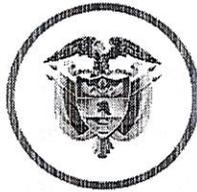


2017



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

TSB-SALA LABORAL  
54796 30OCT\*20 PM 3:19

## **PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** CLAUDIA JANETH GONZÁLEZ OSORIO

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

**RADICADO:** 11001 31 05 004 2019 00480 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 PORVENIR y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 13 de julio de 2020 por el Juzgado Cuarto (4°.) Laboral del Circuito de Bogotá y surtir el grado jurisdiccional de consulta consagrado en el artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

### **ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende que se declare la nulidad del traslado realizado a Porvenir S.A. al considerar que no le informó sobre los términos de traslado entre regímenes, ventajas, desventajas y riesgos y, que como consecuencia de ello, se condene a Porvenir S.A. a trasladar todos los

aportes, junto con sus rendimientos; a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, y a aceptar y recibir el traslado de todos los aportes de la demandante; a lo que se encuentre demostrado ultra y extra petita, y a Porvenir a las costas y agencias en derecho.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: Nació el 29 de octubre de 1965, estaba afiliada al RPM administrado por el ISS hoy Colpensiones desde el 16 de agosto de 1985; se trasladó a la AFP Porvenir S.A. el 31 de mayo de 1995; al momento de la afiliación la AFP no le brindó información adecuada y completa acerca del régimen de ahorro individual con solidaridad, le brindó información sobre las ventajas del RAIS, pero en ningún momento le informó sobre las desventajas del mismo ni las diferencias existentes entre los regímenes pensionales; a la fecha de presentación de la demanda, la actora contaba con 53 años de edad. El 13 de diciembre de 2018, radicó derecho de petición ante Porvenir S.A. y reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando copia de los documentos donde constara su afiliación, información al momento del traslado, de la historia laboral con aportes, proyección del monto de la mesada pensional en ambos regímenes y la declaratoria de nulidad de traslado a la AFP y reactivación de la afiliación en el RPM; en respuesta a estas solicitudes, las demandadas negaron el traslado y entregaron la copia de los documentos solicitados. (fls. 1-14)

Frente a esas pretensiones, **PORVENIR S.A.** se opuso a todas y cada una argumentando que la entidad cumplió con el deber de información que recaía al momento de la afiliación, por lo cual no existe el vicio en el consentimiento alegado y la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación. Presentó como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Fls. 75-90)

Por su parte, **COLPENSIONES** se opuso a todas y cada una de las pretensiones argumentado que si bien desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar mediante las cuales se llevó a cabo la asesoría no es menos cierto que, si la demandante decidió que su mesada pensional

208

estuviera regida por las características propias de dicho régimen se debió a la información a ella brindada por parte de los asesores de la AFP que efectuó el traslado primigenio. Más aun cuando de los fundamentos fácticos y jurídicos como de la documental allegada dentro del acervo probatorio no obra ninguna tendiente a demostrar que se presentó algún vicio en el consentimiento al momento de su afiliación que llegue a invalidar la misma.

Presentó como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), inexistencia de la obligación de afiliación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos e innominada o genérica. (Fls. 126-138)

#### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Cuarto (4°.) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 13 de julio de 2020, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que en su caso administra Porvenir S.A., para tenerla como válidamente afiliada a Colpensiones; condenó a Porvenir a trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con todos los rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración, ordenó a Colpensiones a aceptar el traslado de la actora al régimen de prima media con prestación definida, sin costas.

#### **RECURSO DE APELACIÓN**

Porvenir presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente con sustento en que i) se condenó a la ineficacia del traslado cuando la Litis se centró en la nulidad del traslado, ii) la actora se trasladó de manera libre y voluntaria, iii) no existió vicio del consentimiento, iv) Porvenir brindó la información requerida para la fecha del traslado y v) no es posible la devolución de gastos de administración.

Colpensiones también presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente y sobre los siguientes puntos: i) no se presentaron vicios en el consentimiento en la decisión de la demandante, ii) la actora incumplió su deber como consumidora financiera, iii) la demandante al momento del traslado no tenía expectativa legítima sobre su pensión, iv) la decisión de primera instancia da lugar a la descapitalización del sistema pensional.

### **ALEGACIONES**

Presentaron alegaciones los apoderados de la parte demandante y la demandada Colpensiones.

### **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 15 y 140, certificado de Colpensiones.
- A folios 18-24, 29-32, reclamaciones administrativas y respuestas.
- A folios 25-28, 33-46, 94-103, 105-125, 142-145, resumen cuenta, resumen semanas cotizadas, historia laboral.
- A folios 47, 91, formulario de afiliación a Porvenir, 31 de mayo de 1995.
- A folios 92-93, registro SIAFP.
- A folio 104, certificado de afiliación a Porvenir.

#### **Caso Concreto**

Los apoderados de las demandadas atacan la sentencia de primera instancia en los siguientes puntos: i) no es posible aplicar el precedente jurisprudencial porque la demandante no tiene expectativa legítima y no

demonstró el vicio en consentimiento ii) se pretendió la nulidad de la afiliación y la sentencia declaró la ineficacia, iii) la condena impuesta descapitaliza el sistema de pensiones y iv) no es posible la devolución de los gastos de administración.

Respecto del argumento de la demandada Colpensiones sobre la descapitalización del sistema, se encuentra que ya la Corte Constitucional se pronunció sobre este aspecto al analizar el periodo de carencia de la facultad de selección de régimen en el periodo de diez años anteriores a la fecha del cumplimiento de la edad para causar el derecho a la pensión, esto es, cuando el afiliado se encuentra ad portas de adquirir el derecho a la pensión, que no solo vulnera el principio de sostenibilidad financiera sino también los de equidad y solidaridad, como lo indicó la recurrente.

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

*Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo*

al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,..."

