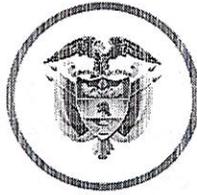


25



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

TSB-SALA LABORAL  
54799 30OCT\*20 PM 3:20

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** BLANCA CECILIA GUTIERREZ ALBA

**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y OTRO.

**RADICADO:** 11001 31 05 011 2018 00643 01

**MAGISTRADA PONENTE:** ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre 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 los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 19 de junio de 2020 por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá.

**ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende que se declare la nulidad de traslado de la afiliación hecha a la AFP Colfondos S.A., por cuanto no existió una decisión informada, verdaderamente autónoma y consciente, al no conocer los riesgos del traslado y las consecuencias negativas que aquel le reportaría, como consecuencia de ello, se deben trasladar todos los aportes junto con los rendimientos que actualmente tiene en Porvenir S.A. al Régimen de Prima Media, el cual es administrado por Colpensiones, por cuanto la afiliación a este último queda vigente; Colfondos S.A. solo comparecerá a efecto de realizar el traslado de aportes de la accionante al RPM que es administrado por Colpensiones; que Porvenir S.A. debe enviar a Colpensiones todos los detalles de traslado de aportes, como consecuencia

de la declaratoria de nulidad del traslado y de afiliación; Colpensiones debe activar la afiliación en el RPM desde su fecha inicial de afiliación; a lo que se encuentre probado ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: nació el 8 de noviembre de 1958, estaba afiliada al RPM desde el 27 de marzo de 1978 hasta su traslado el 1 de abril de 2001 a la AFP Colfondos S.A.; actualmente tiene 59 años; al momento de la afiliación la AFP Colfondos S.A. no le brindó la información adecuada y completa para proceder al cambio de RPM, le brindó información sobre las ventajas de su traslado al RAIS, pero en ningún momento le informó sobre las desventajas del mismo; el 1 de febrero de 2003, se trasladó al fondo de pensiones Horizonte hoy Porvenir S.A.; el 23 de noviembre de 2017, mediante derecho de petición solicitó a Colfondos S.A. copia de los documentos en los que constara la afiliación, la información brindada al momento de la afiliación y copia de la historia laboral con los aportes realizados; el mismo día, solicitó a Porvenir que suministrara la misma información y realizara una proyección del monto de la mesada pensional; y elevó ante Colpensiones reclamación administrativa solicitando la declaratoria de nulidad de traslado. (fls. 1-14 y 38-51)

Frente a esas pretensiones, **COLPENSIONES** se opuso a todas y cada una argumentando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP o de que se 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 de la demandante, al contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho y que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente, en el presente caso la demandante no cumple con los requisitos de la Sentencia SU-062 de 2010, para poderse trasladar de régimen en cualquier tiempo.

Presentó como excepción previa la de falta de competencia y 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. 80-106)

Por su parte, **COLFONDOS S.A.** se opuso a todas y cada una de las pretensiones argumentando que la entidad si brindó a la demandante una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones de la decisión de trasladarse de administradora de Fondos de Pensiones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en la que se le recordó acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho al bono pensional, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, la rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Igualmente, se le dio a conocer sobre la opción legal de retracto con la que cuentan los afiliados a fin de que puedan tomar la decisión que más les convengan.

Propuso 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 y prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado. (Fls. 120-137)

La entidad **PORVENIR S.A.** se opuso a todas y cada una de las pretensiones argumentando que la información suministrada a la demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia. Por lo tanto, las reglas y condiciones en que se realizó la vinculación, no fue caprichosa o abusiva, sino que obedeció al resultado de dichas disposiciones que regulan el RAIS y las instrucciones que para el efecto ha impartido la Superintendencia Financiera de Colombia. La 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 su escogencia libre, espontánea y sin presiones al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

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. 147-153)

### DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 19 de junio de 2020, declaró la ineficacia de la afiliación realizada por la demandante a la AFP Colfondos S.A. suscrita en el año 2001; declaró que para todos los efectos legales la demandante nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, y por tanto, siempre permaneció en el RPM; condenó a Porvenir a trasladar a Colpensiones todos los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual tales como aportes, cotizaciones, bonos pensionales que se hubieran solicitado, sumas adicionales con intereses, gastos de administración o rendimientos que hubieran causado en los términos del artículo 1746 del Código Civil, para dicha finalidad se le otorgará un término máxima de 90 días calendario a la fecha de ejecutoria de la presente sentencia; ordenó a Colpensiones admitir el traslado de la demandante con sus aportes al RPM; declaró no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por las pasivas; condenó en costas a las demandadas COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. por la suma de \$ 1'200.000 correlativamente PORVENIR S.A. \$800.000 y COLFONDOS S.A. \$400.000.

#### RECURSO DE APELACIÓN

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

**COLPENSIONES:** i) La decisión quebranta el principio de sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política; ii) la actora se encuentra inmersa 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, en caso de no tenerse en cuenta este argumento que se debe ordenar el pago de un cálculo actuarial ya que su ahorro no se realizó de manera solidaria sino individual.

**PORVENIR:** i) Quedó demostrado que el traslado de la demandante fue libre y voluntario tanto por su primer traslado como por la voluntad de mantenerse en el RAIS trasladándose dentro del mismo régimen a otra AFP por lo que no hay lugar a la nulidad; ii) la entidad se basó en la buena fe de que la demandante en el primer traslado al RAIS había sido debidamente asesorada para recibir el traslado entre Administradoras de Fondos Pensionales del mismo régimen; iii) los gastos de la administración no se deben devolver y estos se establecieron desde la creación del régimen de acuerdo con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y iv) no debe ser impuesta la condena en costas.

201

## ALEGACIONES

Presentaron escrito de alegaciones los apoderados de las partes demandante y demandada COLPENSIONES y PORVENIR.

## CONSIDERACIONES

### PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar a declarar la nulidad y/o 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 21-24, 33, 141, 158-159, 161-174, resumen cuenta, resumen semanas cotizadas, historia laboral.
- A folios 25-31, reclamaciones administrativas y respuestas
- A folios 32, 138, solicitud de vinculación a Colfondos, 2 de febrero de 2001.
- A folio 34, cedula de ciudadanía de la demandante que da cuenta nació el 8 de noviembre de 1958.
- A folio 155, formulario de afiliación a Horizonte del 4 de diciembre de 2002.
- A folio 160, formulario SIAFP.
- A folios 175-176, comunicado de prensa AFP.
- Interrogatorio de parte.

#### 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 a la demandante conforme a lo reglamentado por la ley para la fecha del traslado, que la decisión del A-Quo descapitaliza el sistema y afecta su sostenibilidad y, en consecuencia, a revocar la sentencia de primera instancia.

En el caso de autos está probado que la demandante a la edad de 43 años se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, contando con 566.43 semanas cotizadas al sistema (fol. 21) y a la vigencia del Acto Legislativo 1 de 2005 contaba con 733,57 semanas, 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 la vinculación a COLFONDOS fue de manera voluntaria, tal como se desprende del interrogatorio de parte rendido por la actora.

Del interrogatorio rendido por la demandante se puede colegir lo señalado por los recurrentes sobre el hecho que para el acto del traslado se 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 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 vinculada en el Régimen de Ahorro Individual.

Recuérdese que la demandante expuso en el interrogatorio de parte que el asesor de Horizonte le informó que su pensión iba a ser fija y de acuerdo con sus ingresos, que podía pensionarse anticipadamente y además le hicieron referencia a los rendimientos que obtendrían en el fondo.

Adicionalmente, no se encuentra prueba que permita colegir que la Administradora debía negar la solicitud de traslado ni los traslados entre fondos, ya que no puede olvidarse que a estas entidades les estaba prohibido rechazar la vinculación de las personas que cumplen con los requisitos, de acuerdo con lo estipulado en los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

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.

Lo anterior se corrobora porque 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 como lo informa la demandante en su interrogatorio de parte y se señala en el numeral 4 de los fundamentos de derecho de la demanda (fº. 10) 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.; sin que ese monto de la mesada tenga la virtud de afectar la voluntad del afiliado ni la eficacia del acto jurídico del traslado.

Adicionalmente, se debe señalar que el monto que se protege con las normas laborales es el que la mesada pensional no pueda ser inferior al salario

204

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 al interior 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 o superior a ese mínimo, porque la liquidación dependerá de los parámetros que se encuentran definidos por la ley

La anterior circunstancia sería suficiente para revocar la sentencia de primera instancia.

Ahora, respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe señalar primero que no se encuentra consignada de manera expresa en una norma legal, y ello, porque se debe recordar que todos los aspectos que regulan el Régimen de Pensiones se encuentra consagrado en normas legales y la ignorancia de la Ley no sirve de excusa de conformidad con el artículo 9 del Código Civil, norma que fue declarada 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 como se deduce de la exposición en el interrogatorio de parte 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.

El error en el que se incurre por el desconocimiento de la regulación legal, se constituye en un error de derecho ya que la doctrina ha indicado que se refiere "*a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico*"<sup>1</sup> y este por disposición legal no genera vicios del consentimiento, lo cual se constata en el artículo 1509 del C.C.

En segundo lugar, si se tiene en cuenta que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral – indica que esa omisión es una forma de atentar contra el derecho al trabajador a una afiliación libre,

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

lo cual se consagra en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852), es de señalar que la decisión sobre esos casos no le compete a la jurisdicción por el mismo mandato legal.

Nótese que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852, sustenta la ineficacia en sentido estricto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma especial sobre la materia del Sistema de Seguridad Social Integral.

En la anterior sentencia reitera lo expuesto en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 y en las que

“... precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la *ineficacia en sentido estricto* o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando *«el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto»*.

Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro”. (cursivas y negrillas propias del texto)

De tal manera que al aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga la reiteración la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión sobre la ineficacia en ese sentido no requiere de intervención judicial, no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales porque son

230

ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, caso que no ocurre en la legislación de la Seguridad Social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

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

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

Tampoco se acreditan las causales de nulidad absoluta o relativa del consentimiento.

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 2001, 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.

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.

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 la misma 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, la 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 175-176, 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.

En ese orden de ideas, al valorarse los diferentes elementos que obran en el proceso desde el principio de comunidad de la prueba y el marco normativo aplicable al momento del traslado como lo señala la jurisprudencia, se colige

231

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:

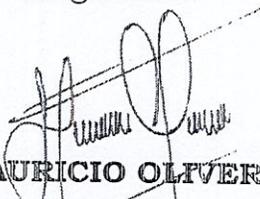
**RESUELVE**

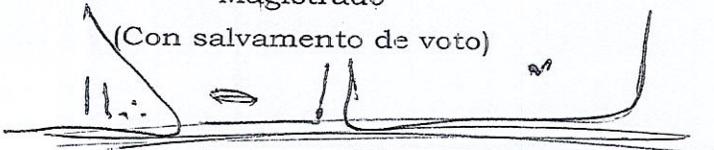
**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el del 19 de junio de 2020 por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas por la señora **BLANCA CECILIA GUTIERREZ ALBA**, identificada con la C.C. 21.235.107.

**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 OLVEROS MOTTA**  
Magistrado

(Con salvamento de voto)  
  
**DAVID A. J. CORREA STEER**  
Magistrado



252

### SALVAMENTO DE VOTO

**Demandante:** Blanca Cecilia Gutiérrez Alba  
**Demandado:** Colpensiones y otros  
**Radicado:** 11001 31 05 011 2018 00643 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 4° decreto 656 de 1994 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, dispusieron las obligaciones de las AFP de ofrecer un servicio eficiente, eficaz, y oportuno a los usuarios, brindándoles la información necesaria para tomar la decisión de afiliarse y permanecer en el régimen pensional. Premisa que conforme a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de



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

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

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

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

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

En el presente asunto, ninguna confesión se colige del interrogatorio de parte surtido por 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.

