calidad de trabajador oficial; condenó a la demandada a pagar por auxilios de alimentación la suma de

\$2'429.720, auxilio de transporte \$2'249.720, primas de antigüedad la suma de \$101.572, primas de servicios o semestral la suma de \$6'125.486, por primas de vacaciones la suma de \$3'352.104; por primas de navidad \$9'186.394; diferencias de cesantías la suma de \$1'883.255; sumas que deberán ser debidamente indexadas; al pago del cálculo actuarial correspondiente ante el fondo de pensiones al que se encuentre afiliado el demandante, con base en un SMLMV, más las prestaciones convencionales que debió percibir el actor por cada periodo laborado; aclarándose que debe pagar únicamente la diferencia que resulte del monto de la cotización mensual ya cotizada y la que debió cancelar conforme los emolumentos cancelados mensualmente como trabajador oficial; absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra; condenó en costas a la demandada y señaló como agencias en derecho a su cargo la suma de \$2'000.000.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente presentaron recurso de apelación conforme a los siguientes argumentos:

**Demandante:** indicó que se debe estudiar y conceder y el reintegro.

**Demandada:** Expuso en el recurso que al demandante no le es aplicable la convención colectiva por ende se debe revocar la condena y no acceder al reintegro objeto de la apelación.

### **ALEGACIONES**

Las partes no presentaron escrito de alegaciones.

### **CONSIDERACIONES**

#### **PROBLEMA JURÍDICO**

En virtud de los recursos de apelación se examinará en orden metodológico si hay lugar a aplicar la convención colectiva a la relación laboral que existió entre las partes, consecuentemente, si procede el reconocimiento de auxilio de alimentación, auxilio de transporte, primas de antigüedad, primas de servicios o semestral, primas de vacaciones; por primas de navidad; diferencias de cesantías; al pago del cálculo actuarial correspondiente ante el fondo de pensiones al que se encuentre afiliado el demandante y al reintegro.

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

- A folios 21-23, certificado de trabajador en misión, 17 de mayo de 2016.

- A folios 24-25, contrato individual de trabajo a término indefinido, 30 de marzo de 2016.
- A folios 26, 186, certificado de prestación de servicios.
- A folio 27, certificado contrato laboral, 31 de mayo de 2016.
- A folio 28, carta de asignación de funcionario, 11 de mayo de 2016.
- A folios 29-32, contrato de prestación de servicios No. 999 de 2016.
- A folio 33, autorización verificación de título y emisión de certificación, 1 de julio de 2016.
- A folios 34-35, orden de prestación de servicios, 29 de septiembre de 2016.
- A folios 36-37, contratos por obra o labor determinada.
- A folios 38-68, planillas de servicio de transporte salud pública.
- A folio 69, notificación terminación contrato individual de trabajo a término indefinido.
- A folios 70-74, pagos a Seguridad Social.
- A folios 75-98, Convención Colectiva 2017-2021.
- A folios 86- 97, convención colectiva 2007-2011.
- A folios 99-109, Convención Colectiva 2004-2006.
- A folios 110-125, Convención Colectiva 2001-2003.
- A folios 126-136, Convención Colectiva 1998-2000.
- A folios 137-152, Convención Colectiva 1996-1997.
- A folios 153-183, Convención Colectiva 1995.
- A folios 184-185, respuesta a derecho de petición con radicado No. 2018321088792.
- A folios 222-227, 240-244, Acuerdo No. 641 de 2016.
- Testimonial Luz Alba Sopo Zambrano.

### **Caso en concreto**

En el presente caso no se encuentra en discusión el vínculo laboral entre las partes ni los extremos declarados por el Juez de primera instancia, la discrepancia se centra en la aplicación de la convención colectiva y el reintegro, aspectos sobre los cuales se centrará el estudio de los recursos en virtud del artículo 66 A del CPTYSS.

Lo anterior porque se acreditó la prestación personal de los servicios conforme con la certificación de la coordinación del servicio al cliente y el contrato individual de trabajo a término indefinido, la relación tuvo vigencia entre el 10 de marzo de 2009 al 27 de mayo de 2016 (fol. 21 a 25), ya que entre los diferentes contratos no existió interrupciones mayores a quince días, tal y como lo señaló el juez de primera instancia la vinculación se dio a través de una única relación de trabajo sin solución de continuidad, conforme lo ha señalado nuestro máximo órgano de cierre en la sentencia SL981-2019 .

### **De la aplicación de la convención colectiva**

Conforme a lo establecido en el artículo 471 numeral 1 del CST, modificado por el artículo 38 del Decreto 2351 de 1965. Al *sub - lite*, se allegó las convenciones colectivas de trabajo suscritas entre el Hospital Suba y las organizaciones sindicales SINTRASALUD, AGROCONDUCTORES y SINTRADISTRITALES, con vigencias parciales desde 1995 hasta 2021, (fols. 70 a 183), se previó su aplicación a los trabajadores oficiales vinculados a las Empresas Sociales del Estado (Hospitales).

Es necesario señalar que la entidad demandada surgió de la reorganización del sector salud mediante Acuerdo 641 de 6 de abril de 2016 (fls. 222 a 227), al fusionar las empresas sociales del Estado, incluido el Hospital de Suba.

El demandante de conformidad con la sentencia de primera instancia se vinculó a la entidad a partir del 10 de marzo de 2009, extremo inicial que no se encuentra en discusión por los recurrentes, y ostentó la calidad de trabajador oficial, encontrándose vigente para dicha anualidad la convención colectiva celebrada para el periodo 2007-2011, la cual es aplicable al demandante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 471 del CST y, en consecuencia, beneficiario de todos los derechos allí consagrados, en la medida que el campo de aplicación pactado por las partes son los trabajadores oficiales vinculados por contrato de trabajo en las Empresas Sociales del Estado adscritas a la Secretaría Distrital de Salud, dentro de estas, el Hospital de Suba.

De tal manera que no le asiste razón a la demandada sobre el argumento de su recurso de que no le es aplicable la Convención Colectiva porque los efectos de la relación contractual son a partir de la sentencia, ya que de conformidad con la jurisprudencia de la sala de Casación Laboral de la Corte Suprema el efecto del contrato de trabajo surge desde la fecha de inició de tal relación y no es producto de la sentencia porque la sentencia no es constitutiva de derechos.

En ese orden de ideas, se confirmará la sentencia de primera instancia, en este aspecto.

### **Reintegro**

Respecto de la declaratoria de ilegal e ineficacia del despido que conllevaría al reintegro del demandante al cargo que venía desempeñando o a uno similar, debe tenerse en cuenta que el fundamento de su pretensión es el artículo 3°. de la Convención Colectiva, pero una vez revisado el material probatorio no se logra establecer en la convención colectiva 2007 a 2011 vigente para la fecha de vinculación del actor a la entidad norma alguna que dé lugar al reintegro peticionado.

Adicionalmente, tal como lo indicó el A quo si en gracia de discusión se aplicara la convención colectiva de 2004-2006, en ella las partes pactaron en el artículo 3°. la estabilidad laboral y en el parágrafo se excluyó de su aplicación a las personas que fueran vinculadas a partir del 1 de enero de 2005, así:

*“para los trabajadores que sean vinculados a partir del 1 de enero de 2005 este artículo no tendrá aplicación, es decir, les será aplicable la cláusula de reserva y el plazo presuntivo”*

Por lo anterior, no se aplicaría estabilidad laboral convencional al demandante quien ingresó a la entidad en el año 2009, sino el plazo presuntivo, que es una presunción legal como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral de manera reiterada, entre otras, en la sentencia SL2717-2018 radicado 55961.

De tal manera que no existe norma que dé lugar al reintegro del demandante y en consecuencia se confirmara la sentencia de primera instancia en ese aspecto.

En conclusión, se confirmarán 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

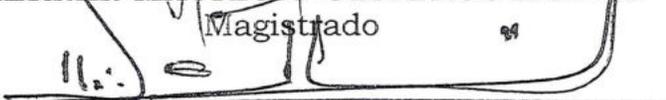
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 13 de agosto de 2020 por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

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

#### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

  
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN  
Magistrada

  
HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA  
Magistrado

  
DAVID A. J. CORREA STEER  
Magistrado

TSB-SPLA LRBORAL

TSB-SPLA LRBORAL



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

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** CLARA INES CUERVO MONDRAGON

**DEMANDADO:** COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.

**RADICADO:** 11001 31 05 020 2019 00631 01

**MAGISTRADA PONENTE:** ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre 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, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el recurso de apelación presentado por el apoderado de **COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 3 de julio de 2020 por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Demandada COLPENSIONES.

**ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende que se declare la nulidad de la afiliación en pensión a la AFP COLFONDOS S.A. realizada en el mes de agosto del 2000 y, en consecuencia, condenar a COLPENSIONES a recibir a la demandante, a COLFONDOS a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus rendimientos e intereses y a las demandadas a pagar las sumas de dinero con la correspondiente indexación, a las costas y a lo ultra o extra petita.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: Cotizó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde marzo de 1994 hasta julio del 2000; aportes que fueron trasladados a la AFP COLFONDOS S.A. donde se trasladó desde agosto del año 2000; afirmó que el asesor de la AFP no le suministró la información necesaria para tomar la decisión de traslado, induciéndola en error; por lo que, la pensión de jubilación que le llegaré a reconocer la AFP no le resultaría favorable a la que le otorgaría Colpensiones de acuerdo al cálculo de la mesada pensional; en consecuencia, solicitó a Colfondos S.A. la declaración de la nulidad de la afiliación mediante derecho de petición del 8 de marzo de 2019, con respuesta negativa por parte de la entidad el 29 de marzo de 2019 y ante Colpensiones solicitó se realizaran los trámites correspondientes para volver al RPM mediante derecho de petición del 6 de marzo de 2019, con respuesta igualmente negativa del mismo día. (Fls. 4 a 15)

Frente a esas pretensiones, la entidad **COLPENSIONES** se opuso a todas las pretensiones argumentando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento; al contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria; aunado a lo anterior, la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 para trasladarse de régimen en cualquier tiempo. Presentó como excepciones de mérito las de descapitalización del sistema pensional, 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. (fol. 50-79)

Por su parte, la entidad COLFONDOS S.A. no presentó oposición a la demanda y solicitó al A quo abstenerse de imponer costas judiciales y/o agencias en derecho contra Colfondos S.A. (Fl. 94)

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 3 de julio de 2020, declaró la nulidad y/o ineficacia de la afiliación o traslado de RPM al RAIS, realizada a Colfondos S.A. en agosto del 2000; declaró como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y

muerte a Colpensiones; ordenar a Colfondos S.A. a devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la demandante, junto con los rendimientos financieros causados con destino a Colpensiones y los bonos pensionales si los hubiere, condenó en costas a la demandada Colpensiones y fijó como agencias en derecho la suma de 2 SMLMV.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

La parte demandada Colpensiones presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente con el argumento de que se estudie la sostenibilidad financiera de Colpensiones que es un tercero que no actuó en el acto jurídico nulitado y es la entidad que sufre la carga económica al tener que aceptar a afiliados que no han aportado Colpensiones.

### **ALEGACIONES**

Presentó alegatos la apoderada de la parte demandada Colpensiones.

El apoderado de COLPENSIONES presenta poder de sustitución, en consecuencia, se reconoce personería para actuar a la dra. LISETH DAYANA GALINDO PESCADOR, identificada con la cédula de ciudadanía 1.073.680.314 y T.P. 215.205.

### **CONSIDERACIONES**

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia y/o nulidad 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 folios 20-27, reclamaciones administrativas y respuestas.
- A folios 28-33, resumen cuenta, resumen semanas cotizadas.
- A folios 34-36, Simulador de cálculo actuarial.
- A folios 37, cédula de ciudadanía que da cuenta que la actora nació el 8 de agosto de 1962.
- Interrogatorio de parte demandante.
- Expediente administrativo.

- Formulario de traslado a Colfondos suscrito el 25 de julio de 2000.

### Caso Concreto

Para resolver el recurso es menester analizar los diferentes elementos de prueba a fin de determinar si la decisión afecta la sostenibilidad financiera de COLPENSIONES o si se generó un vicio en el consentimiento en el acto jurídico del traslado de régimen.

En el presente caso, no es punto de discusión que la demandante se afilió a la AFP COLFONDOS a efectos de vincularse al Régimen de Ahorro Individual después de encontrarse vinculada al Régimen de Prima Media administrado por el ISS, esto es, el traslado de régimen de pensiones, porque así se evidencia del formulario de afiliación para el año 2000, la demandante contaba con la edad de 37 años, 293 semanas cotizadas al sistema (exp. administrativo), y no se encontraba incurso en alguna causal que impidiera su traslado al Régimen de Ahorro Individual contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 que diera lugar a que la Administradora rechazara su vinculación, ya que esta conducta le esta proscrita a los Fondos de Pensiones de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

En el libelo introductorio señala la parte actora que fue inducida en error, motivo por el cual se debe declarar la nulidad del acto de traslado porque no se le brindó la información necesaria, para tomar su decisión.

Se hace necesario por parte de la Sala estudiar el aspecto que se contempla en la demanda como inducción al error, por la falta de información que al considerar que se trataría de un verdadero supuesto de nulidad del negocio por ausencia de uno de sus elementos, en este caso la afectación a la manifestación de la voluntad.

Según la definición doctrinal el error que se refiere "*a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico*"<sup>1</sup>, se constituye en un error de derecho, y respecto de dicha clase de error por expreso mandato del artículo 1509 del Código Civil, no se configura un vicio en el consentimiento de quien lo presta.

Y se señala que sería la existencia de un error de derecho porque la demandante señala que no se le entregó la información, que se encuentra en su totalidad consagrada en las normas legales.

---

<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.

Válido es recordar que al encontrarse todos los aspectos regulados por las normas legales y reglamentarias, se aplica el principio de 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, y por ello, esa 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.

Es de anotar, que artículo 9 del C.C., ha sido aplicada por la misma Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-401/16 por constituirse en un desarrollo del artículo 95 de la Constitución Política que consagra que todas las personas están obligadas a cumplir la constitución y las leyes.

En ese orden de ideas y 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, se descarta la existencia de un error de derecho, 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.

Ahora si lo que se quiere es tipificar un vicio del consentimiento por error de hecho, respecto de este se debe señalar que se configura cuando recae sobre la especie de un acto o contrato que se ejecuta diferente al que se pretendió, el cual tampoco se demuestra en el presente caso porque es la demandante en los hechos de la demanda y en el interrogatorio de parte, quien expuso sobre su intención del traslado con un objetivo determinado el no perder su pensión, sobre la asesoría que recibió en varias ocasiones, lo que permite colegir que lo pretendido por la demandante fue la vinculación al Régimen de Ahorro Individual y eso fue lo que acaeció.

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

Respecto del argumento relacionado con el hecho de que la situación pensional de la demandante se encuentra inmersa dentro del periodo de prohibición señalado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y que se afecta con dicha decisión principios constitucionales del Régimen de Seguridad Social en Pensiones, expuesto en el recurso de alzada, es de

anotar que le asiste razón al recurrente, porque de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional el traslado en dicho periodo afecta principios constitucionales como la equidad, solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema de pensiones.

En sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993, expuso la Corte lo siguiente: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

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

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

Y en la sentencia C-083/19, señaló que *“el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación*

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

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

*Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional<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 tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales se colige, al igual que la entidad demandada, que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1 de abril de 1994, esto

es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral antes de dicha fecha, de acuerdo con el requisito de semanas exigidos para esa anualidad, porque en la actualidad la proporcionalidad sería de 18 años o más en la medida que el número de semanas para adquirir el derecho son 1300.

La anterior razón sería suficiente para revocar la sentencia de primera instancia, dado que la razón de la demanda es el posible monto menor del valor de la pensión que correspondería en el régimen de Ahorro Individual, lo cual se deduce del hecho 4 de la demandada y la exposición en el interrogatorio de parte, pero no un vicio del consentimiento ni una causal de ineficacia en sentido estricto.

Cabe señalar que el monto de la posible mesada pensional, en cualquiera de los regímenes el monto de la pensión se define al momento de causar o exigir la pensión una vez cumplido los requisitos y no al momento de la vinculación, en la medida en que dicho monto depende de varios factores que se presentan durante la vida laboral de la persona; en el Régimen de Prima Media del cumplimiento de requisitos, tiempo de cotizaciones y salarios base de cotizaciones y en el Régimen de Ahorro Individual de los aportes a la cuenta individual, bonos pensionales, aportes voluntarios, rendimientos, edad que se escoja de retiro, etc.; de tal manera que cualquier proyección que se realice al momento de la afiliación como lo define la norma es solo un presupuesto basado en variables futuras inciertas y la falta de dicho presupuesto no tiene la virtualidad de afectar la voluntad del afiliado ni la eficacia del acto jurídico del traslado que se presentó en el año 2000, porque no era un requisito exigido por la ley.

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

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta

clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

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

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

Ahora respecto de la causal de ineficacia en sentido estricto que se ha construido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por la falta de información al momento del traslado, se encuentra que ese marco jurisprudencial asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado, (sentencia proferida en el radicado 68838), que en este caso en particular serían las que regían para el año 2000, máxime si se tiene en cuenta que en materia laboral de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo.