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

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

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

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

210

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

De acuerdo con lo anterior y siguiendo los derroteros jurisprudenciales enunciados, 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 se corrobora con el argumento de la demanda en los fundamentos de derecho en el que se indica en el numeral 4 sobre la diferencia entre las mesadas pensionales posibles en los dos regímenes, en el de prima media, la presunta mesada es la suma de \$1.495.700 y en el de Ahorro Individual la suma de \$915.800, que genera una diferencia inicial de \$579.900 mensual sin contar los aumentos anuales legales de la pensión, lo cual implicaría que el Régimen de Prima Media subsidiaría aproximadamente la suma de \$209.459.880 con los recursos del fondo común al que no aportó la demandante para cubrir ese faltante que no se pagaría con el capital de la cuenta individual a nombre de la demandante en el Régimen de Prima Media.

De tal manera que ese solo argumento bastaría para revocar la sentencia de primera instancia.

Adicionalmente, del acervo probatorio se establece que la demandante a la edad de 29 años se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual (fls. 47 y 91) y no se encontraba inmersa en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con la edad de 50 años ni se acredita que gozara de una pensión de invalidez.

La demandante en su interrogatorio de parte afirma que suscribió de manera voluntaria el formulario de vinculación a la Administradora de Pensiones, además expuso las razones que la motivaron a esa vinculación, siendo características específicas del RAIS, como lo es dejar su pensión a sus hijos y pensionarse anticipadamente, y claramente expresó que su voluntad de retornar al Régimen de Prima Media se debía al posible monto de la mesada pensional en el régimen de Ahorro Individual que es inferior al otro régimen de pensiones.

Lo anterior, permite colegir que el traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro individual cumplió con los requisitos señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 que son de validez de conformidad con el mismo artículo, esto es, la manifestación que la selección la efectuó en forma libre, espontánea y sin presiones, como se expuso en el interrogatorio y corrobora el contenido del documento de vinculación, que de acuerdo con la reiterada jurisprudencia, “a lo sumo acredita el consentimiento” de la demandante (SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras), aunado a que no existían razones que dieran lugar a que fuera rechazada la vinculación a dicho régimen ya que de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994 esa conducta les está vedada a las administradoras de pensiones.

De conformidad con el artículo 1502 del C.C. esa manifestación de voluntad no se debe encontrar afectada de vicios, ni debe recaer sobre objeto o causa ilícitas.

En la demanda se señala la falta de información sobre aspectos propios del régimen, lo cual da lugar a señalar que se alega la existencia de un vicio por error de derecho, que según la definición doctrinal se refiere “a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico”<sup>1</sup>, porque este error es el que recae sobre las definiciones legales de los derechos y obligaciones que le acarrearán a los contratantes la suscripción de determinado acto jurídico.

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

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

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

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

No se alega la existencia de error de hecho ni dolo o fuerza, ni el traslado de régimen se constituye en un objeto o causa ilícitos por lo que se colige que

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

en el presente caso no se configuran vicios que den lugar a declarar la nulidad del acto de traslado de régimen pensional.

Ahora debe la sala estudiar uno de los argumentos del recurso de apelación que se centra en señalar que no existe congruencia en la sentencia de primera instancia, como quiera que, la parte actora solicitó en su libelo introductorio la nulidad del contrato que celebró con la AFP, y la juez resolvió declarar la ineficacia del traslado.

Para resolver dicho argumento se tiene que lo pretendido es diferente a lo resuelto y las consecuencias y autoridades llamadas a definir la nulidad y la ineficacia son diferentes.

Vale recordar que la Ley 100 de 1993 consagra de manera expresa la causal de ineficacia de los actos que contrarían el derecho de afiliación y selección en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, y respecto de esta norma que es sancionatoria, su aplicación no le compete a la jurisdicción ordinaria laboral en la medida en que en ella se establece el hecho generador, (actos que impidan o atenten en cualquier forma el derecho a la afiliación o selección), la sanción (multa, la pérdida de efectos de la afiliación) y la autoridad competente para su imposición (Ministerio del Trabajo y Seguridad Social o Ministerio de Salud en cada caso).

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

Ahora respecto de la causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, que fue aplicado por la A quo, se debe señalar que no se encuentra consignada en una norma legal, y si en gracia de discusión se señalara como lo expone la jurisprudencia que está atenta contra el derecho a la libre elección,

212

(sentencias SL4360-2019, entre otras) entonces se reitera no le compete a la jurisdicción definir sobre su ocurrencia o no.

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

En el caso de autos 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 se indicó anteriormente.

De tal manera que le asiste razón al apoderado de Porvenir ya que los efectos de cada figura nulidad e ineficacia son diferentes y el litigio se centró en la pretensión de la demanda sobre la nulidad del traslado más no de la ineficacia declarada en primera instancia.

Ahora sí en gracia de discusión, se aplicara la tesis de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre la causal de ineficacia jurisprudencial, al señalar en múltiples oportunidades que la sanción a la afiliación desinformada, es la “*ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado*” y, por ello, el análisis del cambio de régimen cuando se alega esa situación, como aquí acontece, debe realizarse a la luz de esta figura, 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), 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 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.

Adicionalmente, en el presente caso se encuentra 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 a la demandante, la que según la misma jurisprudencia “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), sin que para el año 1995 existieran obligaciones que se generaron entre otras a partir de la expedición de la ley 1328 de 2009 con su decreto 2241 de 2010 y la Ley 1748 de 2014, con su decreto 2071 de 2015, entre ellas, las de buen consejo y doble asesoría.

En razón a los elementos de prueba, el marco normativo aplicable al momento del traslado y la aplicación de los principios señalados en los artículos 60 y 61 del CPTySS se colige que en el presente caso no se dan los supuestos legales ni jurisprudenciales para declarar la nulidad o ineficacia del acto de traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, aunado a que se vulneran principios constitucionales del Sistema de Seguridad Social en Pensiones y, en consecuencia, se **revocará** la sentencia de primera instancia.

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

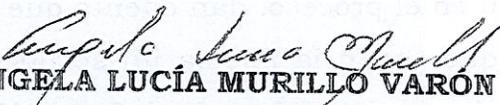
#### **RESUELVE**

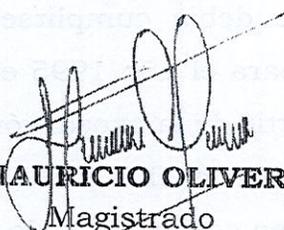
**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 13 de julio de 2020 por el Juzgado Cuarto (4º.) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas por la señora **CLAUDIA JANETH GONZÁLEZ OSORIO**, identificada con la C.C. 25.059.535.