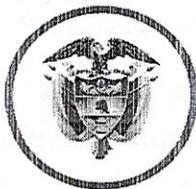
  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

En consecuencia, para el escrito Magistrado se comitió una violación del deber de información, lo que deviene en la falta de veridic del cambio de régimen pensional, que no puede entenderse sujeta con las respuestas que dio la demandante en el interrogatorio de parte, la suscripción del formulario de afiliación y tampoco por las conclusiones efectuadas en el RAI, por lo que resulta procedente declarar la nulidad del traslado e imponer las consecuencias correspondientes.

En consecuencia, para el escrito Magistrado se comitió una violación del deber de información, lo que deviene en la falta de veridic del cambio de régimen pensional, que no puede entenderse sujeta con las respuestas que dio la demandante en el interrogatorio de parte, la suscripción del formulario de afiliación y tampoco por las conclusiones efectuadas en el RAI, por lo que resulta procedente declarar la nulidad del traslado e imponer las consecuencias correspondientes.

ACTOR  
MAGISTRADO

266



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

TSB-SALA LABORAL  
54731 38OCT\*20 PM 3:19

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** FLOR ENELIA PEREZ VIUDA DE CABEZAS

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

**RADICACIÓN:** 11001 31 05 024 2017 00244 01

**MAGISTRADA PONENTE:** ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre 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 los recursos de apelación presentados por los apoderados de la parte demandante y demandada Bancolombia contra la sentencia proferida el 29 de julio de 2020 por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá.

**ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende que Bancolombia S.A., trámite y pague ante Colpensiones, el cálculo actuarial de los aportes o cotizaciones causadas por el tiempo en que trabajó en la oficina del banco ubicada en el municipio del Espinal – Tolima, durante el periodo comprendido entre el 23 de septiembre de 1968 y el 1º. de febrero de 1970, junto con el pago de costas y agencias en derecho y lo ultra y extra petita.

A su vez, solicitó que se *declare* que es beneficiaria del régimen de transición y que tiene derecho a que se le reconozca al pensión prevista en el Decreto 758 de 1990, para que como consecuencia de lo anterior, se condene a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo de 81% de la centésima parte de los salarios

semanales sobre los cuales cotizó, o el régimen que le sea más favorable, actualizando para ello, el último salario que ascendió a la suma de \$122.550; se condene al pago del retroactivo pensional, junto con las mesadas adicionales, los intereses moratorios, las costas del proceso y lo ultra y extra petita. (f.º 5-7 y 96-98)

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 14 de enero de 1947, que para el 1 de abril de 1994 contaba con 47 años de edad; que prestó sus servicios para el Banco de Colombia entre el 23 de septiembre de 1968 y el 31 de agosto de 1990; posteriormente, se vinculó con la Rama Judicial entre el 1º. de agosto de 1992 y agosto de 2015; indicó que el 1º. de septiembre de 2015 solicitó el reconocimiento de su pensión, misma que le fue cancelada en un valor inferior al que corresponde; informó que el banco demandado, mediante comunicación adiada el 5 de abril de 2017, le manifestó que para dicho periodo no había obligación de cotizar dado que la cobertura se inició en el país a partir de 1967 y se fue extendiendo de manera gradual; señaló que tiene derecho a la pensión de vejez prevista en el Decreto 758 de 1990, sin embargo, Colpensiones se ha negado a su reconocimiento. (f.º 7-8 y 98-99)

Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que la demandante viene recibiendo una pensión de vejez sobre un total de 2.031 semanas públicas y privadas, conforme resolución GNR 24757 del 22 de agosto de 2016.

Presentó las excepciones de fondo de temeridad y mala fe, violación a los principios de sostenibilidad y solidaridad propios del sistema, prescripción y la genérica y como excepción previa la de pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto. (fº.121-128 y 139-140)

Bancolombia, también se opuso a las pretensiones con sustento en que, para la fecha de inicio de la relación laboral, no existía obligación de afiliarse a la demandante al ISS y solo a partir del 2 de febrero de 1970, dicho instituto empezó a asumir el cubrimiento de los riesgos de invalidez vejez y muerte, en el municipio de Espinal Tolima, de acuerdo con la Resolución 270.

Propuso como excepciones las de inexistencia de las obligaciones reclamadas – cobro de lo no debido, compensación, prescripción, buena fe, allanamiento a la mora por parte del ISS hoy Colpensiones y la genérica. (f.º 158-176)

267

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 29 de julio de 2020, condenó a Bancolombia a gestionar y cancelar ante Colpensiones, como entidad reconocedora de la pensión de vejez, el cálculo actuarial del periodo laborado por la demandante y no cotizado por el interregno comprendido entre el 23 de septiembre de 1968 hasta el 1º. de febrero de 1970, teniendo en cuenta como IBC los siguientes; para el año 1968: \$710, para el año 1969 \$830 y para el año 1970 \$930, y absolvió a las encartadas de las demás suplicas de la demanda.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Los apoderados de las partes demandante y demandada Bancolombia S.A presentaron recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente sobre los siguientes aspectos:

**Demandante:** la pensión que se reclama en virtud de la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 no es incompatible con la que actualmente reconoce Colpensiones, y en consecuencia se debe ordenar el reconocimiento y pago de esta pensión.

**Bancolombia:** para la fecha de inicio de la relación laboral no existía obligación de afiliar a la demandante al ISS; la actora cuenta con una pensión reconocida por Colpensiones por lo que el periodo reclamado no es necesario la consolidación del derecho pensional y las costas.

### **ALEGACIONES**

Los apoderados de Colpensiones y Bancolombia presentaron alegatos de conclusión.

Se reconoce personería adjetiva a la Dra. Astrid Jasbleyde Cajiao Acosta, identificada con C de C N°52.938.149 y T.P No282.206, como apoderada de Colpensiones en los términos y facultades que el poder le contrae.

### **PROBLEMA JURIDICO**

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

Establecer si hay lugar a declarar la compatibilidad pensional entre la prestación de vejez de la que goza la actora y la pensión de vejez incoada por esta.

### CONSIDERACIONES

#### Pruebas relevantes:

- A folios 4, cédula de ciudadanía que da cuenta que la demandante nació el 14 de enero de 1947.
- A folio 27, certificación expedida por Bancolombia en la que se señala que la actora laboró al servicio del Banco desde el 23 de septiembre de 1968 hasta el 1 de septiembre de 1990.
- A folios 49-50 y 130-133, historia laboral de Colpensiones.
- A folio 67-80, resolución GNR 250182 del 24 de agosto de 2016 y SUB 6402 del 11 de marzo de 2017, por medio de las cuales se niega la pensión de vejez con tiempos privados.
- A folio 81- 83, resolución GNR 207440 del 15 de agosto de 2013, mediante la cual se conde una pensión de vejez a la demandante de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la ley 100 de 1993.
- A folios 129, expediente administrativo.
- A folio 177-182 y 188-189, copia contrato de trabajo y liquidación de prestaciones sociales.
- A folio 183, aviso de entrada de trabajo al ISS.
- A folio 210-219 y 227-239, demanda promovida ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda – subsección “E”
- Interrogatorio demandante.

#### Argumento

En el presente caso no se encuentra en discusión que entre la señora Flor Enelia Pérez Devia y Bancolombia existió un contrato de trabajo desde el 23 de septiembre de 1968 hasta el 1º. de septiembre de 1990.

De otro lado, revisado el material probatorio, la Sala observa que la demandante fue afiliada por su empleador al otrora ISS para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a partir del 2 de febrero de 1970.

Sostiene el apoderado de Bancolombia que durante el periodo comprendido entre el 23 de septiembre de 1968 y el 1º. de febrero de 1970 el empleador no realizó las cotizaciones correspondientes al sistema de seguridad social en pensiones por no encontrarse obligado a ello, justificación que desde ya se advierte no es 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 afiliar 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 el periodo que fue objeto de condena, no existía esa obligación, 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.

Si bien no se desconoce que la demandante en efecto cuenta con una pensión reconocida por Colpensiones, esa situación no exime al empleador de dicha responsabilidad, como quiera ese cálculo en últimas contribuirá a financiar la prestación que en la actualidad ostenta la promotora.

Así lo enseñó la Corte Suprema de Justicia cuando explicó (...) *Conforme lo anterior, si bien los empleadores de trabajadores que tenían menos de 10 años de servicio al momento en el que el ISS asumió el riesgo de vejez, quedaron subrogados de reconocer esa prestación económica, tal previsión no los exime de su responsabilidad pensional por el lapso en el que no hubo cobertura y, en particular, de contribuir a la financiación de la pensión por el tiempo efectivamente laborado por el trabajador, incluso si con ello, el empleado no alcanza a completar la densidad de cotizaciones exigida para la prestación, toda vez que aquel puede cotizar hasta obtenerla.*

*Ello, porque el derecho a la pensión es de carácter fundamental y, por tanto, se debe garantizar sin afectar la estabilidad financiera del sistema, en la medida que propende por la integración de los recursos por parte de los empleadores y de las entidades de seguridad social con las cotizaciones sufragadas, situación que no depende de que el empleador sea público o privado, o que sea o no pagador de pensiones. (...)*

En esa dirección no queda más camino que confirmar la decisión de primera instancia en este aspecto.

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 y como en este caso la encartada Bancolombia salió condenada por las súplicas de la demanda, se encuentra apenas lógico que se imponga esta carga, máxime cuando el recurso de apelación tampoco tuvo visos de prosperidad.

En este punto, procede la Sala a analizar el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora.

Bajo ese panorama, se encuentra por fuera de debate que la demandante nació el 14 de enero de 1947, por lo que es beneficiaria del régimen de transición (f.º 4) y además cotizó un total de 1.283.71 semanas (f.º 45-47); que Colpensiones mediante resolución GNR 207440 del 15 de agosto de 2013, le reconoció una pensión de vejez aplicando para ello, las disposiciones del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, por serle más favorable, aun cuando no desconoció que era beneficiaria del régimen de transición (f.º 81-83); que dicha administradora ha venido negando la pensión de vejez con tiempos privados por la existencia de la prestación antes mencionada y; que la gestora promovió demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo solicitando la nulidad de las resoluciones n.º 76570 del 14

de marzo de 2016 y n.º 247457 del 22 de agosto de 2016, por medio de las cuales se re liquidó la pensión en aplicación de la ley 100 de 1993, que no bajo las disposiciones del régimen de transición en concordancia con el Decreto 546 de 1971, peticiones que salieron avantes de manera parcial, en tanto, se estableció que la promotora acreditó los requisitos del Decreto en mención, pero se ordenó su liquidación teniendo en cuenta los factores devengados en los 10 últimos años o toda la vida laboral. (f.º 227- 241), decisión que a la fecha no se encuentra en firme.

El tema en discusión se contrae a que la demandante considera que se le debe reconocer y pagar la pensión de vejez del acuerdo 049 de 1990, con sustento en la jurisprudencia del Consejo de Estado que enseña que la pensión es compatible cuando proviene del sector privado y sus aportes no tiene relación con los tiempos del estado, sumado a que el derecho a la pensión privada se causó con anterioridad a la Ley 100 de 1993 y a que desde un principio se solicitó a Colpensiones discriminar el tiempo privado del tiempo público.

En ese orden de ideas, lo primero que se debe hacer referencia es que, si bien los recursos para pensiones en el régimen de prima media se administran en un fondo común, es de anotar que ya la jurisprudencia, en sentencia C.S.J. S.L. radicado No. 24062 de 14 de febrero de 2005, ha señalado que dichos recursos no se sufragan del tesoro público y por lo tanto no hacen parte de dicho erario.