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

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

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

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

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes desde el año 2000, en la medida en que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a las Administradoras en los periodos en que la demandante se vinculó a ellas.

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

Si en gracia de discusión se analizara la causal de ineficacia en sentido estricto del acto de traslado por incumplimiento al deber de información asignado a las Administradoras de Pensiones, que se reitera deviene de la jurisprudencia, se encuentra en el presente caso que la carga de la prueba bajo la responsabilidad de los fondos fue cumplida en la medida en que es la misma demandante quien en el interrogatorio de parte confesó los términos en que le fue otorgada la asesoría.

Aunado que para la aplicación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se debe remitir a normas contenidas en el Código de Comercio que son ajenas a la legislación laboral ya que esta última solo autorizan la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera completa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, cuya competencia no corresponde a la jurisdicción

sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial.

Es de anotar que con esta decisión no se atenta contra el principio protector de las normas laborales porque como se expuso la inconformidad de la demandante respecto del régimen en el que se encuentra actualmente vinculada es el posible monto de la mesada pensional, y esta circunstancia no afecta el derecho a la pensión que es el que se garantiza y no el monto superior al salario mínimo legal mensual vigente de la prestación, ya que este dependerá en cada caso del Régimen al que se encuentre afiliado y de los diversos aspectos que se tienen en cuenta cada uno de los regímenes los cuales se encuentran regulados de manera legal, de allí que se encontraran pensiones, aun al interior de cada administradora, en cuantías superiores o inferiores dependiendo de los factores que se revisan de manera individual y no colectivamente porque cada caso es particular (tiempo de cotizaciones, edad, salarios, aportes voluntarios, beneficiarios, etc.) pero la norma aplicable si es de carácter general y lleva a la protección de la contingencia de la vejez.

En ese orden de ideas, al aplicar los criterios antes expuestos se encuentra que le asiste la razón a la parte recurrente, máxime que sin intervenir en el acto jurídico del traslado se le están asignando cargas tales como costas del proceso, y en consecuencia, hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia.

Por último, no se puede desconocer que la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se allanó a las pretensiones de la demanda como se constata a folio 225 sin que indicará los hechos que aceptaba, y dichas pretensiones se sustentan en el incumplimiento de obligaciones por parte de los fondos, de tal manera que hay lugar a remitir copia de toda la actuación judicial a la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, entidad a la que fue fusionada la Superintendencia Bancaria (decreto 4327 de 2005), porque de conformidad con los artículos 13 literal k) de la Ley 100 de 1993 y 211 del Decreto 663 de 1994 es la entidad encargada del control y vigilancia de las entidades administradoras de los regímenes de pensiones y la competente de verificar si la demandada incumplió o no con las obligaciones legales correspondientes.

**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 3 de julio de 2020 por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas por la señora **CLARA INÉS CUERVO MONDRAGÓN**, identificada con la C.C. 51.653.562.

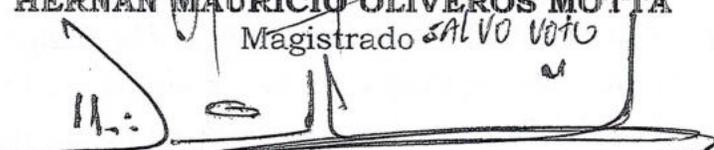
**SEGUNDO:** Sin costas en la presente instancia, las de primera a cargo de la parte demandante.

**TERCERO:** Por secretaría, remitir copia integra del presente proceso a la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA por ser la entidad competente para determinar si la Administradora de Pensiones COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS incumplió con las obligaciones legales, por las razones expuestas.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado *SALVO VOTO*

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

TSB-SALA LABORAL  
TSB-SALA LABORAL

## SALVAMENTO DE VOTO

**Demandante:** Clara Inés Cuervo Mondragón  
**Demandado:** Colpensiones y otros  
**Radicado:** 110013105 020 2019 00631 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 el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; igualmente, el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada y, permite realizar una nueva en forma libre y espontánea.

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

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

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

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

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

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

En el presente asunto, ninguna confesión se colige del interrogatorio de parte surtido por 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, frente a la **inconveniencia financiera del sistema pensional** esbozada, 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 la 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.

TSB-SALA LABORAL

TSB-SALA LABORAL

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado



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

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARCO ANTONIO GOMEZ CALDERON

DEMANDADO: COLPENSIONES

RADICACIÓN: 11001 31 05 007 2018 00553 01

**MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre 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, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 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 la parte demandada PORVENIR y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 23 de junio de 2020 por el Juzgado Séptimo (7°.) Laboral del Circuito de Bogotá y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Demandada COLPENSIONES.

### **ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende que se declare la nulidad del traslado y de la afiliación, por falta al deber de información y buen consejo por parte de Porvenir S.A, y, como consecuencia, se anule o rescinda el contrato, restituyendo las cosas al estado en que se hallaba antes de la celebración del acto nulo; igualmente, solicitó se ordene a Colpensiones y a Porvenir

que realicen los trámites para activar su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, se ordene a Porvenir realice la devolución de todos aportes netos cotizados con sus rendimientos a Colpensiones, lo ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho. (f° 9-10)

Frente a esas pretensiones, COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de ellas, con fundamento en que no obra prueba alguna que dé cuenta de que efectivamente al actor se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante; igualmente, en el presente caso el gestor no cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010, para poder trasladarse de régimen en cualquier tiempo.

Propuso las siguientes excepciones de mérito: inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica (f ° 88-106)

PORVENIR también se opuso a las pretensiones por cuanto la información suministrada al demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia, por lo tanto, las reglas y condiciones en que se realizó la vinculación no fueron caprichosas, sino que obedecieron al resultado de las disposiciones que regulan el RAIS y las instrucciones que para el efecto ha impartido la Superintendencia Financiera de Colombia.

El demandante tomó 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 que su escogencia fue libre, espontánea y sin presiones.

Formuló como excepciones 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 y la genérica. (f° 133-148)

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Séptimo (7°.) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 23 de junio de 2020, declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por el demandante; ordenó a Porvenir a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular el actor, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones; ordenó a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al señor MARCO ANTONIO GOMEZ CALDERON, desde su afiliación inicial al ISS y condenó en costas a las demandadas.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Colpensiones presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente y sobre los siguientes puntos: i) no se presentaron vicios en el consentimiento en la decisión del demandante, ii) la nulidad no fue alegada dentro del término previsto en el artículo 1750 del Código Civil, iii) el demandante ratificó su permanencia en el RAIS, iv) la decisión de primera instancia da lugar a la descapitalización del sistema pensional.

Porvenir también presentó recurso de apelación con sustento en que i) dicha AFP entregó al demandante la información suficiente y necesaria para el traslado, ii) el actor se trasladó de manera libre y voluntaria, iii) no existió vicio del consentimiento, iv) Porvenir comunicó al gestor la oportunidad de trasladarse antes de incurrir en la prohibición legal, v) gastos de administración, vi) saneamiento de la nulidad.

### **ALEGACIONES**

Presentaron alegaciones los apoderados de las partes demandadas; Porvenir S.A. y Colpensiones.

El apoderado de COLPENSIONES presenta poder de sustitución, en consecuencia, se reconoce personería para actuar a la Dra. DIANA MARÍA VARGAS JEREZ, identificada con la cédula de ciudadanía 1.090.449.043 y T.P. 289.559.

### **CONSIDERACIONES**

### **PROBLEMA JURÍDICO**

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

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

- A folio 20, cédula de ciudadanía que da cuenta el demandante nació el 11 de agosto de 1957.
- A folio 28 - 49, comunicaciones expedidas por Porvenir y Colpensiones, a través de la cual se informa al demandante que no es posible realizar el traslado por encontrarse a menos de 10 años para optar por una pensión de vejez.
- A folio 44-53, historia laboral en Porvenir.
- A folio 54- , historia laboral en Colpensiones.
- A folio 56, formulario de afiliación.
- A folio 152-153, registro SIAF.
- A folio 198-201, simulación pensional.
- A folio 205-207, comunicados de prensa.
- Interrogatorio de parte al demandante y al representante legal de la demandada.

#### **Caso Concreto**

Los argumentos de los recursos de apelación se encuentran encaminados a demostrar que en el presente caso no existió vicio del consentimiento, que se entregó la asesoría al demandante conforme a lo reglamentado por la ley para la fecha del traslado, la decisión del A-Quo descapitaliza el sistema y afecta su sostenibilidad y, en consecuencia, se revoque la sentencia de primera instancia.

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 39 años se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual cuando contaba con 61.43 semanas cotizadas al sistema (f° 54), que no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen ya que no contaba con 55 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 (f° 56) y se corroboró en el interrogatorio de parte.