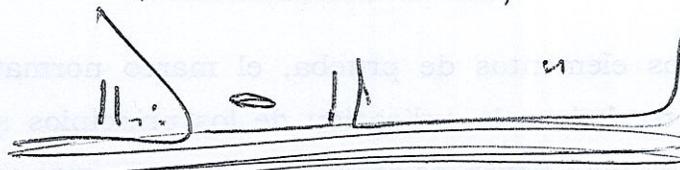
Proceso ordinario 11001 31 05 004 2019 00480 01 de CLAUDIA JANETH GONZÁLEZ OSORIO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y OTRO.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

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

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

**SALVAMENTO DE VOTO**

**Demandante:** Claudia Janeth González Osorio

**Demandado:** Colpensiones y otros

**Radicado:** 11001 31 05 004 2019 00480 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.

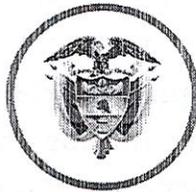
De todas maneras, cualquier discusión frente al déficit o sostenimiento financiero que pudiera generarle la decisión de ineficacia del traslado al régimen de prima media con prestación definida, se encontraría superada con el resarcimiento de los perjuicios que puede obtener Colpensiones a través de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



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

TSB-SALA LABORAL

54797 30OCT'20 PM 3:19

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** LILIANA MARIA BARRIGA MURCIA

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

**RADICADO:** 11001 31 05 004 2019 00648 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 decidir el recurso de apelación presentado por los apoderados de **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 30 de junio de 2020 por el Juzgado 4 Laboral del Circuito de Bogotá y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES.

**ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a la AFP por existir falta en el deber efectivo de información; ordenar a Porvenir S.A. realizar los trámites pertinentes para su retorno al régimen administrado por Colpensiones, incluyendo los aportes, rendimientos, bonos pensionales y cuotas de administración; ordenar a Colpensiones realizar los trámites para su retorno convalidando los dineros que reciba por parte de Porvenir; condenar a las demandadas al pago de perjuicios morales, las costas y agencias en derecho, a lo ultra y extra petita (f.º4)

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra con sustento en que la demandante decidió que su mesada pensional estuviera

regida por las características propias del régimen de ahorro individual, debido a la información brindada por los asesores de la AFP, sumado a que la actora se encuentra válidamente afiliada y activa a dicho régimen al no demostrarse la ocurrencia de algún vicio en el consentimiento al momento de decidir libre y voluntariamente su traslado, finalmente se hace imposible su retorno al Régimen de Prima Media por encontrarse inmersa en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003.

Presentó como excepciones de mérito las de falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), inexistencia de la obligación de afiliación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos y la genérica (f.º 120-137).

Respecto de dichas pretensiones, la demandada PORVENIR S.A., se opuso con el argumento de que la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la omisión al deber de información, ni de las razones que sustentan la ineficacia o nulidad de la afiliación, en consecuencia, se encuentra válidamente afiliada al Rais, razón por la cual no hay lugar a trasladar capital alguno, ni devolver gastos de administración.

Presentó como excepciones de fondo las que denominó: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (f.º 152-171)

#### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Cuarto (4º.) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 30 de junio de 2020, declaró la ineficacia de la afiliación que hiciera la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, para tenerla como válidamente afiliada a Colpensiones; condenó a Porvenir a trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con todos sus rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración; ordenó a Colpensiones aceptar el traslado de la gestora y condenó en costas a Porvenir.

#### **RECURSO DE APELACIÓN**

201

Los apoderados de la parte demandada presentaron recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente con el objeto de que se revoque la sentencia y sobre los siguientes puntos:

**Porvenir:** i) hubo injerencia de un tercero, ajeno al fondo, en la afiliación de la demandante, en este caso el empleador, ii) el formulario diligenciado cumplía con todos los presupuestos jurídicos para su validez, iii) la actora recibió asesoría en la afiliación que se llevó a cabo en el año 2005, misma que se adelantó de manera libre y voluntaria y cumplía las exigencias para esa época y iv) gastos de administración.

**Colpensiones:** i) la afiliación de la demandante al RAIS es totalmente válida, teniendo en cuenta que el traslado se realizó de manera libre, voluntaria y espontánea, ii) no se probaron los vicios del consentimiento aludidos en la demanda, iii) la actora se encuentra dentro de la prohibición legal para trasladarse.

### ALEGACIONES

Se reconoce personería adjetiva a la Dra. Laura Natalia Guerrero Vinchira identificada con C de C No 1.014.208.534 y T.P 305.872 como apoderada sustituta de Colpensiones y al Dr. John Jairo Rodríguez Bernal identificado con la C.C No 1.070.967.487 y T.P. 325.589 como apoderado sustituto de Porvenir.

Los apoderados de la parte demandante y demandada Porvenir y Colpensiones presentaron alegatos de conclusión.

### CONSIDERACIONES

#### PROBLEMA JURÍDICO

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

#### Elementos de prueba relevantes:

- A folio 26-27, certificaciones expedidas por Porvenir y Colpensiones.
- A folios 28, cédula de ciudadanía de la demandante que da cuenta que nació el 3 de julio de 1966.
- A folios 49-50, formularios de afiliación y traslado.
- A folio 51-56, historia laboral consolidada en Porvenir.

- A folios 70-75, historia laboral en Colpensiones.
- A folios 174-175, registro SIAFP
- A folios 197-199, comunicados de prensa.

### **Caso Concreto**

En el caso de autos está probado que la demandante a la edad de 27 años se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, en el año 1994, (f.º 49 y 175) contando con 255 semanas cotizadas al sistema, como se observa en la historia laboral consolidada por Porvenir (f.º 185), no estaba incurso en las causales de exclusión señaladas en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993, por cuanto a la entrada en vigencia del sistema no tenía 50 años de edad ni se acredita que gozara de una pensión por invalidez; sumado a que diligenció los formularios de solicitud de vinculación a Colpatria y Porvenir de manera voluntaria, tal como se desprende de dichos documentos (f.º 49-50), manifestación de la voluntad que se corrobora con el interrogatorio de parte rendido por la actora.