No obstante, se debe destacar que la Ley 100 de 1.993 estableció el sistema de seguridad social integral, conformado por los regímenes generales de pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios, sujetos, entre otros, a los principios de integralidad y unidad (arts. 1º, 2º y 8º).

El sistema general de pensiones tiene por objeto garantizar a la población el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones determinados en dicha ley, y está compuesto por dos regímenes solidarios excluyentes que coexisten, el de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad (arts. 10 y 12).

El régimen de prima media se encuentra definido en el artículo 31 de la Ley 100 de 1993 como aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez o de invalidez o de sobrevivientes y los aportes y sus rendimientos constituyen un fondo común de naturaleza pública y a

quienes se les otorga una prestación definida con base en unas reglas previamente establecidas.

Como administrador de dicho régimen se encontraba el Instituto de Seguros Sociales y demás cajas de la misma naturaleza existentes para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en razón a que las prestaciones que se otorgaban a través de ellas tenían las mismas características de ser prestaciones que se reconocen y liquidan con fundamento en reglas previamente definidas por la Ley y se originan del fondo común para todos los afiliados.

En el artículo 36 de la ley 100 se establece el régimen de transición y diferencia dos grupos de beneficiarios con derechos distintos así:

El primer grupo está constituido por las personas que a la vigencia de la ley 100 de 1993, es decir, el 23 de diciembre de 1993, tenían cumplidos los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o vejez conforme a normas favorables anteriores. Tales beneficiarios tienen derecho a que se les reconozca y liquide la pensión "*en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos*", de acuerdo con el régimen al cual estuvieren adscritos.

El segundo grupo lo conforman quienes al momento de entrar en vigencia el sistema general de pensiones, es decir, el 1° de abril de 1994, tenían cumplidos 35 años o más de edad, en el caso de las mujeres o cuarenta o más años de edad en el de los hombres, o por las que simplemente hayan completado 15 o más años de servicios cotizados sin ser determinante el factor de la edad.

A estas personas se les respetaba del régimen anterior el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, el monto de la pensión y la edad, siempre que les fuere más favorable; pero en este caso se tiene en cuenta en los demás aspectos la Ley 100 de 1993, tal como lo señala el inciso 2 del artículo 36.

Revisada la prueba documental, se puede verificar que la demandante tenía expectativa pensional en la ley 33 de 1985, el Acuerdo 049 de 1990 y la Ley 71 de 1988 a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, incluso bajo el decreto 546 de 1971, normatividad que escapa la órbita de la jurisdicción laboral.

También se puede constatar por las pruebas que la gestora hace parte del segundo grupo del régimen de transición, porque el requisito de edad

necesario para acceder al derecho lo cumplió en fecha posterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, esto es, 55 años, el 14 de enero de 2002, y en consecuencia, la compatibilidad solicitada no es posible, en razón a que los dos tipos de pensiones pretendidas i) cubren el mismo riesgo que es de vejez, y el objetivo de la Ley 100 de 1993 es precisamente unificar o integrar los recursos de prima media para cubrir las contingencias de sus afiliados y unificar las prestaciones de los afiliados, ii) provienen de la misma fuente, pues no puede perderse de vista que la pensión reconocida por la pasiva lo fue en el marco de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta para ese efecto no solo el tiempo laborado para Bancolombia sino para la Fiscalía General de la Nación lo que le permitió lograr una pensión aplicando para ello una tasa del 85%, iii) como la demandante se encontraba en el segundo grupo del régimen de transición, esto es, a quien se le aplican ya los principios de la Ley 100 de 1993, en consecuencia, también le es aplicable la Ley 549 de 1999, artículo 17 inciso 4º, que señala que todos los aportes al sistema deben ser tenidos en cuenta para financiar la pensión, y iv) la prestación bajo el acuerdo 049 de 1990, no se causó antes de la Ley 100 de 1993, si se tiene en cuenta que la actora arribó a los 55 años de edad el 14 de enero de 2002.

Cumple anotar como lo hiciera la sentenciadora de instancia, que la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda – subsección “B”, sobre la reliquidación y aplicación de una norma de régimen de transición, decreto 546 de 1971, no se encuentra en firme, debido a que contra ella se propuso el recurso de apelación, por lo que la Resolución que reconoció el derecho pensional de la demandante goza de presunción de legalidad, y como la prestación se reconoció bajo la órbita de la Ley 100 de 1993, con tiempos públicos y privados, se insiste, la pensión pretendida resulta incompatible con aquella.

Por lo expuesto, se encuentra que a la demandante no le asiste derecho a la pensión de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, y, en consecuencia, se 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**

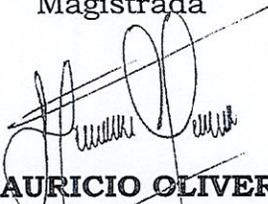
271

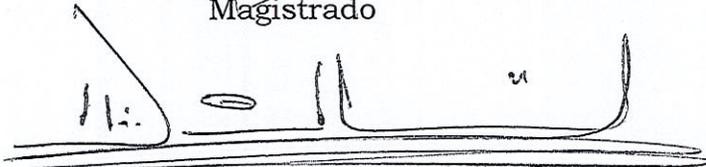
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 29 de julio de 2020 por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

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

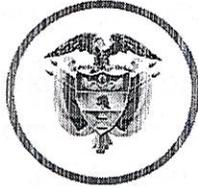
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

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





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

TSB-SALA LABORAL

54794 30OCT'20 PM 3:19

PROCESO ORDINARIO LABORAL

**DEMANDANTE:** ADRIANA RODRIGUEZ OSORIO

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

**RADICACIÓN:** 11001 31 05 032 2019 00288 01

**MAGISTRADA PONENTE:** ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre 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 decidir el recurso de apelación presentado por los apoderados de **COLPENSIONES**, y **PORVENIR** contra la sentencia proferida el 1º. de julio de 2020 por el Juzgado Treinta y dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá y

Además, surtir el grado jurisdiccional de consulta consagrado en el artículo 69 del CPTYSS a favor de la demandada COLPENSIONES.

### ANTECEDENTES

La parte demandante pretende de manera *principal* se declare i) la nulidad del traslado realizado con destino al Régimen de Ahorro Individual efectuado por Porvenir el 1 de octubre de 1994, ante la omisión de ese fondo de informar con prudencia, pericia y de manera clara y oportuna, suficiente y cierta las implicaciones de ese traslado, para que, como consecuencia de ello, se condene a Porvenir S.A. a restituir a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de la vinculación, como bonos pensionales, cotizaciones y los rendimientos que se hubieren causado; ordenar a Colpensiones a

recibirla como afiliada, así como a recibir los valores obtenidos mientras estuvo vinculada en el Régimen de Ahorro individual con Solidaridad y a contabilizar para efectos de su pensión, las semanas cotizadas en el RAIS; a lo ultra y extra petita y las costas y gastos del proceso.

Como pretensiones *subsidiarias*, solicitó se declare la ineficacia e inoperancia de los efectos del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con fecha de efectividad 1 de octubre de 1994, al no poderse predicar la existencia de consentimiento libre, voluntario e informado al momento de la vinculación al fondo privado. (f.º 5 - 6)

Frente a esas pretensiones, COLPENSIONES se opuso frente a algunas pretensiones, respecto de las otras, ni se opuso ni se allanó, en razón a que la demandante debe probar el engaño u omisiones que pudo cometer Porvenir, adicionalmente, señaló que el traslado de régimen efectuado se encuentra ajustado a derecho y se realizó de forma libre y voluntaria.

Presentó como excepciones de mérito las que denominó: validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción y la genérica (f.º 66-77).

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones formuladas en su contra, bajo el argumento de que la afiliación de la demandante fue producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños, como se constata en las diferentes solicitudes de vinculación diligenciadas por la actora, sumado a que siempre se le garantizó el derecho de retracto, además, la actora al momento de suscribir el formulario manifestó ser consciente de las implicaciones y efectos del traslado solicitado, lo que constituye una ratificación del acto mismo.

Presentó las siguientes excepciones de mérito: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica (f.º 119-137)

### DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 1 de julio de 2020, declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con PORVENIR S.A. y como consecuencia de ello, ordenó a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES - la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro

175

individual por los aportes efectuados por la actora, junto con sus rendimientos y el porcentaje de gastos de administración y el bono pensional si a ello hubiere lugar; ordenó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES - a recibir a la gestora como afiliada activa del régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad; condenó en costas a Porvenir.

### RECURSOS DE APELACION

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

**Porvenir:** i) la AFP cumplió con el deber de información, tanto es así, que elaboró una proyección, ii) la actora también conocía la posibilidad de realizar aportes voluntarios, la verdadera intención de la actora se contrae a la inconformidad con el monto de la pensión, y iii) la condena por gastos de administración.

**Colpensiones:** La entidad se ve afectada por la decisión del A-quo, solicita se niegue el traslado de régimen y, en consecuencia, sea la AFP quien deba reconocer la diferencia pensional pretendido en la demanda, ii) Colpensiones debe ser indemnizada por los perjuicios que cause la ineficacia, y iii) se afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

### ALEGACIONES

Los apoderados de las partes demandante y demandada PORVENIR presentaron escrito de alegaciones.

### 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.

Si la respuesta al anterior problema jurídico es afirmativa se revisará la condena por concepto de gastos de administración y la posibilidad de indemnizar a Colpensiones por los perjuicios causados por el traslado de régimen ordenado en la primera instancia.

**Elementos de prueba relevantes:**

- A folios 25, cédula de ciudadanía que da cuenta que la demandante nació el 12 de abril de 1965.
- A folio 27, certificación expedida por Porvenir.
- A folio 28-33, historia laboral consolidada en Porvenir.
- A folio 34-36 y 84-87, historia laboral en Colpensiones.
- A folios 45-59, estudio de situación pensional.
- A folio 138-139, formularios de afiliación a Porvenir.
- A folio 140-141, comunicado de prensa.
- A folio 154, simulación pensional.

### Caso Concreto

Para resolver el problema jurídico planteado, se debe tener en cuenta 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.

Revisado el material probatorio que obran en el expediente se tiene como hechos probados que: la demandante a la edad de 29 años se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual cuando contaba con 295.43 semanas cotizadas al sistema (f° 34); 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 29 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 se deduce de la exposición realizada en el 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.

Sostiene el apoderado de Porvenir que dicha AFP cumplió con el deber de información, y para corroborar tal aseveración la Sala se remite en *primer*

término a lo expuesto por la demandante en su interrogatorio de parte, quien en líneas generales aceptó que un asesor de Porvenir asistió a las instalaciones de la empresa a realizar una charla sobre las ventajas de trasladarse de régimen, entre ellas, refirió la posibilidad de pensionarse anticipadamente y de realizar aportes voluntarios, situación esta última que según informó, no estaba prevista en el otrora ISS, adicionalmente, indicó que Porvenir le realizó una proyección que arrojó una mejor mesada pensional si se trasladaba al RAIS.

Bajo ese horizonte, le asiste razón al recurrente, en cuanto señaló que la demandante recibió información completa y suficiente para tomar la decisión de trasladarse de régimen, sumado a que no puede desconocerse que la encartada brindó una asesoría, 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 "cálculo" 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.

En este punto, la Sala debe indicar que, si bien en el cálculo de la pensión que reposa a folio 154, no existe correlación frente al salario que allí se menciona con el que se reporta en los dos formularios de vinculación, es de anotar, que esa situación por sí misma no puede restarle valor probatorio a dicha instrumental, si se tiene en cuenta que esa información bien pudo ser suministrada por la propia demandante, o bien pudo calcularse en consideración a la posibilidad de la cual era conocedora la gestora, de poder realizar aportes voluntarios para incrementar el valor de su mesada pensional.