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 a lo sumo 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).

Tal como lo señaló el apelante de Porvenir, el acto de traslado de régimen cumplió 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 exigía que el consentimiento expresado al momento de la selección de régimen fuera en forma libre, espontánea y sin presiones, lo cual se verifica con lo expuesto en el interrogatorio y en el escrito de la demanda, elementos que permiten colegir las razones que en su momento valoró y concluyó le convenía más estar vinculado en el Régimen de Ahorro Individual.

Recuérdese que el demandante expuso en el interrogatorio de parte que le informaron que podía pensionarse anticipadamente y además le hicieron

referencia a los rendimientos que obtendrían en el fondo. Aunado a esto, no puede pasarse por alto que no existía razón alguna para que el fondo negara el traslado, de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994, ya que esa conducta les estaba prohibida cuando una persona cumple los requisitos para la vinculación.

Los recurrentes también coinciden en señalar que en el acto de traslado no existen vicios del consentimiento, y para determinar su ocurrencia o no se debe remitir al artículo 1508 del C.C. y al comparar 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, tal y como se desprende del hecho séptimo, y este tipo de error se configura cuando el consentimiento recae sobre la especie de un acto o contrato que se ejecuta diferente al que se pretendió.

De lo expuesto en el interrogatorio se deduce que lo pretendido por el demandante fue el traslado de régimen y esto fue lo que acaeció por lo que se desvirtúa la existencia del error de hecho o el presunto engaño.

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 lo clasifica la doctrina como de derecho, porque de acuerdo con su definición doctrinal, se refiere "*a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico*".<sup>1</sup>

El error de derecho por disposición legal no genera vicios del consentimiento, lo cual se constata en el artículo 1509 del C.C., y ello es así porque el desconocimiento de la ley no sirve de excusa de conformidad con el artículo 9 del Código Civil, el cual fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 651 de 1997, aunado a que dicha falta de conocimiento no se puede invocar como pretexto para afectar de vicios el consentimiento, máxime si se tiene en cuenta que el demandante es un profesional del derecho como se deduce de la exposición en el interrogatorio de parte y que las consecuencias del

---

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

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 ha sido aplicada por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-401/16 por constituirse en un desarrollo del artículo 95 de la Constitución Política.

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

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

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

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

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

En cuanto a la causal de ineficacia en sentido estricto que se ha construido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por la falta de información al momento del traslado, se encuentra que ese marco jurisprudencial asigna la carga de la prueba de la información otorgada al demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo.

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

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

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

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

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

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

Si en gracia de discusión se analizara la causal de ineficacia del acto de traslado por incumplimiento al deber de información asignado a las Administradoras de Pensiones, que se reitera deviene de la jurisprudencia, se encuentra en el presente caso que la carga de la prueba bajo la responsabilidad de los fondos fue cumplida en la medida en que analizados desde el principio de la comunidad de la prueba todos los elementos que obran en el proceso, dan cuenta que se le dio información, al punto que es el mismo demandante quien en el interrogatorio de parte acepta que se le entregó asesoría, además hizo referencia a los rendimientos de los fondos y a la posibilidad de pensionarse anticipadamente, características que son ajenas al Régimen de Prima Media; manifestaciones que permiten corroborar que se le entregó la información que se exigía para la época, siendo los motivos que originaron el traslado y que excluían el régimen de prima como el de su elección, información que no implicaba la realización de proyecciones ni que constara por escrito.

Aunado a lo anterior, el demandante contó con oportunidades para retornar al Régimen de Prima Media si consideraba no conveniente a sus intereses su permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con

Solidaridad, ya que pudo ejercer dicha opción en el año 2004 cuando se le otorgó a los afiliados la posibilidad de retornar al Régimen de Prima Media, lo cual fue ampliamente publicitado por los fondos como se constata a folios 205-207, o antes de incurrir en la prohibición legal contenida en el artículo 13 de la Ley 100 de 993 modificada por el artículo 2º. de la Ley 797 de 2003.

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

Adicionalmente, se debe señalar que el monto que se protege con las normas laborales es el que la mesada pensional no puede ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, de tal manera que el mayor o menor valor de esa suma superior al salario mínimo depende de las circunstancias propias de la vida laboral y personal del afiliado al Sistema General de Pensiones, y, por ello, en cada régimen se encontrarán personas con mesadas pensionales con sumas mayores o menores comparativamente, aun dentro de cada administradora de pensiones, dadas las diferencias de los afiliados por las situaciones particulares, lo cual no atenta contra el principio protector de las normas laborales, ya que lo que se garantiza es la contingencia de la vejez y que la mesada no pueda ser inferior al salario mínimo, y no un monto determinado porque la

liquidación dependerá de los parámetros que se encuentran definidos por la ley

Por último, respecto del argumento referente a la vulneración de la sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media, esto es un principio constitucional del derecho a la Seguridad Social, se debe tener en cuenta la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el hecho de que el traslado entre regímenes en el periodo previo al reconocimiento de la pensión afecta principios constitucionales como la equidad, solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema de pensiones.

En sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993, expuso la Corte Constitucional lo siguiente: “el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones...” y “el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes. Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional...”.

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

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

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

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional[30], y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha

prestación[31], de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

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

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

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.

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**

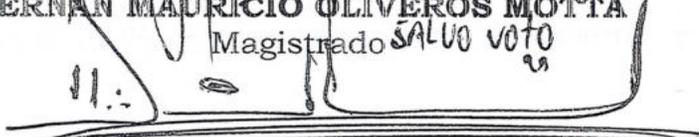
**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 23 de junio de 2020 por el Juzgado Séptimo (7°.) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas por el señor MARCO ANTONIO GOMEZ CALDERON, identificado con la C.C. 9.518.836.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN  
Magistrada

  
HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA  
Magistrado SALVO VOTO

  
DAVID A. J. CORREA STEER  
Magistrado

TSB-SALA LABORAL

TSB-SALA LABORAL

## SALVAMENTO DE VOTO

**Demandante:** Marco Antonio Gómez

**Demandado:** Colpensiones y otros

**Radicado:** 110013105 005 2018 00553 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 el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; igualmente, el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada y, permite realizar una nueva en forma libre y espontánea.

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

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

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

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

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

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

Finalmente, frente a la **inconveniencia financiera del sistema pensional** esbozada, 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 la 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

53978 1001728 AM11:22

TSB-SALA LABORAL



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

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LUIS PAULINO PEREZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES  
COLPENSIONES

RADICADO: 11001 31 05 034 2018 00515 01

**MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre 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, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 15 de julio de 2020, por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá.

### **ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar el incremento pensional del 14% y 7% por cónyuge e hijo a cargo desde el 1º. de noviembre de 2009, los intereses moratorios, la indexación, las costas y agencias en derecho y lo ultra y extra petita. (fº. 3)

Como sustento de sus pretensiones, en síntesis, refirió que mediante Resolución No. 043916 del 24 de noviembre de 2011, el otrora ISS le reconoció una pensión de vejez a partir del 1 de noviembre de 2009, misma que solo fue cancelada en la nómina de diciembre de 2011 que se pagó en enero de 2012; señaló que contrajo matrimonio con la señora

María Susana Rodríguez el 24 de octubre de 1970, quien depende económicamente de él; de dicha unión nació Javier Pérez Rodríguez el 16 de julio de 1972 quien tiene diagnosticado retardo mental severo y parálisis cerebral secundaria a meningitis y también depende económicamente de él; finalmente, anotó que el 2 de abril de 2019, presentó ante Colpensiones la correspondiente reclamación administrativa. (f° 2-3)

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES - se opuso a las pretensiones con fundamento en que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los incrementos establecidos por el Decreto 758 de 1990 perdieron vigencia y desaparecieron de la vida jurídica.

Propuso como excepciones de fondo: inexistencia de la obligación al reconocimiento de los incrementos pensionales, inaplicabilidad del Decreto 758 de 1990 en los casos de pensionados por régimen de transición, buena fe, prescripción, innominada o genérica (f°39-43).

#### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 15 de julio de 2020, absolvió a COLPENSIONES de todas las súplicas de la demanda.

#### **RECURSO DE APELACIÓN**

La parte actora presentó recurso de apelación indicando que es procedente el reconocimiento del incremento pensional por cónyuge e hijo a cargo porque adquirió el estatus pensional el 1°. de noviembre de 2009, esto es, antes de que finalizara el régimen de transición y, además, acreditó los requisitos señalados en el Acuerdo 049 de 1990.

#### **ALEGACIONES**

Presentó alegatos la apoderada de la parte demandada Colpensiones.

El apoderado de COLPENSIONES presenta poder de sustitución, en consecuencia, se reconoce personería para actuar a la Dra. AMANDA LUCIA ZAMUDIO VELA, identificada con la cédula de ciudadanía 51.713.048 y T.P. 67.612.