La juez declaró la ineficacia del traslado al aplicar la jurisprudencia y considerar que existió falta de información.

Frente a la anterior conclusión, lo primero que se debe observar es que el apoderado de la demandada Porvenir señala en su recurso que en el presente caso debe aplicarse lo establecido en el artículo 271 de la ley 100 del 1993, al evidenciarse coacción o presión de un tercero, ajeno a dicho fondo, para la materialización del traslado de dicho régimen pensional.

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

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

210

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, por lo que el recurso de apelación en este puntual aspecto no está llamado a prosperar.

Ahora bien, si en gracia de discusión se pasara por alto esa situación, para la Sala, este argumento tampoco puede salir adelante, en razón a que no existe prueba, más allá de lo expuesto por la demandante en su interrogatorio, de donde se pueda corroborar tal aseveración, nótese que ni siquiera en la demanda se dejó consignada dicha situación, ni se demandó al empleador, ni se trajo prueba alguna, por ejemplo, testimonial, con la que se pudiera evidenciar que en efecto el empleador impidió o atentó contra el derecho de afiliación y selección de su trabajadora.

Respecto de esa causal de ineficacia en sentido estricto, se puede consultar la sentencia C-345-2017 proferida por la Corte Constitucional en la que se 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 que corrobora el contenido de los formularios suscritos por la demandante que obran a los folios 49 a 50, y con el traslado no se vulneró ninguna norma sobre la materia.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas, por lo siguiente:

En la demanda se peticiona la ineficacia del acto de traslado al considerar insuficiente la información suministrada por el fondo, situación que si se funda en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral como una forma de vulneración del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 ((sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852), se reitera no es a la jurisdicción a la que le compete su definición, porque el legislador reservó la competencia para la autoridad administrativa, como se señaló en las razones antes expuestas.

Pero, si se quisiera señalar que se generó un error de hecho, tipificando de esta manera un vicio del consentimiento, de esa aseveración se puede deducir que no se está negando la asesoría, al punto que es la misma demandante en la exposición del interrogatorio que señaló las razones que motivaron el traslado y efectivamente fueron derivadas de la asesoría, tales como pensionarse más joven, sacar la plata en el momento en que quisiera y los rendimientos financieros, características propias del Régimen de Ahorro Individual y ajeno al Régimen de Prima Media, porque se debe recordar que los dos regímenes son excluyentes entre sí; y lo que motiva la demanda es la inconformidad con el posible monto de la mesada pensional.

Respecto de los vicios del consentimiento, las causales se encuentran consagradas en el artículo 1508 del Código Civil, y que se señala en el recurso que no se acreditan, sobre el particular, se tiene que la demandante indica la falta de información como supuesto de nulidad del negocio por ausencia de uno de sus elementos, en este caso la afectación a la manifestación de la voluntad.

Según la definición doctrinal el error que se refiere “a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico”<sup>1</sup>, se constituye en un error de derecho, y respecto de dicha clase de error por expreso mandato del artículo 1509 del Código Civil, no se configura un vicio en el consentimiento de quien lo presta.

Y se señala que sería la existencia de un error de derecho porque la demandante señala que no se le entregó la información, que se encuentra en su totalidad consagrada en las normas legales.

---

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

291

Válido es recordar que al encontrarse todos los aspectos regulados por las normas legales y reglamentarias, se aplica el principio de que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa de conformidad con el artículo 9 del Código Civil, que fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 651 de 1997, y por ello, esa falta de conocimiento no se puede invocar como pretexto para afectar de vicios el consentimiento, como se señala en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68852.

Es de anotar, que artículo 9 del C.C., ha sido aplicada por la misma Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-401/16 por constituirse en un desarrollo del artículo 95 de la Constitución Política que consagra que todas las personas están obligadas a cumplir la constitución y las leyes.

En ese orden de ideas y sin desconocer la obligación legal de las entidades que administran los recursos pensionales de asesorar a los afiliados desde la vigencia de la Ley 100 de 1993, se descarta la existencia de un error de derecho, máxime cuando las consecuencias del traslado operan en virtud de la ley, al punto que así se señala en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68852.

Ahora si lo que se quiere es tipificar un vicio del consentimiento por error de hecho, respecto de este se debe señalar que se configura cuando recae sobre la especie de un acto o contrato que se ejecuta diferente al que se pretendió, el cual tampoco se demuestra en el presente caso porque es la demandante en los hechos de la demanda y en el interrogatorio de parte, quien expuso sobre su traslado y eso fue lo que efectivamente acaeció.

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

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.

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

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

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

En sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993, expuso la Corte lo siguiente: *“el derecho a la libre elección entre los distintos*

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

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

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

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

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

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

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

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

En ese orden de ideas, al valorarse los diferentes elementos que obran en el proceso desde el principio de comunidad de la prueba, el marco normativo aplicable al momento del traslado como lo señala la jurisprudencia, se colige que en el presente caso no se dan los supuestos legales ni jurisprudenciales

para declarar la ineficacia o la inexistencia o la nulidad del acto de traslado al régimen de ahorro individual, por lo que hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia y la Sala se releva de estudiar los demás puntos de apelación.

**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**

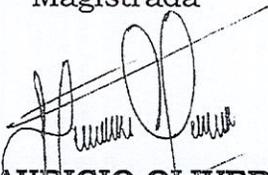
**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 30 de junio de 2020 por el Juzgado Cuarto (4º.) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas por la señora **LILIANA MARÍA BARRIGA MURCIA**, identificada con la C.C. 51.819.530.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

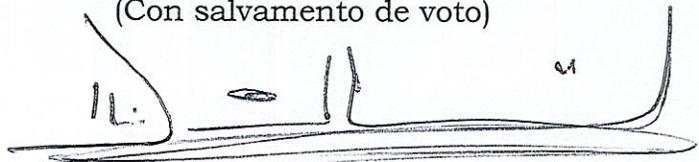
  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Magistrada

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

Magistrado

(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

205

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

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

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

De todas maneras, cualquier discusión frente al déficit o sostenimiento financiero que pudiera generarle la decisión de ineficacia del traslado al régimen de prima media con prestación definida, se encontraría superada con el resarcimiento de los perjuicios que puede obtener Colpensiones a través de la acción judicial correspondiente en contra de las administradoras de fondo de pensiones del sistema de ahorro individual que incurrieron en la falta al deber de información del afiliado, de conformidad con el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, el cual señala que: *“Cualquier infracción, error u omisión -en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados- en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelante de sus labores de promoción*

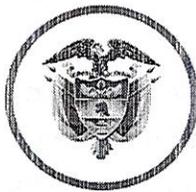
o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones.”