En todo caso, cabe recordar que el monto de la posible mesada en cualquiera de los regímenes se define al momento de causar o exigir la pensión una vez se cumplen 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.

Debe resaltarse que, en este puntual asunto, se logra acreditar que la demandante escogió el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad porque podía pensionarse antes de las edades exigidas en el otrora ISS, realizar aportes voluntarios, que además le ayudarían a obtener una mejor mesada pensional y contribuían a bajar sus impuestos, esto es, que era conocedora de prerrogativas que evidentemente no contempla el Régimen de Prima Media, sumado a la posibilidad de obtener un mejor monto de la mesada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

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.

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

1779

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 suerte 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 esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe señalar que según la misma jurisprudencia es una forma de atentar contra el derecho del trabajador a una afiliación libre, lo cual se consagra en el

artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852) y en ese caso no le compete a la jurisdicción definir su ocurrencia o no por el mismo mandato legal.

Nótese que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852, sustenta la ineficacia en sentido estricto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma especial sobre la materia del Sistema de Seguridad Social Integral.

En la anterior sentencia reitera lo expuesto en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 y en las que

“... precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la *ineficacia en sentido estricto* o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando *«el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto»*.

Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro”. (cursivas y negrillas propias del texto)

De tal manera que al aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga la reiteración la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, caso que no ocurre

en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

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, nótese que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a Porvenir durante el tiempo de permanencia de la demandante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

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, 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 y que además recibió una protección pensional.

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 sobre la ocurrencia o no de la ineficacia no requiere de intervención judicial.

Por último, respecto del argumento referente a la vulneración de la sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media, esto es, respecto de 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.*

179

*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.

Lo anterior contribuye a la vulneración del principio de sostenibilidad financiera del régimen en la medida en que para suplir la diferencia de las mesadas pensionales entre los dos regímenes, que según el estudio presentado con el escrito de la demanda es el valor de \$1.297.327 (fl. 53), se generaría a cargo del fondo común al que no contribuyó la demandante una suma aproximada de \$440.572.249= adicionales, sin considerar los aumentos que por esa diferencia se puedan generar anualmente.

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 y jurisprudencial antes reseñado, se colige que en el presente caso no se dan los supuestos 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

**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:

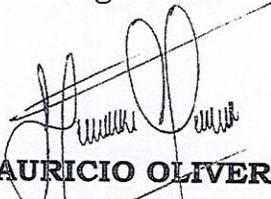
**RESUELVE**

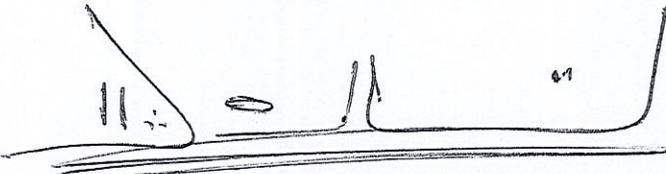
**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 1 de julio de 2020 por el Juzgado Treinta y dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas y en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas por la señora **ADRIANA RODRIGUEZ OSORIO**, identificada con la cédula de ciudadanía 39.691.168.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado  
(Con salvamento de voto)

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



### SALVAMENTO DE VOTO

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que en el caso bajo estudio, **la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad demandada**, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró haber brindado **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 4° decreto 656 de 1994 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, dispusieron las obligaciones de las AFP de ofrecer un servicio eficiente, eficaz, y oportuno a los usuarios, brindándoles la información necesaria para tomar la decisión de afiliarse y permanecer en el régimen pensional. Premisa que conforme a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible, pues, solo así, se entenderá que el asesor o promotor del fondo

pensional ha emitido un consejo, sugerencia o recomendación de manera completa en atención a las situaciones particulares del afiliado (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018; STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

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

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

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

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

En el presente asunto, ninguna confesión se colige del interrogatorio de parte surtido por 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.

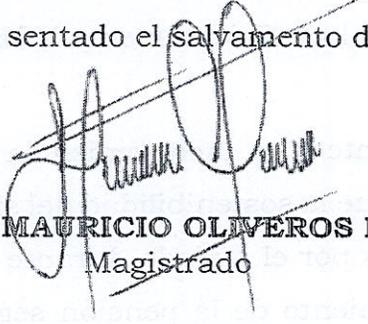
Finalmente, frente a la inconveniencia financiera del sistema pensional esbozada, considero que la sostenibilidad del sistema no se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión según los principios que 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*

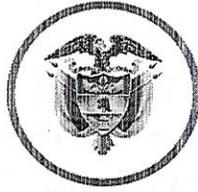
*o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones.”*

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

TSP-SALA LABORAL

54789 30OCT\*20 PM 3:18

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ALFONSO DELGADILLO MARÍN

DEMANDADO: COLPENSIONES

RADICACIÓN: 11001 31 05 033 2018 00370 01

**MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre 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 de la sentencia proferida el 16 de julio de 2020 por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá.

### ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se *declare* que es beneficiario del régimen de transición, y, que, por ello, le es aplicable el Acuerdo 049 de 1990; que la demandada al momento de liquidar su pensión no tuvo en cuenta la totalidad de las semanas cotizadas y demás factores salariales recibidos durante toda la vida laboral, por lo que es acreedor a una mesada en cuantía de \$1.177.304, como consecuencia de lo anterior, solicitó se condene a Colpensiones a re liquidar la pensión, a pagar el retroactivo pensional a partir del 24 de octubre de 2015, los intereses moratorios, los incrementos legales, lo ultra y extra petita las costas y agencias en derecho (f°4-6)

Para fundamentar sus peticiones, informó que Colpensiones le reconoció una pensión de vejez por medio de la Resolución SUB 282720 del 7 de

diciembre de 2017, en cuantía inicial de \$982.525, sin tener presente la totalidad de las semanas efectivamente cotizadas y ni los factores recibidos, por lo que debió aplicar una tasa de reemplazo del 90% (f.º 2-4).

Frente a esas pretensiones, COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de ellas, con fundamento en que al actor no le asiste derecho toda vez que el requisito de edad lo acreditó con posteridad al 31 de diciembre de 2014, por lo que no es posible reconocer la pensión bajo las disposiciones del régimen de transición.

Propuso las siguientes excepciones de mérito: inexistencia de la obligación, improcedencia de los intereses moratorios, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, prescripción y la genérica. (f.º 45-55)

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 16 de julio de 2020, absolvió a la encartada de las pretensiones elevadas en el libelo genitor y condenó en costas al demandante.

### **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

Dado que no se presentó recurso de apelación se surtirá el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante de conformidad con el inciso 1 del artículo 69 del C.P.T Y S.S. modificado por la Ley 1149 de 2007.

### **ALEGACIONES**

Presentó alegaciones la parte demandada COLPENSIONES.

El apoderado presenta poder de sustitución, por tal razón se le reconoce personería para actuar al dr. IVAN DARÍO BLANCO ROJAS identificado con la cédula de ciudadanía 80.221.256 y tarjeta profesional 205113.

### **CONSIDERACIONES**

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si el demandante tiene derecho a la reliquidación de su pensión de vejez, por encontrarse cobijado por el régimen de transición, en concordancia con las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990.

**Elementos de prueba relevantes:**

97

- A folio 17-34, resoluciones SUB 53 de enero de 2018, VPB 7263 del 23 de febrero de 2017, SUB 282720 del 7 de diciembre de 2017, GNR 28801 del 24 de enero de 2017, GNR 394721 del 30 de diciembre de 2016.
- A folio 56-62, historia laboral.

**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. Lo anterior, con el objetivo de mantener la supervivencia de normas especiales y preexistentes a la Ley general de seguridad social.

Dicho régimen fue limitado por el legislador a través del acto legislativo 01 de 2005, reforma que dispuso entre otros aspectos: i) que se respetarían los derechos adquiridos, ii) que el derecho a la pensión se adquiere o se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, esto es, que sería necesario cumplir con la edad y el tiempo de servicio o las semanas de cotización, según sea el caso y iii) que el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 no podría extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tuvieran cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendría dicho régimen hasta el año 2014.

Así entonces y de conformidad con las pruebas recaudadas y el reporte de semanas, se observa que el demandante inicialmente era beneficiario del régimen de transición, si bien, no por edad, porque al 1 de abril de 1994 contaba con la edad de 39 años, en tanto nació el 24 de octubre de 1957, si contaba con más de 15 años de servicios cotizados como se observa en la historia laboral, y por eso le era aplicable el acuerdo 049 de 1990.

De otro lado, se verifica que, a la vigencia de la reforma constitucional, esto es, al 29 de julio de 2005, el actor contaba con más de 750 semanas, por lo que también extendió el régimen de transición hasta diciembre de 2014.

De acuerdo con lo anterior, al revisar la historia laboral se determina que el señor Delgadillo Marín para esa calenda -2014- había cotizado un total de 1.668.86 semanas y de la información que reposa en los actos

administrativos se logra extraer que el actor nació el 24 de octubre de 1955, de manera que arribó a la edad de 60 años el mismo día y mes del año 2015.

Bajo ese horizonte, se concluye que la sentencia de primera instancia deberá ser confirmada, en la medida que si bien, no se desconoce que el actor cotizó un número importante de semanas, también es cierto, que la edad para acceder al reconocimiento pensional se cumplió hasta el año 2015, esto es, con posterioridad a la expiración del régimen de transición, por lo que no le asiste derecho al reconocimiento de la pensión bajo las previsiones del Acuerdo 049 de 1990, lo que de suyo trae aparejado la improsperidad de la reliquidación deprecada en la demanda.

En este punto conviene traer a colación lo enseñado por la Corte Suprema de Justicia cuando en sentencia CSJ SL7040-2017 explicó

*(...) Salta de bulto que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 perdió su vigencia el 31 de julio de 2010. Esa fue la regla general constitucional, respecto de la cual en ningún yerro de aplicación o interpretación incurrió el Tribunal, dado que de ella nada distinto es posible concluir, pues su tenor literal no deja asomo de duda sobre su contenido.*

*Y la sub regla prevista como excepción a la disposición de fenecimiento del régimen de transición al 31 de julio de 2010, es una y solo una: que de la fatal fecha se exceptúan quienes al 25 de julio de 2005 --fecha de publicación de la disposición en el diario oficial-- contaren con 750 semanas de cotización, pues a ellos se les extenderá el régimen de transición hasta el año 2014 --31 de diciembre, entiende la jurisprudencia--, de manera que si alguno de los requisitos les faltare por cumplir, ese será el plazo con el que contarán para obtener el derecho pensional. (...)*

En conclusión, si bien el demandante extendió el régimen de transición hasta el año 2014 por contar al 25 de julio de 2005 con las 750 semanas de cotización previstas en el Acto Legislativo 01 de 2005, no logró consolidar su derecho prestacional, como quiera que no cumplió la edad pensional, para el caso, 60 años, sino hasta el 24 de octubre de 2015, cuestión que por demás no fue discutida en este asunto.

En otro giro y en punto de los denominados derechos adquiridos, los mismos deben entenderse en propias palabras de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral como (...) “*aquellos que han entrado en el patrimonio de las personas y que no les pueden ser arrebatados o quebrantados por quien los creó o reconoció legítimamente.*(...)”

Así entonces, conviene precisar que los derechos adquiridos no se afectaron con la expedición del acto legislativo, porque para que estos se consoliden se requiere la causación de todos los requisitos señalados en la norma, que en el caso de las pensiones son edad y tiempo y/o semanas de cotización y

8

como se vio en el caso de autos, esa condición no se cumplió, en tanto el requisito de edad se configuró con posterioridad al 31 de diciembre de 2014.