## **PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si en el caso en concreto hay lugar a reconocer los incrementos pensionales por cónyuge a cargo e hijo invalido a cargo.

### **DE LOS INCREMENTOS PENSIONALES**

#### **Fundamentos fácticos relevantes**

- A folio 9, registro civil de matrimonio de la pareja.
- A folios 28-29, resolución No. 043916 del 24 de noviembre de 2011, por medio de la cual se da cumplimiento a un fallo judicial dentro del proceso ordinario No. 2010-00887 que ordenó reconocer y pagar una pensión de vejez en aplicación del acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición a partir del 01 de noviembre de 2009.
- A folio 15-16, certificaciones expedidas por la Nueva EPS, que dan cuenta que la cónyuge e hijo del pensionado son beneficiarios en salud.
- A folio 17-22, certificado y conceptos médicos.
- A folio 23, declaración extra juicio rendida por el demandante.
- A folio 24-25, reclamación administrativa.
- Testimonio de Wilton Moreno y Fabio Hernán Rodríguez León.

#### **Caso concreto:**

En el presente caso no hay discusión sobre la calidad de pensionado del actor y la aplicación del régimen de transición, el conflicto se contrae a determinar si hay lugar al reconocimiento del incremento pensional consagrado en los artículos 20 y 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

Sobre el particular, se debe indicar que la ponente de tiempo atrás se apartó respetuosamente de la posición adoptada por la Corte Suprema de Justicia sobre la vigencia de los incrementos pensionales, y resolvió acoger el criterio expuesto en la sentencia SU 140 de 2019, donde se señala que los incrementos establecidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de la misma anualidad fueron derogados con la expedición de la Ley 100 de 1993, e, igualmente, que reconocerlos violaría en forma directa el inciso 11 del artículo 48 de la carta política, relacionado con la sostenibilidad financiera del sistema, como quiera que su concesión se realiza sin que exista correspondencia entre los aportes efectuados por el cotizante y el monto de la pensión que debe recibir,

máxime cuando dichos incrementos pensionales se tratan de una prestación económica accesoria a la pensión de vejez.

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

En ese orden de ideas, al considerarse *primero*, que los incrementos pensionales fueron derogados conforme a lo ya expuesto, *segundo*, que el derecho pensional se causó con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, conforme se desprende del contenido de la Resolución 043916 del 24 de noviembre de 2011 y *tercero* que la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 lo fue en virtud de la aplicación del régimen de transición, es dable concluir que al demandante no le asiste el derecho invocado y por esa razón debe confirmarse la sentencia primigenia.

Ahora si en gracia de discusión se revisara el presente asunto a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la medida que sería la jurisprudencia aplicable si no se aplica la sentencia SU 140 de 2019, tampoco habría lugar a irrogar condena, como quiera que los incrementos reclamados se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción, dado que no existe duda que estos se hacen exigibles desde el momento en que se adquiere la calidad de pensionado, esto es, a partir del 1º. de noviembre de 2009 (fº 10-12), como la reclamación se elevó el 2 de abril de 2019 (fº 24-25) y la demanda se radicó el 16 de mayo de 2019 (fº 27), se concluye que se superó el término trienal señalado en los artículos 488 y 151 de los Códigos Sustantivo del Trabajo y Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, respectivamente, entre la fecha del reconocimiento de la pensión y de la reclamación administrativa.

Dadas las anteriores consideraciones, la Sala confirmará la decisión de primera instancia.

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

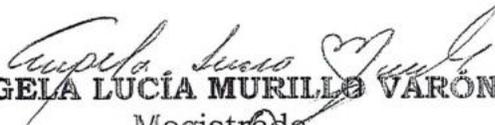
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 15 de julio de 2020, por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

**SEGUNDO:** Sin costas en la presente instancia

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado *ACORDO VOTO*

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

53969 10CT20 AM11:22

TSB-SALA LABORAL

## ACLARACIÓN DE VOTO

**Demandante:** Luis Paulino Pérez

**Demandado:** Colpensiones

**Radicado:** 110013105 034 2018 00515 01

Con el acostumbrado respeto, me permito aclarar mi voto en el sentido de indicar que aun cuando comparto la decisión de absolver a la demandada, no estoy de acuerdo únicamente con los argumentos esbozados para negar el derecho al incremento pensional, según el cual, los mismos no se encuentran vigentes.

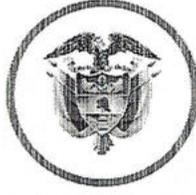
En efecto, con fundamento en el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, los incrementos pensionales del 14 y 7% previstos en el artículo 21 y 22 del Acuerdo 049/1990 aprobado por el Decreto 758 de ese año, se encuentran vigentes. Así puede colegirse, entre otras, de las sentencias del 27 de julio de 2005 radicado 21517; del 5 de diciembre de 2007 radicados 29751, 29531, 29741; SL5147 de 22018; SL1825 de 2019 y SL2955 de 2019, en los que se concluye que los aludidos incrementos mantienen su vigencia aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, para quienes se les aplica el mencionado Acuerdo del ISS por derecho propio o por transición, siendo este el criterio que actualmente impera en dicha Corporación.

Con relación al fenómeno prescriptivo, también he acogido el criterio sentado de vieja data por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, la que desde la sentencia 27923 del 12 de diciembre de 2007, (reiterada radicación 40919 y 42300 del 18 de septiembre de 2012, SL 9638- 2014, SL1585-2015, SL942-2019), dejó adoctrinado que el derecho a los incrementos pensionales previstos en los artículos 21 y 22 de la misma anualidad se extinguen por el transcurso del término trienal previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, debiendo entenderse que son exigibles desde el reconocimiento de la pensión o desde el momento en que se consoliden las causas que le dan origen conforme lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2711 de 2019.

Hasta acá el planteamiento de la aclaración de mi voto.



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
**Magistrado**



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

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** CAROLINA ESPITIA NIETO

**DEMANDADO:** COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.

**RADICADO:** 11001 31 05 017 2018 00677 01

**MAGISTRADA PONENTE:** ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre 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, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el recurso de apelación presentado por la apoderada de **COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 31 de agosto de 2020 por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES

**ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende que se declare la nulidad del traslado realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la afiliación realizada a la AFP COLFONDOS S.A., por el incumplimiento de los deberes legales de información y asesoría, los cuales generaron un error de hecho que vició su consentimiento; por lo cual la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES; y como consecuencia de lo anterior, se debe condenar a la AFP COLFONDOS S.A. a registrar en su sistema que la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad estuvo viciada de nulidad por error de hecho, por el incumplimiento de los deberes legales de información, y a COLPENSIONES a trasladar la

totalidad de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos e intereses a que haya lugar; a activar la afiliación y a actualizar en su historia laboral las cotizaciones efectuadas por ella, a lo que se encuentre probado ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

Como pretensiones subsidiarias, propuso la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen realizado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por el incumplimiento de los deberes legales de información y asesoría; por lo cual se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES; y, como consecuencia, se condene a COLFONDOS a registrar en su sistema que la afiliación fue ineficaz y no produjo ningún efecto jurídico, y como resultado debe trasladar a COLPENSIONES la totalidad de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos e intereses a que haya lugar; y a COLPENSIONES a activar la afiliación y actualizar la historia laboral.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: nació el 28 de marzo de 1962; cotizó al ISS 596 semanas, desde el 1 de abril de 1981 al 30 de agosto de 1999; la AFP COLFONDOS S.A. persuadió a la demandante en julio de 1999 para que se vinculara a dicho régimen de pensiones, haciéndole creer que era lo más conveniente para ella; la AFP COLFONDOS S.A. no informó al momento de la afiliación las implicaciones de trasladarse de régimen pensional, no le informó la naturaleza propia de ese régimen de capitalización; no le informó sobre las desventajas o riesgos de afiliarse, no le ilustró sobre los distintos escenarios comparativos de pensión en uno u otro régimen, no le informó sobre los beneficios de permanecer afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; omitió informarle a la demandante el capital que debía acumular para lograr una pensión de vejez; omitió información relevante para la toma de la decisión. En el mes de noviembre de 2017, a través de un análisis actuarial la demandante obtuvo conocimiento que su mesada pensional en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad sería de la mitad de aquella que le hubiese correspondido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; en razón a lo anterior, la demandante solicitó se anulara su afiliación y a la fecha de la demanda ninguna de las entidades había accedido a lo peticionado. (Fls. 1 a 20)