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

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado



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

TSB-SALA LABORAL  
54799 30OCT'20 PM 3:20

## PROCESO ORDINARIO LABORAL

**DEMANDANTE:** DELCIN CECILIA AMARANTO AHUMADA

**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

**RADICADO:** 11001 31 05 004 2019 00813 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 el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 6 de agosto de 2020 por el Juzgado Cuarto (4°.) Laboral del Circuito de Bogotá.

### ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare que el causante Alberto Miguel de la Espriella Zarante cotizó 224.29 semanas ante el ISS, mediante el empleador Compañía Nacional de Vidrios, durante el periodo de 16 de mayo de 1973 hasta el 1 de septiembre de 1977 (1.570 días); con la Superintendencia Financiera de Colombia desde el 23 de febrero de 1978 hasta el 9 de julio de 1980 (866 días); con la Previsora S.A., desde el 1 de octubre de 1985 al 28 de noviembre de 2007 (9.320 días); por lo anterior cotizó ante el Sistema General de Pensiones 11.756 días o 1.679 semanas, tomando en cuenta el tiempo de servicio y semanas de cotización ante la Administradora de Pensiones; que causó el derecho a la pensión de

jubilación con 20 años de servicio, antes de la vigencia de la ley 797 de 2003; que es beneficiario del régimen de transición, por tener al 1 de abril de 1994, 787 semanas y tener cumplidos los 40 años de edad; que hay lugar al reconocimiento y pago de una jubilación Pos-Mortem en favor del señor De la Espriella Zarante, a partir del 23 de marzo de 2009, en aplicación de la ley 33 de 1985 y del Decreto 4937 de 2009, debe reconocer y pagar la pensión post mortem a los herederos a partir del 23 de marzo de 2009 hasta el 28 de octubre de 2015; que Colpensiones mediante acto administrativo debe sustituir la pensión de Jubilación, a los beneficiarios Delcin Cecilia Amaranto Ahumada y María Camila de la Espriella Amaranto, cónyuge e hija del causante, respectivamente; reconocer y pagar a favor de las suscritas demandantes, las mesadas pensionales a que hubiere lugar desde el momento en que éstas se hicieron exigibles hasta el momento en que se efectúe su pago, con los correspondientes reajustes, las mesadas adicionales de junio y diciembre, desde el momento en que éstas se hicieron exigibles, hasta el momento en que se efectúe su pago; reconocer y pagar la actualización de la base salarial que devengaba el causante; a la indexación; al reconocimiento de los intereses moratorios contenidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; a lo ultra y extra petita y a reconocer y pagar las costas y agencias en derecho.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: el señor Alberto Miguel De la Espriella Zarante nació el 23 de marzo de 1954 y cumplió la edad de 55 años el 23 de marzo de 2009; se afilió al RAIS; el 8 de diciembre de 2008 solicitó ante el ISS traslado de régimen pensional, para recuperar el régimen de prima media y acceder a la pensión de Jubilación; desde el 2008 hasta la fecha de su fallecimiento, solicitó el traslado de régimen pensional y reconocimiento pensional, por considerarse beneficiario del régimen de transición; solicitud que solo hasta el 1°. de julio de 2009 fue concedida.

El 25 de marzo de 2009, solicitó ante el ISS la pensión de jubilación; el ISS hoy Colpensiones mediante comunicación 00900602 de abril de 2009, devolvió los documentos; posteriormente, fueron radicados los documentos mediante derecho de petición radicado 063238 del 8 de abril de 2009, quedando sin resolver la solicitud de pensión de jubilación; el 20 de mayo de 2015, se presentó ante Protección solicitud de traslado de régimen, la entidad respondió el 16 de julio de 2015 confirmando que el traslado se había dado al RPM desde el 1°. de julio de 2009; el señor De la Espriella Zarante (Q.E.P.D) falleció el 28 de octubre de 2015; cotizó en el Sistema General de Seguridad Social-Pensiones, hasta el 30 de noviembre de 2008; a partir del 23 de marzo de 2009, se hizo acreedor de una pensión de