Ahora bien, la jurisprudencia ha señalado que los requisitos de un régimen de transición se deben cumplir en vigencia de la norma que lo consagra, ejemplo de ello, la sentencia T-013 de 2011, de la Corte Constitucional en la que expuso *“la Corte también ha aclarado que para que se consolide el derecho en vía de adquisición, es necesario que las condiciones existentes para adquirirlo se cumplan antes de que opere el tránsito legislativo, lo que en términos más concretos quiere decir que los requisitos se deben consolidar antes de que entre en vigencia la nueva ley., (...)*

En ese contexto y dado que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, no queda más camino que confirmar 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:

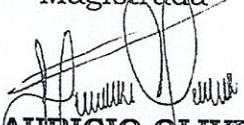
**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 16 de julio de 2020 por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

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

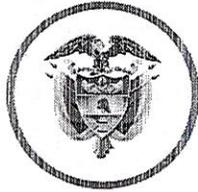
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

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





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

TSB-SALA LABORAL  
54880 30OCT'20 PM 3:28

PROCESO ORDINARIO LABORAL

**DEMANDANTE:** MARTHA HELENA MONTILLA COMBARIZA

**DEMANDADO:** COLPENSIONES, PORVENIR S.A. COLFONDOS S.A. y  
PROTECCION S.A.

**RADICACIÓN:** 11001 31 05 035 2019 00239 01

**MAGISTRADA PONENTE:** ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre 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 decidir el recurso de apelación presentado por la apoderada de la parte demandante contra la sentencia proferida el 14 de septiembre de 2020 por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá.

### ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare que fue inducida en grave error por parte de Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Protección al haber omitido información completa, veraz e imparcial sobre su decisión de trasladarse de régimen y fondo pensional; que la afiliación realizada a los diferentes fondos es ineficaz y, por ello, se encuentra vigente su afiliación en el Régimen de Prima Media con prestación definida, para que como consecuencia de lo anterior, se condene a los fondos encartados a comunicar a Colpensiones la ineficacia de dicha afiliación; a Colpensiones a tenerla como afiliada; a Protección a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes cancelados desde el 1º. de febrero de 1996, junto con los rendimientos que se hubieren

causado, al igual que su historia laboral en el RAIS; a las costas y agencias en derecho y lo ultra y extra petita. (f.º 4-5)

Frente a esas pretensiones, COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de las formuladas en su contra, teniendo en cuenta que la afiliación realizada por la demandante cuenta con validez en tanto obra como soporte de esta las cotizaciones efectuadas por la actora de manera libre, espontánea y voluntaria, además, no obra soporte alguno que demuestre lo contrario ni el vicio del consentimiento alegado por la gestora.

Presentó como excepciones de mérito las que denominó: validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la genérica (f.º 67-76)

COLFONDOS S.A. se opuso a las pretensiones en su contra alegando, en síntesis, que la parte demandante no especifica claramente en qué consistió la acción fraudulenta de esa administradora, pero si se está refiriendo al error de derecho, el cual de conformidad con lo preceptuado en el artículo 1509 del Código Civil no produce vicio del consentimiento; en cuanto al error de hecho, el mismo no aparece como cometido en el contrato celebrado entre las partes, ya que la parte demandante sí pretendió afiliarse al RAIS, sumado a que la afiliación se realizó de manera libre, espontánea y sin presiones luego de haber recibido toda la información y asesoría completa, necesaria y personalizada.

Presentó como excepciones de mérito las de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos. (f.º 100 -122)

A su turno, PROTECCION S.A. se opuso a las pretensiones en su contra con sustento en que el contrato celebrado con la demandante es plenamente válido y produjo efectos jurídicos, en razón a que confluyeron todos los elementos para su existencia y validez, en especial la manifestación de su voluntad, al tiempo que no existió un vicio del consentimiento ni se le ocultó información antes del momento de la firma ni al momento de afiliarse a esa AFP.

Presentó como excepciones de mérito las que denominó validez de la afiliación a Protección, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la innominada o genérica. (f.º 138-148)

Finalmente, PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones formuladas en su contra, bajo el argumento de que la afiliación de la demandante con Colpatria fue producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños como se constata en las diferentes solicitudes de vinculación diligenciadas por la actora, lo que demuestra la voluntad de permanecer en el RAIS, sumado a que siempre se le garantizó el derecho de retracto y a que la ineficacia que refiere el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, opera frente a actos que impidan o atenten contra el derecho de afiliación al sistema, es decir, contra conductas dolosas, que en este caso ni se alegan ni se acreditan por parte de la demandante. Sin perjuicio de lo anterior, la actora pretende desconocer la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la ley 797 de 2003.

Presentó las siguientes excepciones de mérito: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica (f.º 201-248 y 258)

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 14 de septiembre 2020, absolvió a las encartadas de las súplicas de la demanda.

### **RECURSOS DE APELACION**

La apoderada de la parte actora presentó recurso de apelación indicando que el hecho de que la demandante hubiere laborado durante un mes con COLFONDOS en el cargo de directora comercial no la hace conocedora de todo el producto pensiones y de las implicaciones, beneficios e inconvenientes que conllevaba afiliarse a dicho fondo, sumado a que las demandadas no acreditaron haber suministrado una adecuada información.

### **ALEGACIONES**

Los apoderados de la parte demandante y demandada: Porvenir y Colpensiones presentaron alegaciones finales.

Reconocer personería adjetiva a la Dra Leidy Carolina Fuentes Suarez identificada con C de C N 1.049.614.551 y T.P. 246.554 del C.S de la J., como apoderada sustituta de Colpensiones.

## 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 folio 19, cédula de ciudadanía que da cuenta que la demandante nació el 20 de febrero de 1961
- A folio 20-24, historia laboral en Protección.
- A folio 25-26 historia laboral en Colpensiones.
- A folio 32 vto, 33, 38-39, 149, 250 -252, solicitud de vinculación ante Colfondos, Protección, Colpatria y Porvenir
- A folios 123 y 150, registro SIAFP
- A folio 173, cálculo pensional realizado por Protección.
- A folios 176, desistimiento de trámite pensional.
- A folio 253, comunicados de prensa.
- Interrogatorio de parte a la demandante.

#### Caso Concreto

La apoderada de la parte actora sostiene que el hecho de que la demandante hubiere laborado durante un mes con COLFONDOS en el cargo de directora comercial no la hace conocedora de todo el producto pensiones, ni de las implicaciones, beneficios e inconvenientes que conllevaba afiliarse a dicho fondo, de suerte que la sentencia de primera instancia deberá ser revocada, en la medida que los fondos convocados no acreditaron haber suministrado una adecuada información a su prohijada.

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.

No se encuentra en 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 confiesa en los hechos de la demanda y se acredita en el plenario, y para el año 1994 en que acaeció dicho traslado, la promotora contaba con la edad de 33 años, y 355-29 semanas cotizadas al sistema, según se registra en las instrumentales que corren a los folios 25-26, además, 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, al no contar con 55 años de edad ni pensión de invalidez, 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.

De la exposición de la demandante en el interrogatorio se puede 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.

En relación con la presunta falta de información suficiente al momento del traslado, es de anotar, que al valorarse las pruebas obrantes en el proceso aplicando los criterios de la sana crítica y el principio de comunidad de la prueba, en el presente caso se desvirtúa la omisión de información ya que es la misma demandante quien en su interrogatorio refirió que fue contratada por Colfondos como directora comercial para liderar un equipo de vendedores con el objetivo de traer afiliados al fondo de pensiones, y aun cuando fue enfática al indicar que en ejercicio de su cargo no conoció las características propias del régimen de ahorro individual porque solo se encargaba de las estrategias de ventas a los vendedores, cabe mencionar que esa afirmación se desdibuja con lo expuesto en los hechos de la demanda, donde aceptó de un lado que recibió una asesoría (hecho 6), que se relacionaba entre otros aspectos con que se podía pensionar de manera anticipada y con un valor que no afectaría sus expectativas (hecho 9), esto es, dio cuenta de aspectos propios del régimen de ahorro individual, por lo que no se observa que la parte demandada hubiese incumplido el deber de información aplicable al momento del traslado.

De tal manera que para que la demandante pudiera valorar que se podía pensionar de manera anticipada y con un monto igual o superior al que podría obtener en el régimen que se encontraba afiliada, tuvo que conocer que en el régimen que administraba el seguro social debía cumplir unos

requisitos entre ellos el de edad y en segundo lugar que el monto se establecía a partir de unos supuestos que no podía modificar.

De lo expuesto, se puede colegir que a la demandante, no solo en ejercicio de su cargo como directora comercial del área de pensión, sino como afiliada, se le entregó la asesoría sobre los regímenes, ahora que no recuerde todos los aspectos puntuales, no implica que no se le hubiere entregado la información porque es válido señalar que de acuerdo a las reglas de la sana crítica las personas tienden a recordar los motivos que las llevaron a tomar la decisión y no los aspectos por los que no escogieron la otra alternativa o les pareció irrelevantes.

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), 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.

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.

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 conformidad con el artículo 1509 del Código Civil.

El error de hecho se descarta porque no existe discordancia entre el objeto del acto jurídico pretendido y el acto jurídico que efectivamente ocurrió, cual fue el traslado de régimen de pensiones.

De otro lado, no se alega la existencia de dolo o fuerza, ni el traslado de régimen constituye 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

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, tal como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015 para actuaciones administrativas.

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.

Respecto de la 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.

Pero si se analizara esa 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, porque señala que es una forma de atentar contra el derecho al trabajador a una afiliación libre, lo cual se consagra en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852) no le competiría a la jurisdicción definir su ocurrencia o no por el mismo mandato legal.

Nótese que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852, sustenta la ineficacia en sentido estricto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma especial sobre la materia del Sistema de Seguridad Social Integral.

En la anterior sentencia reitera lo expuesto en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 y en las que

“... precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la *ineficacia en sentido estricto* o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando *«el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto»*.

Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro”. (cursivas y negrillas propias del texto)

De tal manera que al aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o

restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga la reiteración la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión sobre la ineficacia en ese sentido no requiere de intervención judicial, no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

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

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

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque 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.

Por último, 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.*

TC

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.

Lo anterior se corrobora con lo expuesto en la demanda sobre la posible diferencia de las mesadas pensionales en los dos regímenes, al señalar que en el Régimen de Ahorro Individual sería la suma de \$1.557.849 y en el régimen de Prima Media la suma de \$3.481.377, cuya diferencia, esto es, la suma de \$1.923.528 mensual sin contar con los incrementos anuales estaría a cargo del fondo común que administra el régimen de prima media y al que no aportó la demandante, esto es, que en realidad contribuiría a la desfinanciación de dicho régimen, porque el traslado del monto de la cuenta individual de la demandante no cubre el riesgo que se liquidaría con las reglas del régimen del Prima Media.

La circunstancia sobre la diferencia entre las mesadas es lo que realmente motiva esta acción y no la posible desinformación, y frente al monto de la mesada se tiene que esta no afecta los derechos del trabajador ya que el mínimo que se garantiza es el derecho a la pensión y el monto mínimo de la mesada pensional y no los valores superiores a ese mínimo legal, por lo que el posible monto de la mesada pensional que se define al momento de causar y ser exigible la mesada pensional no se constituyen en causales de nulidad o ineficacia o inexistencia de los actos jurídicos de traslado entre regímenes.

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; aunado a que no se dan los presupuestos jurisprudenciales ni legales para declarar la ineficacia del traslado y no se prueban vicios del consentimiento consagrados en las normas legales antes citadas, 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 14 de septiembre de 2020 por el Juzgado Treinta y Cinco (35) 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  
(Con salvamento de voto)

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



### SALVAMENTO DE VOTO

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que en el caso bajo estudio, **la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad demandada**, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró haber brindado 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.