Frente a esas pretensiones, **COLPENSIONES** se opuso a todas argumentando que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual y no probó error, fuerza o dolo en la afiliación a la administradora privada, por lo cual no es procedente la declaratoria de nulidad de traslado, además, debe tenerse en cuenta que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de que trata el

artículo 2 de la Ley 797 de 2003, no es dable para Colpensiones reactivar la afiliación a la demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Presentó como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho y de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas e innominada o genérica. (Fls. 147-163)

Por su parte, la **AFP COLFONDOS S.A.** se opuso a todas las pretensiones argumentando que los asesores comerciales de la entidad brindaron a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, el derecho de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional, por lo que no se puede concluir que el traslado de régimen es nulo, por cuanto el acto cumplió con todos los presupuestos de ley, y el formulario de vinculación contiene la firma de la accionante, por lo que se establece que no existió presión ni coacción alguna para efectuar el traslado, y por ende no está viciado el consentimiento. Presentó como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Old Mutual S.A.; prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, compensación y pago. (Fls. 186-208)

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 31 de agosto de 2020, declaró **i)** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, **ii)** que el traslado al RAIS fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos; declaró que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media Con Prestación Definida a cargo de Colpensiones y que esta entidad tiene la obligación legal de validar la vinculación de la demandante sin solución de continuidad; ordenó a Colfondos S.A., a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos e intereses, en la forma dispuesta en la parte considerativa, sin que haya lugar a autorizar a Colfondos S.A. a efectuar descuento alguno de los ahorros, ni siquiera a título de gastos de administración; y a Colpensiones a recibir el traslado de

fondos a favor de la actora y convalidarlos en la historia laboral, para efectos de la suma de semanas a que haya lugar en ese régimen pensional.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Colpensiones presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente y sobre los siguientes puntos: **i)** considera ineficaz el allanamiento realizado por Colfondos, **ii)** la actora no cuenta con los requisitos de la SU 062 del 2010 para aplicar un traslado automático, **iii)** con la suscripción del formulario demostró la voluntad del cambio y de la información dada sin que mediara vicio del consentimiento y **iv)** la AFP no podía negar la solicitud de traslado.

### **ALEGACIONES**

Presentó escrito de alegaciones la apoderada de la parte demandante.

### **CONSIDERACIONES**

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia y/o nulidad 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 folios 23-24, cedula de ciudadanía y registro civil de nacimiento, que da cuenta la demandante nació el 28 de marzo de 1962.
- A folios 25-64, resumen cuenta, resumen semanas cotizadas, historia laboral.
- A folios 65-70, reclamaciones administrativas y respuestas.
- A folios 71, 210, formulario de afiliación Colfondos, 26 de julio de 1999.
- A folios 72-97, Estudio Pensional
- A folio 137, expediente administrativo.
- A folios 211-212, certificado de afiliación a Colfondos e historial de vinculación.
- Interrogatorio de parte de la demandante y del representante legal de Colfondos.

### **Caso Concreto**

La sentencia de primera instancia es cuestionada por la recurrente en primer lugar porque considera que el allanamiento realizado por la AFP es ineficaz, que la actora al momento del traslado no contaba con una expectativa pensional, que se le brindó la información necesaria por lo cual suscribió el formulario sin que se evidencie nulidad en el consentimiento.

Por otra parte, se debe surtir el grado jurisdiccional de consulta en virtud del artículo 69 del CPTYSS, a favor de la demandada COLPENSIONES.

El A quo, en razón al allanamiento presentado por COLFONDOS impuso la condena, por lo cual será el primer punto a dilucidar, dado que el artículo 99 del CGP faculta para que “en la contestación de la demanda o en cualquier momento anterior a la sentencia de primera instancia el demandado [pueda] allanarse expresamente a las pretensiones de la demanda reconociendo sus fundamentos de hecho, caso en el cual se procederá a dictar sentencia de conformidad con lo pedido. ...”

Revisado el escrito de allanamiento presentado por COLFONDOS lo primero que se observa es que existe un allanamiento sobre las pretensiones, pero no se realizó el reconocimiento de los fundamentos de hecho de la demanda, (fl. 229), de tal manera que el escrito no cumple los requisitos señalados en el artículo en mención.

Además, revisado los documentos que obran en el proceso dicho allanamiento es contradictorio a la respuesta dada a la demandante sobre la petición de solicitud de documentos (fls. 69-70) y la contestación de la demanda, en la que COLFONDOS insistió que entregó la información y asesoría de la forma exigida en la época de la afiliación, esto es, de manera verbal.

Aunado a lo anterior, el artículo 99 del CGP regula los casos en que es ineficaz el allanamiento, entre ellos, los numerales 5 y 6 que se refiere a las situaciones que la sentencia produzca efectos respecto de terceros, o exista litisconsorcio necesario.

En el presente caso, el juez de primera instancia accedió al allanamiento de las pretensiones, bajo el supuesto que el apoderado tenía la facultad para ello y que con COLPENSIONES no existía litisconsorcio necesario, pese a que en su argumentación señaló que la demandante al declarar la ineficacia del traslado no podía quedar por fuera del Régimen de Pensiones y por ello ordenaba el traslado a COLPENSIONES.

Respecto de dicho argumento, se observa que si era menester que la demandante estuviera afiliada a una entidad de seguridad social lo cual implica que la decisión afecta a COLPENSIONES al punto que era imperativo su comparecencia al proceso para definir el litigio, configurándose de esa manera los requisitos señalados en el artículo 61 del CGP, y por ende es ineficaz el allanamiento realizado por COLFONDOS, al tenor del artículo 99 numeral 6 del CGP aplicable en virtud del artículo 145 del CPTYSS.

Por lo tanto, le asiste razón a la recurrente al señalar que existe un Litisconsorcio necesario, y el allanamiento de la AFP no sólo es ineficaz sino también insuficiente, ya que al declararse invalida la afiliación perjudica a la entidad que administra todo el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, siendo esto un interés colectivo que no puede ser susceptible de disposiciones individuales, igualmente, toda aceptación de los hechos y pretensiones de la demanda serían ineficaces al tenor de lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 99 del CGP.

En consecuencia, se declarara ineficaz el allanamiento realizado por COLFONDOS por incumplir con los presupuestos señalados en el artículo 98 CGP e incurrir en la causal contemplada en el numeral 6 del artículo 99 del CGP.

No obstante la declaración de ineficacia, no se puede desconocer que la entidad demandada COLFONDOS S.A., se allanó a las pretensiones de la demanda, y como los hechos de la demanda están sustentados en el incumplimiento de sus obligaciones, hay lugar a remitir copia de toda la actuación judicial a la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, entidad a la que fue fusionada la Superintendencia Bancaria, (Decreto n.º4327 de 2005), porque de conformidad con los artículos 13 literal k) de la Ley 100 de 1993, y 211 del Decreto n.º663 de 1994, es la entidad encargada del control y vigilancia de las entidades administradoras de los regímenes de pensiones, y es la competente de verificar e investigar si la demandada incumplió o no con las obligaciones legales correspondientes.

Respecto a los demás argumentos del recurso se señala que del caudal probatorio se observa que: *i*) la demandante a la edad de 37 años se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual (fl. 71 - 210) cuando había cotizado al sistema 596 semanas (expediente administrativo) y *ii*) 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 se acredita que gozara de una pensión de invalidez.

Adicionalmente, del interrogatorio de parte se evidencia que la vinculación al RAIS la realizó de manera libre, espontánea y sin presiones, lo que permite 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 las normas vigentes para la fecha de traslado, esto es, la manifestación de la selección del régimen, sin que se acredite alguna causal para que COLFONDOS negara la solicitud de traslado ya que de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994 a estas entidades les está vedado rechazar una vinculación cuando la persona cumple los requisitos para tal fin.

En la demanda se peticiona la nulidad del acto de traslado al considerar insuficiente la información suministrada por el fondo, lo cual generó un error de hecho, tipificando de esta manera un vicio del consentimiento, de esa aseveración se puede deducir que no se está negando la asesoría, al punto que es la misma demandante en la exposición del interrogatorio que señaló las razones que motivaron el traslado y efectivamente fueron derivadas de la asesoría, tales como la generación de rendimientos, característica propia del Régimen de Ahorro Individual y ajeno al Régimen de Prima Media, porque se debe recordar que los dos regímenes son excluyentes entre si; y lo que motiva la demanda es la inconformidad con el posible monto de la mesada pensional.

Respecto de los vicios del consentimiento, las causales se encuentran consagradas en el artículo 1508 del Código Civil, y que se señala en el recurso que no se acreditan se tiene que la demandante indica la falta de información como supuesto de nulidad del negocio por ausencia de uno de sus elementos, en este caso la afectación a la manifestación de la voluntad.

Según la definición doctrinal el error que se refiere "*a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico*"<sup>1</sup>, se constituye en un error de derecho, y respecto de dicha clase de error por expreso mandato del artículo 1509 del Código Civil, no se configura un vicio en 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.*

Y se señala que sería la existencia de un error de derecho porque la demandante señala que no se le entregó la información, que se encuentra en su totalidad consagrada en las normas legales.