jubilación en aplicación de la ley 33 de 1985, derecho negado hasta la fecha de su fallecimiento; contrajo matrimonio eclesiástico en la parroquia de San Antonio de Padua Arquidiócesis de Barranquilla-Sabana Larga Atlántico; dentro de la vida matrimonial procrearon a María Camila De la Espriella Amaranto, nacida el 23 de octubre de 1996; de acuerdo con lo anterior, las beneficiarias del causante reclamaron la pensión post mortem el 14 de junio de 2016 y, en consecuencia, la sustitución de la pensión de jubilación de manera retroactiva al 23 de marzo de 2009; mediante Resolución No. GNR 348259 el 22 de noviembre de 2016, se reconoció pensión de vejez post mortem mediante el Acuerdo 049 y Decreto 758 de 1990, con un IBL de \$2'151.245, en cuota parte del 50% para cónyuge e hija sobrevivientes, con un retroactivo de \$28'604.184 pagado en el periodo de enero de 2017; la decisión fue apelada en lo relativo a la aplicabilidad de la norma con la cual se hizo el reconocimiento a la pensión post mortem, siendo la norma correcta, la Ley 33 de 1985; con fecha de disfrute a partir del 23 de marzo de 2009; Colpensiones mediante Resolución VPB 6043 del 15 de febrero de 2017, confirmó su decisión; el 28 de julio de 2017, se presentó derecho de petición ante Colpensiones, con el fin de que se les pagara sumas adeudadas de conformidad con la Resolución No. 348259 del 22 de noviembre de 2016; de igual manera Colpensiones le adeuda a las demandantes el reconocimiento de la pensión post mortem, las mesadas causadas desde el 23 de marzo de 2009 hasta el 23 de marzo de 2014, por tiempo de servicio en el sector público; Colpensiones se pronunció con Resolución DIR 19153 de octubre de 2017, dejando agotada la vía gubernativa; la mesada a reconocer y pagar desde el 28 de octubre de 2015 hasta diciembre de 2016 con aplicación del Acuerdo 049 de 1990, arrojan un valor de \$38'980.283.31; Colpensiones en Resolución GNR 348259 de noviembre 22 de 2016, realizó inclusión en nómina a diciembre de 2016, para pago en enero de 2017, a favor de la señora Delcin Cecilia Amaranto Ahumada, a quien se le pagó la suma de \$33'218.359; Colpensiones ha omitido el pago de una diferencia a favor de la señora Amaranto, siendo el valor real a pagar de \$37'895.293 por las mesadas caudadas por sustitución pensional, desde el 28 de octubre de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2016, en relación con lo pagado \$33'218.359; Colpensiones en Resolución GNR 348259 del 22 de noviembre de 2016, dejó en suspenso el pago a herederos en cuota parte del 100% suma establecida en \$44'162.927 que no corresponde a la real por ser esta de \$44'385.921, periodo que va desde el 23 de marzo de 2014 hasta el 28 de octubre de 2015; Colpensiones en Resolución GNR 348259 del 22 de noviembre de 2016, dejó en suspenso el pago de las mesadas pensionales en la cuota parte del 50% a favor de la señorita María Camila De la Espriella Amaranto; la señora Delcin Cecilia Amaranto Ahumada, no ha recibido el acrecimiento del 50% de la cuota parte que se dejó en suspenso, desde el 28

de octubre hasta la fecha; Colpensiones mediante Resolución DPN\_5095 de 2018, reconoció y pago a favor de la señora Delcin Cecilia Amaranto Ahumada el valor de \$44'162.927 que corresponde al pago a herederos; mediante derecho de petición radicado el 23 de mayo de 2019, se solicitó el acrecimiento de la cuota parte en favor de la cónyuge y el pago de las sumas adeudadas a herederos, dentro de los parámetros de la pensión de vejez. (fls. 4-19)

Frente a esas pretensiones, **COLPENSIONES** se opuso a todas y cada una de las pretensiones argumentando que Colpensiones no debe reconocer pensión post mortem con la Ley 33 de 1985 con ocasión al fallecimiento del señor Alberto Miguel De la Espriella Zarante ocurrido el 28 de octubre de 2015, dado que ante el estudio de la situación en particular de la situación del causante le es más favorable el reconocimiento pensional con sujeción a lo ordenado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, ser beneficiario del régimen de transición, y como consecuencia de lo antedicho, acceder al reconocimiento de la pensión de vejez conforme las prerrogativas exigidas en el Acuerdo 049 de 1990, tal y como fue expuesto en Resolución GNR 348259 del 22 de noviembre de 2016 que fue confirmada por medio de la Resolución VPB 6043 del 15 de febrero de 2017. Presentó como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho y la obligación, inexistencia del cobro de intereses moratorios e indexación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción e innominada o genérica. (Fls.138-154)

#### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Cuarto (4°.) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 6 de agosto de 2020, absolvió a Colpensiones de todas las pretensiones formuladas por la parte demandante; declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación propuestas por Colpensiones.

#### **APELACIÓN**

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente el apoderado de las demandantes argumenta que al comparar las liquidaciones de la pensión con Acuerdo 758 de 1990 y ley 33 de 1985, es más beneficiosa para el causante la última ya que el IBL es superior, que debe reconocerse 14 mesadas, el retroactivo y la prescripción debe aplicarse desde el 2015 para atrás.

#### **ALEGACIONES**

Los apoderados de la parte actora y demandada presentaron escrito de alegaciones, respectivamente.

## CONSIDERACIONES

### PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si las demandantes tienen derecho a que se le reconozca la pensión de vejez post mortem, aplicando las preceptivas de la Ley 33 de 1985, en caso afirmativo conceder la pensión con 14 mesadas, verificar el fenómeno de la prescripción y ordenar el pago de intereses moratorios.

#### Elementos de prueba relevantes:

- A folios 20-21, cédula de ciudadanía y registro civil de nacimiento que da cuenta que el señor De la Espriella Zarante nació el 23 de marzo de 1954.
- A folio 22, registro civil de defunción del señor De la Espriella Zarante.
- A folios 23-24, partida y registro de matrimonio, del 4 de junio de 1983.
- A folios 25-26, cédula de ciudadanía y registro civil de nacimiento de la señora Amaranto Ahumada Delcin Cecilia.
- A folios 27-28, cédula de ciudadanía y registro civil de nacimiento de María Camila De la Espriella Amaranto.
- A folios 29-30, 63-76, 95-99, 117-119, reclamaciones administrativas y respuestas.
- A folios 31-32, 34-54, constancias laborales del señor De la Espriella.
- A folios 55-62, 120-125, 160-170, resumen cuenta, resumen semanas cotizadas, historia laboral.
- A folios 77-87, Resolución No. GNR 348259 22 de noviembre de 2016 y recurso de apelación.
- A folios 88-94, Resolución No. VPB 6043 del 15 de febrero de 2017.
- A folios 102-109, Resolución No. SUB 158001 del 16 de agosto de 2017 y recurso de apelación.
- A folios 111-114, Resolución No. DIR 19153 del 31 de octubre de 2017.
- A folios 115-116, Resolución No. DNP\_5095 de 2018, del 4 de octubre de 2018.
- A folios 126, 133, comprobante de pago.
- A folios 127-129, certificado de devengados y deducidos.
- Expediente administrativo.

### Caso Concreto

No es objeto de discusión que el accionante se encuentra amparado por los beneficios del régimen de transición establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en virtud de que contaba con 40 años a la fecha de entrada de la ley 100 de 1993 y con más de 750 semanas a la fecha de entrada en vigencia del acto legislativo 1 de 2005.