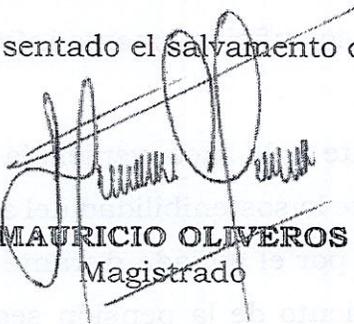
Finalmente, frente a la inconveniencia financiera del sistema pensional esbozada, considero que la sostenibilidad del sistema no se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión según los principios que 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*

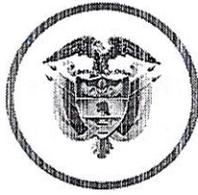
*o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones.”*

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



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

T5B-SALA LABORAL  
54792 30OCT\*20 PM 3:19

## **PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** CLAUDIA MARCELA OVALLE ROJAS

**DEMANDADO:** COOTRADIAN

**RADICADO:** 11001 31 05 036 2018 00304 01

**MAGISTRADA PONENTE:** ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre 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 interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 31 de julio de 2020 por el Juzgado Treinta y seis (36) 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 desde el 1 de octubre de 2005 hasta el 18 de agosto de 2016, el cual terminó sin justa causa; que como consecuencia de lo anterior, se declare sin valor ni efecto la terminación del contrato de trabajo del 18 de agosto de 2016; como quiera que la demandada no cumplió con la obligación de informar a la trabajadora el estado de pago de las cotizaciones de Seguridad Social y parafiscales sobre los salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato por lo cual se debe condenar a la demandada al pago de los salarios que ha dejado de

percibir, prestaciones o indemnizaciones distintas a las pedidas cuando resulten probadas y pago de costas y gastos del proceso.

Y como pretensión subsidiaria: se declare que la demandada debe pagar por concepto de indemnización por la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa la suma de \$13'478.425 más los intereses e indexaciones a que haya lugar.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: El 1 de octubre de 2005, la demandada contrató sus servicios mediante un contrato individual de trabajo a término fijo de seis meses, para desempeñar el cargo de secretaria general; como salario se pactó la suma de \$471.000; mediante Otro Sí del 1 de octubre de 2009, la empleadora convirtió el contrato inicial en un contrato a término indefinido; la demandante prestó sus servicios inicialmente como secretaria, posteriormente, en los distintos cargos a los que fue promovida por su empleador, de manera personal e ininterrumpida hasta el 18 de agosto de 2016. Durante el término que se desempeñó como Coordinadora Académica del Centro de Estudios COOTRADIAN siempre se destacó por su colaboración, dedicación y compromiso con sus labores, al punto de ser felicitada por los directivos en varias oportunidades; el 21 de noviembre de 2014, por motivos de su licencia de maternidad, la demandada entregó su cargo de Coordinadora Académica a la señora Diana Pilar Caicedo Montaña, quien fue encargada para desempeñar dichas labores.

El 24 de marzo de 2015, cuando se reintegró después de su licencia de maternidad, fue designada en el cargo de Coordinadora de Bienestar del Centro de Estudios Félix J. Liévano Baraya de COOTRADIAN, cargo que desmejoró sustancialmente sus condiciones laborales; El 26 de junio de 2015, como una forma de subsanar las desmejoras en sus condiciones laborales, la demandante fue designada como directora (Encargada) del Centro de Estudios Félix J. Liévano Baraya; el 5 de agosto de 2015, le informaron que su encargo iría hasta nueva orden; el 30 de noviembre de 2015, le informaron que pasaría a ocupar nuevamente el cargo de Directora Académica del Centro de Estudios, cargo que había ocupado anteriormente hasta antes de iniciar su licencia de maternidad, causándole nuevamente una desmejora en sus condiciones laborales, como quiera que su salario se vio sustancialmente reducido al valor que devengaba cuando inició su licencia de maternidad; a mediados del mes de enero de 2016, cuando inician las labores en el Centro de Estudios, después de las vacaciones colectivas, le informan al personal que la nueva directora administrativa era la señora Alejandra Romero, quien había sido contratada tres o cuatro

meses antes para el cargo de Coordinadora Comercial, cuando la demandante se desempeñaba como directora encargada. A partir del mes de enero de 2016, el gerente y representante legal de la demandada, inicia una persecución y acoso laboral en contra de la demandante, haciendo llamados de atención por cualquier cosa, la señora Alejandra Romero inicia su licencia de maternidad, por lo que debió asistir a la Dirección en su ausencia, como quiera que no fue designada ninguna otra persona para su reemplazo, y por el mismo salario, a finales del mes de enero de 2016, también fue eliminado el cargo de la Secretaria, por lo que la demandante también se vio obligada a asumir ciertas funciones de dicho cargo, el gerente de la demandada informó a la demandante que ahora su jornada laboral sería de lunes a jueves de 2:00 p.m. a 10:00 p.m., viernes de 1:00 p.m. a 9:00 p.m. y sábados de 7:00 a.m. a 1:00 p.m., por lo que la demandante sintió que era una forma de presión para que ella presentara su renuncia.

El 22 de febrero de 2016, encontrándose en licencia de maternidad, la señora Alejandra Romero hace unos ajustes y envía un correo electrónico a la demandante con copia al gerente, indicándole cuales eran sus funciones, en la que se encuentra "Asistir a la Dirección en el ejercicio de sus funciones y cumplir las tareas que se le asignen"; finalizada su licencia de maternidad, la señora Romero presentó su renuncia; y el gerente nombró como nueva directora a la señora Jacqueline Ibáñez Pinzón, quien en el año 2011, había sido denunciada por la demandante por acoso laboral ante las directivas, investigación que arrojó resultados a favor de la demandante; la nueva directora persistió con su acoso laboral en contra de la demandante, esta vez, apoyada por el gerente, imponiéndole tareas abiertamente innecesarias e improcedentes; el 18 de agosto de 2015, el gerente le terminó el contrato de trabajo con justa causa bajo argumentos no demostrados. (fls. 83-89 y 99-101)

Frente a esas pretensiones, **COOTRADIAN** se opuso parcialmente argumentando que la desvinculación de la demandante se realizó reuniendo los parámetros de justa causa consagrados en el Código Sustantivo del Trabajo y los manuales de funciones; de la misma manera al terminar la relación laboral se le canceló la liquidación de prestaciones sociales y se encontraba al día en el pago de seguridad social integral; la demandante fue despedida por incumplimiento de las funciones y obligaciones contractuales, toda vez que en reiteradas oportunidades se le solicitó que cumpliera con los lineamientos de la entidad. Presentó como excepciones de fondo las de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales e indebida acumulación de pretensiones, pago de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción. (118-128).

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 31 de julio de 2020, absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, condenó en costas a la demandante, incluyendo en su liquidación la suma de \$500.000 a título de agencias en derecho.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

La parte demandante presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente solicitando se estudie todo el material probatorio que da cuenta que la demandante prestó sus servicios dentro del horario establecido por lo cual no daba lugar a la terminación del contrato de trabajo.

### **CONSIDERACIONES**

#### **PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si existió la justa causa endilgada a la señora Claudia Marcela por incumplimiento de horario en caso negativo la Sala analizará si la demandante tiene derecho a la indemnización por despido sin justa causa.

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

- A folios 3-4, contrato individual de trabajo a término fijo inferior a seis meses.
- A folio 5, otro si al contrato de trabajo No. 016.
- A folios 6, 136, reconocimiento y agradecimiento por labor desempeñada, marzo 7 de 2011.
- A folio 7 - 8, horario de servicio, 31 de octubre de 2013.
- A folios 9-11, 21-22, 34-35, manual de funciones.
- A folios 12, 137, felicitación del 1 de julio de 2014.
- A folios 13-19, acta de entrega de coordinación académico por licencia de maternidad.
- A folio 20, designación en propiedad como Coordinadora de Bienestar, 24 de marzo de 2015.
- A folios 23-25, designación como encargada en la Dirección del Centro de estudios, 26 de junio de 2015, prorrogación y terminación del 30 de noviembre de 2015.

- A folios 26-28, 36-38, 41-44, 67-71, 138-145, memorandos y respuestas.
- A folio 30, modificación jornada laboral, 28 de enero de 2016.
- A folios 31-34, solicitud corrección de diploma, 22 de febrero de 2016.
- A folios 39-40, carta de compromiso de pago, 20 de enero de 2016.
- A folio 45, carta dirigida al Comité de Convivencia.
- A folios 46-47, citación a descargos del 9 de agosto de 2016.
- A folios 48-66, diligencia de descargos, 10 de agosto de 2016.
- A folios 72-75, notificación terminación contrato por justa causa, 18 de agosto de 2016.
- A folios 76, 146, liquidación de prestaciones sociales.
- A folio 77, certificado laboral.
- A folios 147-148, respuesta a queja, 22 de octubre de 2010.
- A folio 149, citación formal por clima laboral y disciplina de trabajo, 16 de septiembre de 2010.
- A folios 150-163, planilla integrada autoliquidación aportes.
- A folios 164-171, registro biométrico de la jornada laboral.

### **Caso Concreto**

En relación con la justa causa de terminación del contrato, se tiene que la carta de despido señaló que la conducta de la ex trabajadora se adecuó en la causal prevista en el numeral 1° artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo

Sustentando la anterior decisión en el incumplimiento de sus funciones y entre estas la inobservancia del horario que es la causal objeto de reproche por parte del recurrente.

El artículo 58 del C.S.T., numeral 1° indica que es obligación especial del trabajador, "Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular la impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido"

En primer lugar, la Sala debe precisar que ante el evento de la discusión entre las partes sobre la ocurrencia del despido, la jurisprudencia ha sido clara y reiterada al indicar como debe asumirse la carga probatoria que le incumbe a cada una de las partes, (Sentencias SL562-2018 -Radicación n.° 64074 del 7 de marzo de 2018, SL2954-2018 -Radicación n.° 65872 del 25 de julio de 2018, SL2949-2018 - Radicación n.° 56181 del 25 de julio de 2018 y Radicación 29.213 del 14 de agosto de 2007); de tal manera que al

trabajador le corresponde asumir la prueba en torno a demostrar que efectivamente el finiquito contractual devino por la decisión unilateral de una de ellas, en tanto que al empleador le corresponde demostrar que dicha decisión se fundamentó en una de las justas causas consagradas en las normas sustantivas y que tal causa le es atribuible o imputable al trabajador.

Bajo ese panorama, se encuentra por fuera del debate probatorio que la trabajadora asumió cabalmente la carga de la prueba que le correspondía, ya que demostró que fue la empresa quien tomó la decisión de terminar su contrato de trabajo. (fol. 72 - 75).

En la carta de terminación del contrato, citada de 18 de agosto de 2016, se establece que la decisión de la empleadora de finalizar el contrato de trabajo se soportó en el incumplimiento por parte de la trabajadora de sus obligaciones laborales, en especial las contempladas en el artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo, por no observar los preceptos de la ley, su contrato, al incumplir a cabalidad sus funciones del cargo, fundamento su terminación en: i) se negaba a realizar las labores en los términos estipulados, sin acatar órdenes e instrucciones, ii) incumplimiento de las funciones establecidas en el manual, iii) no realizó la asignación y administración de docentes y iv) incumplimiento de horario.

En ese orden de ideas, se analizarán los medios probatorios incorporados encontrando lo siguiente:

El representante legal de la encartada manifestó que la actora conocía del cumplimiento del horario que este podía ser modificado periódicamente conforme las necesidades para la atención de los estudiantes y docentes, modificaciones que siempre quedaron plasmadas por escrito.