Válido es recordar que al encontrarse todos los aspectos regulados por las normas legales y reglamentarias, se aplica el principio de 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, y por ello, esa 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.

Es de anotar, que artículo 9 del C.C., ha sido aplicada por la misma Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-401/16 por constituirse en un desarrollo del artículo 95 de la Constitución Política que consagra que todas las personas están obligadas a cumplir la constitución y las leyes.

En ese orden de ideas y 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, se descarta la existencia de un error de derecho, 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.

Ahora si lo que se quiere es tipificar un vicio del consentimiento por error de hecho, respecto de este se debe señalar que se configura cuando recae sobre la especie de un acto o contrato que se ejecuta diferente al que se pretendió, el cual tampoco se demuestra en el presente caso porque es la demandante en los hechos de la demanda y en el interrogatorio de parte, quien expuso sobre su traslado y eso fue lo que efectivamente acaeció.

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

Respecto del argumento relacionado con que no se cumplen los presupuestos de la sentencia SU 062 de 2010 para el traslado, es de anotar que esta sentencia se refiere a los requisitos para el retorno al régimen de prima media en cualquier tiempo, sin que se afecte por la limitación contemplada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Efectivamente la demandante no cumple con los presupuestos señalados en esa sentencia, aunado a que es la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional la que ha señalado que el traslado entre regímenes no opera en cualquier tiempo porque se afecta principios constitucionales como la equidad, solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema de pensiones.

En sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993, expuso la Corte lo siguiente: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

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

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

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

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

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional<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 tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales se colige, al igual que la entidad demandada, que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del

artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1 de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral antes de dicha fecha, de acuerdo con el requisito de semanas exigidos para esa anualidad, porque en la actualidad la proporcionalidad sería de 18 años o más en la medida que el número de semanas para adquirir el derecho son 1300.

La anterior razón sería suficiente para revocar la sentencia de primera instancia, dado que la razón de la demanda es el posible monto menor del valor de la pensión que correspondería en el régimen de Ahorro Individual, como lo expuso en el interrogatorio de parte la actora, pero no un vicio del consentimiento ni una causal de ineficacia en sentido estricto.

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

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

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido

proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

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

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

Ahora respecto de la causal de ineficacia en sentido estricto que se ha construido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por la falta de información al momento del traslado, se encuentra que ese marco jurisprudencial asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado, (sentencia proferida en el radicado 68838), máxime si se tiene en cuenta que en materia laboral de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo, que en este caso en particular serían las que regían para el año 1999, anualidad para la cual no existían obligaciones como las que se generaron a partir de la expedición de la ley 1328 de 2009, por lo cual se debe valorar la información suministrada sin que sea relevante que la mismas no conste en documentos escritos.

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

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

entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”.

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

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

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes desde el año 1999, en la medida en que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a las Administradoras en los periodos en que la demandante se vinculó a ellas.

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

Si en gracia de discusión se analizara la causal de ineficacia en sentido estricto del acto de traslado por incumplimiento al deber de información asignado a las Administradoras de Pensiones, que se reitera deviene de la jurisprudencia, se encuentra en el presente caso que la carga de la prueba bajo la responsabilidad de los fondos fue cumplida en la medida en que es la misma demandante quien en el interrogatorio de parte expuso las circunstancias en que le fue otorgada la asesoría.

Aunado que para la aplicación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se debe remitir a normas contenidas en el Código de Comercio que son ajenas a la legislación laboral ya que esta última solo autorizan la aplicación analógica de normas exógenas

cuando no hay norma que se refiera al tema, caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera completa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, cuya competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial.

Es de anotar que con esta decisión no se atenta contra el principio protector de las normas laborales porque como se expuso la inconformidad de la demandante respecto del régimen en el que se encuentra actualmente vinculada es el posible monto de la mesada pensional, y esta circunstancia no afecta el derecho a la pensión que es el que se garantiza y no el monto superior al salario mínimo legal mensual vigente de la prestación, ya que este dependerá en cada caso del Régimen al que se encuentre afiliado y de los diversos aspectos que se tienen en cuenta cada uno de los regímenes los cuales se encuentran regulados de manera legal, de allí que se encontraran pensiones, aun al interior de cada administradora, en cuantías superiores o inferiores dependiendo de los factores que se revisan de manera individual y no colectivamente porque cada caso es particular (tiempo de cotizaciones, edad, salarios, aportes voluntarios, beneficiarios, etc.) pero la norma aplicable si es de carácter general y lleva a la protección de la contingencia de la vejez.

En ese orden de ideas, al aplicar los criterios antes expuestos se encuentra que le asiste la razón a la parte recurrente, máxime que sin intervenir en el acto jurídico del traslado se le están asignando cargas tales como costas del proceso, y en consecuencia, hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia.

En ese orden de ideas, se colige que en el presente caso no se dan los supuestos legales ni jurisprudenciales para declarar la ineficacia o 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 31 de agosto de 2020 por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas y en su lugar **ABSOLVER** a la demandada de las pretensiones incoadas por la señora **CAROLINA ESPITIA NIETO** identificada con cédula de ciudadanía número 51.639.690.

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

**TERCERO:** Por secretaría, remitir copia integral del presente proceso a la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA por ser la entidad competente para determinar si la Administradora de Pensiones COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS incumplió con las obligaciones legales, por las razones expuestas.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado *SALVO VOTO*

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

83387 10CT20 AM11:21

  
TSB-SILR LABORAL

## SALVAMENTO DE VOTO

**Demandante:** Carolina Espitia Nieto

**Demandado:** Colpensiones y otros

**Radicado:** 110013105 017 2018 00677 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 el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; igualmente, el artículo 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada y, permite realizar una nueva en forma libre y espontánea.

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

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

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

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

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

En el presente asunto, ninguna confesión se colige del interrogatorio de parte surtido por 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, frente a la **inconveniencia financiera del sistema pensional** esbozada, 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.”*

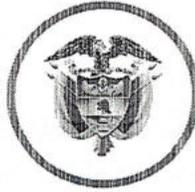
En consecuencia, para el suscrito Magistrado se configuró una violación del deber de información, lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, que no puede entenderse superada con las respuestas que dio la demandante en el interrogatorio de parte, la suscripción del formulario 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

TSB-SALA LABORAL

TSB-SALA LABORAL



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

PROCESO ORDINARIO LABORAL  
DEMANDANTE: ZONIA GONZALEZ CRISTANCHO  
DEMANDADO: COLPENSIONES- PORVENIR  
RADICACIÓN: 11001 31 05 007 2017 00681 01

**MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre 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, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 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 la parte demandada **PORVENIR** y **COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 7 de julio de 2020 por el Juzgado Séptimo (7°.) Laboral del Circuito de Bogotá y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Demandada COLPENSIONES.

### **ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende que se declare la nulidad e ineficacia del traslado efectuado el 29 de enero de 1999 al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para que como consecuencia de ello, se condene a Porvenir autorizar y efectuar su traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, ordenar a Colpensiones admitir su traslado, a Porvenir trasladar a Colpensiones los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos, ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho. (f° 12-13)

Frente a esas pretensiones, COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de ellas, con fundamento en que la demandante no está amparada por el régimen de transición y por tanto no puede regresar al régimen de prima media por encontrarse a menos de 10 años de cumplir con el requisito de la edad.

La demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, sumado a que se trasladó de manera libre y voluntaria como se acredita en la solicitud de vinculación, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas.

Propuso las siguientes excepciones de mérito: inexistencia del derecho reclamado, prescripción, caducidad y la genérica (f° 110- 120 y 101-102)

PORVENIR también se opone a las pretensiones por cuanto la afiliación que realizó la demandante ante ese fondo es válida, no se hizo contra prohibición legal, ni mucho menos está viciada, pues la actora realizó un acto consciente de manera libre, voluntaria y espontánea, sin que hubiera mediado ningún engaño.

Formuló como excepciones 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 y la genérica. (f° 149-164)

El juzgado, mediante auto del 22 de noviembre de 2018, ordenó integrar el contradictorio con Colfondos S.A y Skandia hoy Old Mutual Pensiones y Cesantías. (f° 235)

Old Mutual Pensiones y Cesantías, al contestar la demanda ni se opuso ni se allanó a la mayoría de las pretensiones. Frente a las restantes, indicó la demandante se trasladó en una oportunidad de AFP por lo que las implicaciones de trasladarse de régimen pensional no son imputables a esa administradora, en la medida que dicha afiliación no reportó cambio de régimen sino cambio de administradora en el RAIS.