Ahora bien, bajo ese entendido, es necesario determinar la norma que define el derecho pensional del accionante, bajo las directrices del mentado artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Para ese fin, se observa que dicho precepto sustancial contiene la expresión es aplicable “*el régimen anterior al cual se encuentren afiliados*”, esto es, que se aplica aquel en que el interesado había cotizado o prestado servicios y que le generaba la expectativa de cumplir los requisitos para acceder al derecho pensional consagrado en la ley o norma correspondiente.

Según lo anterior, la afiliación previa a la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social, tanto al ISS, como a una o varias de las entidades de previsión social del sector público, habilita al gestor para reclamar ante Colpensiones el derecho pensional, conforme al Acuerdo 049 de 1990, Ley 33 de 1985 o Ley 71 de 1988; y conforme al recurso de alzada se debe verificar cual le era más beneficioso al actor, esto es, el establecido en el Acuerdo 049 de 1990 o en la ley 33 de 1985, en virtud de la remisión establecida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Al punto conviene recordar, en relación con el cálculo del ingreso base de liquidación de la pensión, que al aplicar los artículos 36 y 21 de la Ley 100 de 1993 más el precedente jurisprudencial contenido en las sentencias Sentencias de CSJ SL1453-2019 Radicación N° 63558 del 24 de abril de 2019, reitera SL2215-2018 Radicación N° 57596 del 13 junio de 2018, SL13871-2017, SL11947-2017, SL13098-2016, y SL9411-2015 proferidas por la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, enseñan que para liquidar la pensión de una persona beneficiaria del régimen de transición que le faltaba menos de diez años para adquirir el derecho se les aplicará para la liquidación del IBL el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y para quienes les faltaba más de diez años para el reconocimiento de la pensión, se debe obtener el ingreso base con la liquidación señalada en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Las anteriores sentencias constituyen doctrina probable, por lo que la postura que aquí se acoge es aquella que enseña que el régimen de

215

transición garantiza a quienes se benefician de él, lo concerniente a la edad, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas para acceder al derecho, y el monto de la prestación en lo que toca con la tasa de reemplazo, pero no lo referente al ingreso base de liquidación que se rige por lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, respecto de las personas a quienes les faltaban más de 10 años para adquirir el derecho a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994-, como es el caso que nos ocupa y se tiene en cuenta hasta la última cotización aportada.

Ahora bien, realizadas las operaciones matemáticas de rigor, el monto de la pensión del causante ALBERTO MIGUEL DE LA ESPRIELLA ZARANTE (QEPD), con la Ley 33 de 1985 se liquidó con el 75% del ingreso base de liquidación, lo que arrojó una mesada inicial de \$1.572.648,75, suma que actualizada a 2014 (fecha en que se reconoció la pensión resolución GNR 348259), arroja una suma inferior a la reconocida en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990 que es \$2,151,245.00 por esa razón se **confirmará** la decisión primigenia, al encontrar la decisión ajustada a derecho.

Finalmente, respecto del pago de la mesada catorce (14), deberá señalar esta Sala que el Acto legislativo 01 de 2005 en el inciso octavo consagró que a partir de su vigencia las mesadas a pagar a los pensionados serían trece anuales y preservó la mesada catorce solo para las pensiones inferiores a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes hasta el 31 de julio de 2011, y dado que la mesada pensional para el año 2009 sería superior a esos tres salarios no habría lugar a reconocer la mesada adicional catorce (14).

En ese orden de ideas, como no hay lugar a modificar el marco normativo en que fue concedida la pensión, la sala se releva de estudiar los demás argumentos del recurso de apelación.

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

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

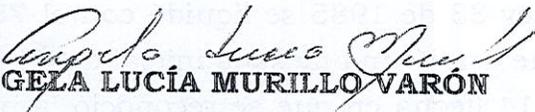
**RESUELVE**

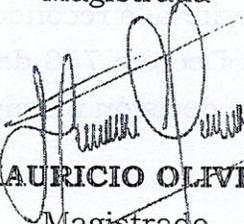
Proceso ordinario 11001 31 05 004 2019 00813 01 de DELCIN CECILIA AMARANTO AHUMADA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

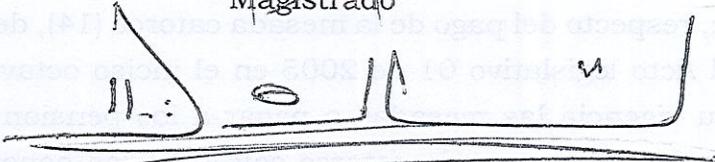
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 6 de agosto de 2020 por el Juzgado Cuarto (4°.) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

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

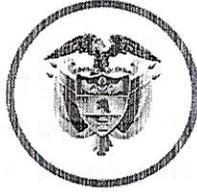
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**HERNÁN MAURICIO OLVEROS MOTTA**  
Magistrado

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

20



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

TSG-SALA LABORAL  
54738 30OCT'20 PM 3:26

## PROCESO ORDINARIO LABORAL

**DEMANDANTE:** ANGEL ALBERTO ROMERO CAMPOS

**DEMANDADO:** COLPENSIONES, PORVENIR y COLFONDOS

**RADICADO:** 11001 31 05 007 2018 00383 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 decidir los recursos de apelación presentados por los apoderados de **PORVENIR**, **COLFONDOS** y **COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 21 de agosto de 2020 por el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

### ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare la nulidad de traslado y de afiliación realizada ante la AFP PORVENIR S.A. por cuanto no existió una decisión informada, autónoma y consciente, al no conocer los riesgos de traslado; y que como consecuencia de lo anterior, se condene a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar todos los aportes junto con sus rendimientos; a COLPENSIONES a activar la afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, a aceptar y recibir el traslado de todos los aportes de la cuenta individual del demandante; lo que se encuentre probado a lo ultra y extrapetita y las costas y agencias en derecho. (fol. 2-3)