La demandante en su interrogatorio confesó que llegó en ocasiones tarde a su lugar de trabajo en el mes de mayo de 2016, ya que para la época se presentaron muchas manifestaciones en el centro de la ciudad, reiteró que en el último año se presentó variación en el horario por el acoso recibido por parte del Dr. Luis Antonio Rojas, que a pesar de haberse hablado que no era necesario la atención hasta las 10 pm se le imponía este horario.

El señor Alejandro Ortegón expuso que ejerció el cargo de celador de la institución, que veía que la actora cumplía horario hasta las 8 y no conoce claramente las razones del despido ya que para la fecha en que ocurrió ya no laboraba en la entidad.

A su turno, la señora Sandra Milena Sánchez señaló que trabajó con la demandante que en ocasiones está se ausentaba de su lugar de trabajo y ella era quien recibía los documentos de los alumnos, que conoció que se le modificó el horario ya que la parte académica requería de ella en diferentes jornadas.

Los testigos José Alonso López y Ángela Janet Ardila no se refirieron a las situaciones relacionadas directamente con el cumplimiento del horario por parte de la actora.

A folio 30, reposa comunicación dirigida a la demandante mediante la cual se informó la modificación del horario a partir del 16 de febrero de 2016, en la que si bien se indicó el nuevo horario de lunes a jueves de 2:00 pm a 10:00 pm, los viernes de 1:00 pm a 9:00 pm y sábados de 7:00 am a 1:00 pm, también a mano alzado se escribió que el horario sería de lunes a viernes de 1:00 pm a 8:30 pm y sábados de 7 :00 am a 2:00 pm, documento que no fue desconocido por la encartada y, que concuerda con lo manifestado en los interrogatorios donde indican que los horarios eran modificados y se dejaba constancia por escrito.

A folios 48-66, milita diligencia de descargos de 10 de agosto de 2016, en la que se dejó constancia de que la actora ostentaba el cargo de coordinadora académica, que en una reunión le informaron la suspensión de la jornada diurna en razón al plan de contratación y mejoramiento del centro de estudios, hecho que guarda relación con la modificación del horario asignado a la actora durante el año 2016.

A folios 164-171, reposa el registro biométrico de la jornada laboral de la demandante, en donde se evidencia el incumplimiento constante del horario de trabajo, pues se observa que a partir del 16 de febrero su jornada iniciaba a la 1:00 pm y terminaba a las 8:30, y de los reportes se observa que la señora Claudia desde el mes de julio incumplió con el horario de salida, ya que se retiraba de la institución entre 20 y 25 minutos antes de la hora estipulada en la comunicación ya referenciada, y si en gracia de discusión se tomará en cuenta el horario manifestado por la demandante en la diligencia de descargos de 12:00 a 8:00 pm, tampoco se cumplió con el mismo, pues se evidencia que siempre llegaba en un horario que oscilaba entre las 12:35 a 12:46.

Así las cosas, se concluye, primero, que la demandante incurrió en la falta endilgada, la cual al valorar los elementos y las funciones asignadas a la

demandante tiene la calidad de grave, en la medida que su función estaba interrelacionada con los estudiantes a quienes debía atender; aunado a que la asignación del horario no es una facultad exógena al empleador quien por el poder subordinante tiene la facultad de establecer el horario de trabajo y modificarlo, segundo, las conductas en que incurrió la demandante le fueron dadas a conocer a la demandante en la carta de terminación del contrato de trabajo y se sustentan en las pruebas aportadas al proceso, por lo que se considera que el contrato terminó con justa causa y por ello, se **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**

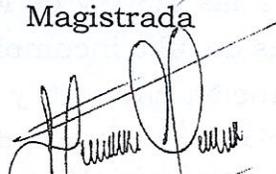
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 31 de julio de 2020 por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

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

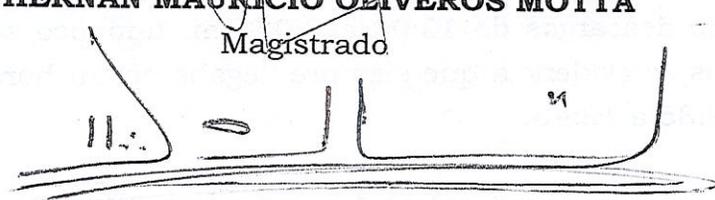
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Magistrada

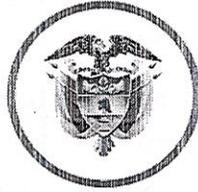
  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

Magistrado

  
**DAVID A. J. CORREA STEER**

Magistrado

120



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

TSB-SALA LABORAL  
54790 36007-20 PA 3-18

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** LUIS EVELIO ACUÑA VIZCAYA

**DEMANDADA:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

**RADICADO:** 11001 31 05 037 2018 00585 01

**MAGISTRADA PONENTE:** ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre 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 los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante, y demandada, Colpensiones y Megataxi contra la sentencia proferida el 29 de mayo de 2020 por el Juzgado Treinta y siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá.

**ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende que se condene a Colpensiones a liquidar las sumas actualizadas (cálculo actuarial) de acuerdo con el salario que devengaba el demandante en el periodo comprendido entre el 3 de agosto de 2007 al 5 de agosto de 2011, periodo durante el cual laboró para la empleadora María Cristina Valencia Pareja; por lo cual está última debe transferir a Colpensiones el cálculo actuarial, y pagar al demandante la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. como resarcimiento por el no pago oportuno de las prestaciones hasta la fecha en la que se verifique su pago, como consecuencia de lo anterior, se condene a Colpensiones a reconocer la pensión de vejez del demandante a partir del

1º. de agosto de 2012, bajo los parámetros y condiciones del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo establecido por el Decreto 758 de 1990; a liquidar y pagar la pensión de vejez del demandante teniendo en cuenta una tasa de reemplazo equivalente al 75% del IBL, sobre los aportes efectuados durante los últimos 10 años cotizados; al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a favor del demandante, a partir del 1 de agosto de 2012, hasta la fecha en que se verifique su pago; a las sumas adeudadas debidamente actualizadas, de conformidad con certificación expedida por el DANE; a la demandada a las costas y agencias en derecho y lo que se encuentre probado a lo extra y ultra petita.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: El 11 de abril de 2018, el demandante solicitó reconocimiento de la pensión de vejez ante Colpensiones sumando las semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones y el tiempo laborado que no fue cotizado por omisión del empleador, arrojando un total de 1.083 semanas; que la empleadora María Cristina Valencia Pareja no realizó la respectiva afiliación al Sistema de Seguridad Social correspondiente al periodo comprendido entre el 3 de agosto de 2007 y el 5 de agosto de 2011, tal y como se verifica en la certificación laboral expedida por el empleador; que nació el 22 de julio de 1951; a la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, esto es, al 1 de abril de 1994, contaba con más de 40 años de edad y con 826 semanas cotizadas al 25 de julio de 2005; cumplió los 60 años de edad el 22 de julio de 2011. El 26 de junio de 2018, realizó reclamación administrativa ante Colpensiones. (fls. 2-12 y 42-55)

Frente a esas pretensiones, **COLPENSIONES** se opuso a todas argumentando que en la historia laboral del demandante no existe afiliación por parte del empleador María Cristina Valencia Pareja y en este sentido no le asiste derecho al demandante a la pretensión solicitada, además, el demandante no acredita los requisitos mínimos para conservar el régimen de transición en los términos del Acto Legislativo 01 de 2005, además de encontrarse probado que le asiste derecho al demandante es el empleador quien debe transferir el valor del cálculo actuarial. Presentó como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa respecto de la parte pasiva, prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, no configuración del derecho al pago de indexación, buena fe, innominada o genérica y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público. (Fls. 68-79).

Por su parte, la **COOPERATIVA MEGATAXI LTDA DE TRANSPORTES Y USUARIOS**, empresa que fue vinculada al proceso, se opuso a todas las pretensiones argumentando que no se puede condenar a la entidad teniendo en cuenta que el demandante solamente prestó sus servicios a favor de la señora María Cristina Valencia Pareja, mediante la modalidad de relevos, es decir, por ciertos turnos no siendo permanentes. Presentó como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, inexistencia de subordinación como elemento esencial de contrato de trabajo, ausencia de una conducta dolosa, prescripción, buena fe y excepción genérica. (Fls.105-111 y 160-167)

### DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 29 de mayo de 2020, declaró que entre las partes existió una relación laboral a término indefinido, que se desarrolló entre el 3 de agosto de 2007 y el 5 de agosto de 2011; condenó a la Cooperativa Megataxi Ltda. a reconocer y pagar ante Colpensiones el cálculo actuarial que se calculará con base en un SMLMV, por el periodo de duración de la relación laboral; por lo tanto, una vez ejecutoriada la decisión se contará un término de 15 días hábiles para que la Cooperativa solicite ante Colpensiones la elaboración de cálculo actuarial con base en los parámetros indicados; declaró solidariamente responsable de la condena a la demandada María Cristina Valencia Pareja; ordenó a Colpensiones a efectuar cálculo actuarial en el término de 15 días hábiles; declaró que el demandante es beneficiario del Régimen de Transición, por lo cual, le es aplicable el reconocimiento pensional bajo Ley 71 de 1988 a partir del 31 de agosto de 2018 con el SMLMV, en trece mesadas pensionales al año, y deberá reconocerle la suma de \$18'208.711; absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra por el demandante y sin costas.

### APELACIÓN

Las partes en la oportunidad procesal correspondiente presentaron recurso de apelación con sustento en los siguientes argumentos:

**Demandante:** solicita el cambio de la fecha de causación del derecho pensional a partir del 1°. de agosto de 2012, o desde la fecha en que se realizó la reclamación administrativa es decir el día 26 de junio del año 2018.

**Colpensiones:** indicó que el actor no es beneficiario del régimen de transición y que no se le pueden computar las semanas no cotizadas por el empleador ya que estas son posteriores al acto legislativo 01 de 2005 y se están sumando tiempos simultáneos.

**Cooperativa megataxi LTDA de transportadores y de usuarios:** indica que del acervo probatorio se puede evidenciar que el actor no prestó los servicios de manera continua ni subordinada, requisito indispensable para declarar una relación laboral y no se demostró que el actor tuviera relación directa con la cooperativa.

### **ALEGACIONES**

Presentaron alegaciones los apoderados de las partes demandante, demandada: Colpensiones y vinculada: Megataxi, 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.

### **CONSIDERACIONES**

#### **PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo, para lo cual se analizarán sus elementos constitutivos.

En caso afirmativo se establecerá la procedencia del cálculo actuarial por mora del empleador y el reconocimiento pensional.

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

- A folio 14, cédula de ciudadanía que da cuenta el demandante nació el 22 de julio 1951.
- A folios 16-17, derecho de petición, Radicado No. 2018\_3997123, 11 de abril de 2018.
- A folios 18-19, derecho de petición, Radicado No. 2018\_7377908, 20 de junio de 2018.
- A folios 21-26, reporte de semanas cotizadas a Colpensiones.
- A folios 27-32, certificado de información laboral para bono pensional 1,2,3.

- A folio 34, certificación laboral.
- A folio 38, conteo de tiempo cotizado.
- A folios 118-138, tarjetas de control.
- A folio 139, constancia de conducción del vehículo WTO-435.

### Caso Concreto

Es importante anotar que la parte actora en su demanda pretendió únicamente la declaratoria de la existencia de una relación laboral con la señora MARÍA CRISTINA VALENCIA PAREJA, consecuentemente, el pago del calculó actuarial por el periodo comprendido entre el 3 de agosto de 2007 al 5 de agosto de 2011.