Como excepciones formuló las siguientes: prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, pago y la genérica. - (f°267- 279)

Colfondos también se opuso a las pretensiones porque no existen presupuestos de hecho ni de derecho para fulminar condena en su contra.

Presentó las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación al régimen al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago (f° 304-328)

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Séptimo (7°.) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 7 de julio de 2020, declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora ZONIA GONZALEZ CRISTANCHO en la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. de fecha 29 de enero de 1999 y consecuentemente las posteriores afiliaciones a COLFONDOS contenida en formulario No. 859662 de fecha 19 de enero de 2005; a SKANDIA contenida en formulario de fecha 09 de enero de 2007 y a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. contenida en formulario No. 12841013 de fecha 14 de Julio de 2008. Ordenó a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora ZONIA GONZALEZ CRISTANCHO, dineros que deben incluir la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades de los fondos privados mientras la señora demandante fue su afiliada, hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES; ordenó a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la señora ZONIA GONZALEZ CRISTANCHO, desde su afiliación de fecha 02 de febrero de 1976, condenó en costas a los fondos demandados.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Colpensiones presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente y sobre los siguientes puntos: i) no se acreditan vicios del

consentimiento, ii) se prueba la ratificación de la afiliación, iii) la decisión genera descapitalización del sistema.

Porvenir interpuso recurso de apelación con sustento en que i) la afiliación fue voluntaria, ii) no se acreditan los vicios del consentimiento, iii) el formulario de afiliación es el cumplimiento de la ley, iv) no se hicieron proyecciones porque a la demandante le hacían falta más de 25 años para arribar a la pensión y más del 60% en el total de la cotización, v) la demandante está inmersa en la prohibición prevista en la Ley 797 de 2003 vi) gastos de administración.

### **ALEGACIONES**

Presentaron alegaciones los apoderados de las demandadas: Porvenir S.A y Colpensiones.

El apoderado de COLPENSIONES presenta poder de sustitución, en consecuencia, se reconoce personería para actuar a la dra. DIANA MARÍA VARGAS JEREZ, identificada con la cédula de ciudadanía 1.090.449.043 y T.P. 289559.

### **CONSIDERACIONES**

### **PROBLEMA JURÍDICO**

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

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

- A folio 35, cédula de ciudadanía de la demandante que da cuenta que nació el 31 de mayo de 1958.
- A folio 37-38 y 129-133, historia laboral en Colpensiones
- A folio 45- 49 extracto pensional
- A folio 51- 61, historia laboral consolidada en Porvenir.
- A folio 62, formulario de afiliación diligenciado el 29 de enero de 1999.
- A folio 63, formulario de traslado hacia Colfondos de fecha 19 de febrero de 2005.

- A folio 65, formulario de traslado hacia Porvenir de fecha 14 de julio de 2008.
- A folio 77-84, simulación pensional.
- A folio 165, registro SIAFP.
- A folio 172, historia laboral para iniciar proceso de reclamación de bono pensional.
- A folio 209-211, recortes de prensa.
- A folio 280-283, certificación y estado de cuenta expedido por Old Mutual.
- Interrogatorio de parte al demandante.
- Testimonios de María Nelly Pupo Gutiérrez y Gloria Estella Fajardo.

### **Caso Concreto**

La sentencia de primera instancia es cuestionada por los recurrentes en primer lugar porque no se acreditó ningún vicio en el consentimiento de la demandante; segundo la decisión adoptada por el juez descapitaliza el sistema y afecta su sostenibilidad y tercero, la actora está incurso en la prohibición de la ley 797 de 2003.

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

Para resolver el problema jurídico, lo primero que se observa es que la demandante realizó el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 29 de enero de 1999 (f° 62); no estaba incurso en las causales de exclusión señaladas en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 para optar por el traslado al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por cuanto a la entrada en vigencia del sistema no tenía 50 años de edad, sino 35 años, y no gozaba de una pensión por invalidez, situaciones relevantes porque eran las únicas causas por las cuales la AFP podría haber rechazado la solicitud de traslado, dado que de conformidad a los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994 dicha conducta les esta proscrita.

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 a lo sumo 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), aunado a que por ser

suscrito de manera personal el formulario se convierte en indicio de la reunión celebrada entre la actora y el asesor del fondo, la que se ratifica con la exposición en el interrogatorio de parte.

Los anteriores hechos probados permiten colegir que 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.

Los recurrentes coinciden en señalar que en el acto de traslado no existió vicios del consentimiento, y para determinar su ocurrencia o no se debe remitir al 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, tal y como se desprende de los hechos de la demanda y se expuso en el interrogatorio de partes, y este tipo de error se configura cuando el consentimiento recae sobre la especie de un acto o contrato que se ejecuta diferente al que se pretendió.

De lo expuesto en el interrogatorio se deduce que lo pretendido por la demandante fue el traslado de régimen y esto fue lo que acaeció; adicionalmente, se aprecia que la demandante también fue asesorada sobre los aspectos relativos al Régimen de Ahorro Individual porque en su exposición indicó que el agente de Porvenir le dijo que podía pensionarse anticipadamente, que en ese régimen se habla de rendimientos, intereses, rentabilidad financiera y cuentas de ahorro individual y que la pensión podía quedarle a su hijo.

Esa información fue ratificada por las testigos escuchadas en la primera instancia, quienes al unísono manifestaron que los asesores les informaron que se podían pensionar anticipadamente, con una buena mesada pensional, incluso la señora Gloria Estela Fajardo hizo alusión a los bonos pensionales, tema del cual la accionante también tenía conocimiento según se deduce de la instrumental que corre a folio 172 del expediente.

Lo anterior, y aplicando los artículos 60 y 61 del CPTYSS, bajo el principio de la comunidad de la prueba permite inferir que la demandante recibió asesoría veraz sobre los aspectos de los regímenes vigentes que le permitieron elegir el fondo privado de pensiones.

Además, se debe señalar que la actora aparte de la asesoría inicial tuvo más asesorías de las diferentes administradoras en las que se vinculó y en ningún momento realizó el trámite de retracto o de retorno al Régimen de Prima Media, decisiones que se observan de conformidad con el artículo 1502 del C.C. libres de vicios del consentimiento.

Ahora, si en gracia de discusión se aceptara que la 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 lo clasifica la doctrina como de derecho, porque de acuerdo con su definición doctrinal, se refiere *“a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico”*.<sup>1</sup>

El error de derecho por disposición legal no genera vicios del consentimiento, lo cual se constata en el artículo 1509 del C.C., y ello es así porque el desconocimiento de la ley no sirve de excusa de conformidad con el artículo 9 del Código Civil, el cual fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 651 de 1997, aunado a que dicha falta de conocimiento no se puede invocar como pretexto para afectar de vicios el consentimiento, máxime si se tiene en cuenta que la demandante es una profesional del derecho y que 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 ha sido aplicada por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-401/16 por constituirse en un desarrollo del artículo 95 de la Constitución Política.

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

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

---

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

En sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993, expuso la Corte lo siguiente: “el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones...” y “el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes. Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional...”.

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

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

*genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.*

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

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

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

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

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

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

Por lo anterior, la aplicación de esa norma por las conductas en ella descritas escapan a la órbita de competencia de la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Ahora la causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, no se encuentra consignada de manera taxativa en una norma legal, porque se reitera las conductas referidas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 no se alegan en el presente caso, pero si en gracia de discusión se señalara como lo expone la jurisprudencia que ésta atenta contra el derecho a la libre elección y da lugar a aplicar la ineficacia en sentido estricto, (sentencia SL4360-2019, entre otras,) entonces se reitera no es de competencia de la jurisdicción definir sobre su ocurrencia o no, porque esa clase de ineficacia no se resuelve de manera judicial.

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

En el presente caso se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y

**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 7 de julio de 2020 por el Juzgado Séptimo (7°.) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas por la señora ZONIA GONZALEZ CRISTANCHO, identificado con la C.C. 41.763.393.

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

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado *SALVO VOTO*

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

TSB-SALA LABORAL

53966 10/27/20 AM11:28  


condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se encuentra plasmada en el formulario y reconocida en el interrogatorio de parte, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

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

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes desde el año 1999, en la medida en que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a las Administradoras en los periodos en que la demandante se vinculó a ellas.

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

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:

## SALVAMENTO DE VOTO

**Demandante:** Zonia González Cristancho

**Demandado:** Colpensiones y otros

**Radicado:** 110013105 007 2017 00681 01

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

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

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

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

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

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

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

En el presente asunto, ninguna confesión se colige del interrogatorio de parte surtido por 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, frente a la **inconveniencia financiera del sistema pensional** esbozada, 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 la 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

TSB-SALA LABORAL

53965 10CT'20 AM11:20