Que el Juez de primera instancia de manera oficiosa ordenó la vinculación con la Cooperativa Megataxi al considerarlo pertinente, en razón a que el taxi de placa WTO 435 de propiedad de la señora María Cristina Valencia Pareja estaba afiliado a la mencionada cooperativa, en ese orden, lo primero que entrara la Sala a estudiar es sí la relación entre el actor y la señora Cristina cumple con las características propias de un contrato de trabajo; en caso afirmativo, se estudiara la normatividad aplicada por el A quo que dio lugar a la condena objeto del recurso de alzada.

Así las cosas, el artículo 23 del Código Sustantivo de Trabajo señala que existe contrato de trabajo cuando se acredita la prestación personal del servicio, la continuada subordinación jurídica y una retribución como salario. A su turno, el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo presume que toda prestación personal del servicio está regida por un contrato de trabajo.

Conforme a lo anterior, pasa el Tribunal a analizar las pruebas recaudadas, para determinar si se acreditan los requisitos del artículo 23 del CST que definen el contrato de trabajo, encontrándose de ellas que se acredita que el demandante cumplió la carga de la prueba sobre la prestación del servicio como lo señala la jurisprudencia en Sentencia SL102-2020 – Radicación n.º 72722 del 29 de enero de 2020 y sentencia 36549 del 5 de agosto de 2009, lo cual da lugar a que se active a su favor la presunción legal contenida en el artículo 24 del CST, la cual debía ser desvirtuada por la parte demandada tal y como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral entre otras, en la Sentencia SL8159-2016, Radicación n.º 47385 del 8 de junio de 2016.

Para determinar la naturaleza de la relación entre las partes, se debe verificar el conjunto de pruebas, respecto de los cuales al aplicar las reglas de la sana crítica se establece lo siguiente:

A folios 3, reposa certificación expedida por la señora María Cristina Valencia Pareja donde señala que el actor prestó sus servicios como conductor del taxi WTO 435 desde el 3 de agosto de 2007 hasta el 5 de agosto de 2011, lo que en principio acredita la tesis del señor ACUÑA VIZCAYA, consistente en que entre las partes existió un contrato de trabajo.

A folios 118 a 138, militan tarjetas de control, donde se aprecia, en primer lugar, que en relación con el vehículo WTO 435 de propiedad de la demandada durante el periodo de mayo a noviembre de 2007; abril a diciembre de 2008; marzo a abril y junio a noviembre de 2009; mayo a junio de 2010 y enero a septiembre de 2011, solamente se expidió una vez el tarjetón a nombre del demandante (fol. 121) y en segundo lugar, que para el mes de mayo y junio de 2011 el actor manejo el vehículo de placas WTP 805, que no es de propiedad de la señora Cristina.

A folio 139, reposa constancia del jefe de transporte de la Cooperativa donde indica quienes fueron los conductores del vehículo de propiedad de la señora Cistina durante el periodo comprendido entre el 15 de mayo de 2007 al 10 de septiembre de 2011, indicando que el actor solo prestó su servicio como conductor durante el periodo 3 de agosto a 10 de septiembre de 2007.

De lo anterior, se colige que el actor no podía prestar servicios como conductor durante el tiempo señalado ya que para dicha data este era conducido por otros conductores.

Adicionalmente, del testimonio rendido por el señor José Leonel Durán Calderón, se puede evidenciar que el actor realizaba actuaciones de conductor y como administrador del taxi, ya que podía disponer del automóvil y entregarlo a los conductores para manejarlo, desvirtuándose la prestación personal del servicio durante toda la vigencia del contrato como conductor, que era el demandante a quien los conductores le entregaba el producido, es más el testigo indicó que en las ocasiones que realizó relevo le entregaba el dinero al actor y este a la propietaria, el actor era el encargado de estar pendiente del vehículo tanto en documentos como mantenimiento, y en ocasiones realizaba relevos a otros propietarios de vehículos afiliados a la Cooperativa como lo fueron los señores Miguel Humberto Poveda, Rodríguez y Sandra Elena Ramírez. Igualmente, indicó que la cooperativa solicita la tarjeta como conductor a quien maneja el vehículo por ser

199

obligatoria para las autoridades de tránsito y nótese que a este solo se le suministro la misma durante el periodo comprendido entre el 3 de agosto y el 10 de septiembre de 2007.

En ese orden de ideas, dada las normas que regulan el transporte público, entre ellas, la Ley 336 de 1996, artículo establece: «Los conductores de los equipos destinados al servicio público de transporte serán contratados directamente por la empresa operadora de transporte, quien para todos los efectos será solidariamente responsable junto con el propietario del equipo.»

De tal manera que al acreditarse que el demandante solo ostentó la calidad de conductor durante el periodo antes señalado, del 3 de agosto y el 10 de septiembre de 2007, se modificara la condena a cargo de la empresa COOPERATIVA MEGATAXI LTDA DE TRANSPORTES Y DE USUARIOS, el periodo restante del 11 de septiembre de 2007 hasta el 31 de enero de 2011 le corresponderá a la demandada María Cristina Valencia Pareja pagar el respectivo cálculo actuarial, en la medida que ya de antaño la jurisprudencia ha señalado que el contenido de las certificaciones de trabajo expedidas por el empleador se deben tener como cierto, pues no resulta entendible que se falte a la verdad y se plasme esa situación en un documento que pueda comprometer la responsabilidad patrimonial del convocado a juicio, entre otras, en las sentencias SL064-2020- Radicación No. 64314 y SL6621-2017 - radicación No. 49346, aunado a que en el presente caso la demandada no realizó actuación alguna tendiente a desvirtuar dicha certificación.

No se ordena el pago sobre los periodos correspondientes a febrero de 2011 a 5 de agosto de 2011 en la medida en que se observa que el demandante fue beneficiario del régimen subsidiado para lo cual debió argumentar la falta de vinculación laboral porque de lo contrario no se le había otorgado dicho beneficio.

En ese orden de ideas, se modificará la sentencia apelada.

Ahora respecto de la condena sobre el reconocimiento de la pensión de vejez teniendo en cuenta el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 71 de 1988, Se encuentra que 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 contarán con 750 semanas a quienes se les extendió hasta el año 2014.

Revisadas las pruebas respecto del marco normativo anterior, se observa que el demandante, en efecto, al 1° de abril de 1994 contaba con más de 42 años de edad (fl.14), siendo así beneficiario del régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993. Aunado a ello, el demandante cumplió el requisito de los 60 años de edad el 22 de julio de 2011, porque nació el mismo día y mes del año 1951, tal como se constata en la copia de la cédula de ciudadanía (fl. 14) y extendió el régimen de transición hasta el año 2014 porque a la entrada en vigencia del acto legislativo 1 de 2005 contaba con más de 750 semanas cotizadas al sistema.

La expectativa pensional se cumple respecto de los marcos normativos ley 71 de 1988 y Acuerdo 049 de 1990.

En cuanto a la Ley 71 de 1988, revisado el material probatorio adosado al expediente, se constata que la demandante cotizó a COLPENSIONES de manera interrumpida entre el 28/02/1972 hasta 31/07/2012 un total de 728,43 semanas (fl. 25), prestó sus servicios en el Ministerio de defensa nacional desde el 9/01/1970 hasta 30/11/1971, para un total 691 días equivalentes a 98,71 semanas (fl 27 a 29) y para la Beneficencia de Cundinamarca desde el 22/06//1978 hasta el 5/012/179, para un total 532 días, es decir, 76.00 semanas.(fl. 30 a 32), y por el cálculo que se ordena pagar en esta sentencia correspondiente al periodo comprendido entre el 3 agosto de 2007 y el 31 de enero de 2011 a los demandados, obtiene un total de 1082,71 semanas por lo que hay lugar a ordenar el reconocimiento de la pensión en los términos de la Ley 71 de 1988, en el monto de un salario mínimo como lo estableció el juez de primera instancia y por trece mesadas pensionales.

#### **De la fecha de exigibilidad del derecho.**

Ahora bien, frente a la fecha de causación y efectividad de la pensión de vejez, se determina que para disfrutar de la pensión es necesaria la desafiliación del trabajador del régimen de pensiones, en razón a que la afiliación y cotización al sistema es obligatorio, y la primera permanece en el tiempo mientras no exista una desafiliación a aquel, de conformidad con los artículos 13 del acuerdo 049 de 1990 y 17 de la Ley 100 de 1993.

En ese orden de ideas, le correspondía al actor, probar que efectivamente existía la novedad de retiro o desafiliación del sistema, lo anterior, porque

191

tanto el trabajador dependiente como independiente para hacer exigible la pensión, debe desafiliarse del sistema tal como lo señala el artículo 13 del acuerdo 049 de 1990, acreditando la novedad de retiro de manera expresa, toda vez que el solo hecho de dejar de cotizar no implica per se la intención de desafiliarse del sistema de pensiones.

Ahora, la Sala debe señalar que acudiendo a las reglas de la desafiliación tácita, si bien no se encontró registrada la citada novedad dentro de la historia laboral obrante en el plenario, lo cierto es, que del caudal probatorio no se puede deducir la intención del actor de desafiliarse del sistema, en la medida en que solo con esta demanda es que el actor pretendió que la empleadora MARIA CRISTINA VALENCIA PAREJA pagara el cálculo actuarial sobre los periodos no cotizados y laborados con la empleadora, siendo estos indispensables para cumplir con los requisitos exigidos en la norma, de tal manera que se confirmara la sentencia de primera instancia, en ese aspecto.

Se adicionará la sentencia en el sentido de autorizar a COLPENSIONES a descontar del retroactivo el porcentaje correspondiente al sistema de seguridad social en salud, dado que los pensionados son afiliados obligatorios de dicho sistema.

**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: MODIFICAR** el numeral **PRIMERO**, de la sentencia proferida el 29 de mayo de 2020 por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, el cual quedará así: **DECLARAR** que entre el demandante LUIS EVELIO ACUÑA VISCAYA, identificado con la C.C. 19.142.230 y la demandada MARÍA CRISTINA VALENCIA PAREJA en calidad de empleadora existió un contrato de trabajo desde el 11 de septiembre de 2007 hasta el 31 de enero de 2011; y que entre el demandante LUIS EVELIO ACUÑA VISCAYA, identificado con la C.C. 19.142.230 y la vinculada empresa COOPERATIVA MEGATAXI LTDA DE TRANSPORTES Y DE USUARIOS en calidad de empleadora existió un contrato de trabajo desde el 3 de agosto de 2007 hasta el 10 de septiembre de 2007.

**SEGUNDO:** MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la sentencia proferida el 29 de mayo de 2020 por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, el cual quedará así: CONDENAR a MARÍA CRISTINA VALENCIA PAREJA y a la COOPERATIVA MEGATAXI LTDA DE TRANSPORTES Y DE USUARIOS por la obligación de hacer de reconocer y pagar ante COLPENSIONES el cálculo actuarial que se calculara con base en el salario mínimo mensual vigente por los periodos señalados en el numeral primero, respectivamente, el cual deberá ajustarse a la normatividad vigente para tal efecto, por tanto una vez ejecutoriada la decisión se contará con un término de quince días hábiles para que la demandada y la vinculada soliciten ante COLPENSIONES la elaboración del cálculo, quienes deberán cancelar dentro de los quince días siguientes a que la entidad lo elabore.

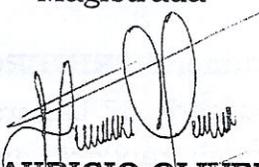
**TERCERO: ADICIONAR** la sentencia en el sentido de autorizar a COLPENSIONES a descontar del retroactivo lo concerniente al aporte al Sistema de Seguridad Social en Salud.

**CUARTO: CONFIRMAR** la sentencia en lo demás.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

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