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: nació el 18 de septiembre de 1959 y para la fecha de presentación de la demanda contaba con 58 años de edad, estuvo afiliado desde el 1°. de abril de 1992 hasta el 1°. de junio de 1995 en el ISS; el 1°. de junio de 1995 se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., al momento de la afiliación no se le brindó la información adecuada y completa para proceder al cambio de régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad; en ningún momento se le informó sobre las desventajas del mismo; a la fecha, se encuentra afiliado a PORVENIR S.A. El 16 de febrero de 2018, mediante derecho de petición solicitó a la AFP PORVENIR S.A. que suministrara copia de los documentos en los que constara la afiliación y la información brindada al demandante al momento de su afiliación y copia de la historia laboral con los aportes realizados, así mismo, que se realizara una proyección del monto de la mesada pensional. El 14 de febrero de 2018, radicó reclamación administrativa ante COLPENSIONES solicitando la declaratoria de la nulidad de traslado a la AFP y la reactivación de la afiliación del demandante al Régimen de Prima Media desde la fecha de traslado, así mismo, solicitó copia del expediente administrativo, el mismo día la entidad dio respuesta a la solicitud de nulidad de traslado negando la procedencia de la misma; el 21 de febrero de 2018, COLPENSIONES presentó la respuesta al derecho de petición únicamente allegando en medio magnético la historia laboral del demandante. El 27 de febrero de 2018, PORVENIR S.A. allegó respuesta física a la petición elevada el 16 de febrero de 2018 adjuntando copia de la historia laboral del demandante, bono pensional, proyección de la mesada pensional en los diferentes regímenes y formulario de afiliación. (Fls. 2 a 13)

Frente a esas pretensiones, **COLPENSIONES** se opuso parcialmente argumentando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente el demandante se le hubiere hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de las AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo, no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante, al contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente, en el presente caso el demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 para poderse trasladar en cualquier tiempo. Presentó como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad

2

alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica. (Fls. 67-89)

La entidad demandada **PORVENIR S.A.** se opuso a todas las pretensiones manifestando que al demandante si se le brindó una asesoría integral acerca del funcionamiento, características y modos de pensión del RAIS, por lo cual el acto de vinculación de traslado de régimen es válido no se celebró en contra de una prohibición legal, no está inmerso en vicios del consentimiento, ni mucho menos se realizó bajo engaños ni medió coacción alguna. Presentó como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa e innominada o genérica. (Fls. 112-123)

Por su parte, la **AFP COLFONDOS** se opuso parcialmente a las pretensiones argumentando que no existen razones jurídicas y elementos probatorios que puedan sustentar dicha condena, ya que la entidad siempre ha actuado con la buena fe que se presume de toda persona natural y jurídica por mandato constitucional, sin que a la fecha existan acciones u omisiones que perjudiquen al demandante, por lo cual no considera razonable una eventual condena en contra de la AFP. 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. 185-194)

### DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Séptimo (7°.) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 21 de agosto de 2020, declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por el señor Ángel Alberto Romero Campos con la AFP Colfondos el 15 de mayo de 1995 contenida en formulario No. 599189, ordenó a Porvenir S.A. a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular el demandante, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones; igualmente, Porvenir y Colfondos deben incluir todos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales, valores que deben ser reintegrados y devueltos a Colpensiones debidamente indexados; ordenó a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad como afiliado al Régimen de Prima con Prestación Definida al demandante desde su afiliación inicial al ISS; declaró no probadas las excepciones presentadas por las demandadas, condenó en

costas a los fondos demandados y a favor del demandante, las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMLMV, al momento del pago, a cargo de cada uno de los fondos.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Colpensiones presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente y sobre los siguientes puntos: i) no se presentaron vicios en el consentimiento en la decisión del demandante, ii) la nulidad no fue alegada dentro del término previsto en el artículo 1750 del Código Civil y iii) la decisión de primera instancia da lugar a la descapitalización del sistema pensional.

Porvenir también presentó recurso de apelación con sustento en que i) dicha AFP entregó al demandante la información suficiente y necesaria para el traslado, ii) el actor se trasladó de manera libre y voluntaria, y iii) no se debe condenar a la devolución de los gastos de administración.

Igualmente, Colfondos presentó recurso de apelación con sustento en que i) no existe lugar a devolución de los gastos de administración ya que los mismo se encuentran regulados en la ley y ii) no se debe imponer costas.

### **ALEGACIONES**

Presentaron alegaciones los apoderados de la parte demandante y demandada: Colpensiones y Porvenir.

### **CONSIDERACIONES**

#### **PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia y/o nulidad de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad y, en consecuencia, se debe ordenar el traslado al Régimen de Prima Media.

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

- A folio 16, certificado de no afiliación a Colpensiones.
- A folios 17-18, 38-45, reclamaciones administrativas y respuestas.
- A folios 19-36, 127-132, 134-163, 166, resumen cuenta, resumen semanas cotizadas, historia laboral.
- A folios 37, formulario de afiliación a Porvenir, 19 de febrero de 1997.
- A folio 124, certificado de afiliación a Porvenir S.A.

- A folios 125-126, registro en el SIAFP
- A folio 133, formulario de afiliación a Porvenir, 27 de febrero de 2001.
- A folios 164-165, información sobre bono pensional.
- A folios 167-169, Comunicado de Prensa AFP
- A folio 195, 10 puntos sobre el traslado entre regímenes pensionales.

### **Caso Concreto**

La sentencia de primera instancia es cuestionada por los recurrentes en primer lugar porque consideran que se demostró que en el presente caso no existió vicio del consentimiento, que se entregó la asesoría al demandante conforme a lo reglamentado por la ley para la fecha del traslado, la decisión del A-Quo descapitaliza el sistema y afecta su sostenibilidad, los gastos de administración son una obligación legal y no hay lugar a condena en costas, y, en consecuencia, solicitan la revocatoria de la sentencia de primera instancia.

Para resolver el problema jurídico planteado, lo primero que se observa en el presente proceso es que las pruebas acreditan que el demandante a la edad de 35 años se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual cuando contaba con 162 semanas cotizadas al sistema (f° 23), que 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 55 años de edad ni se acredita que gozara de una pensión por invalidez, la manifestación de voluntad para su traslado al RAIS fue de manera libre, espontánea y sin presiones, aunado a que recibió información de los asesores que se encontraban en el sitio de trabajo sobre las características del Régimen de Ahorro Individual, tales como la pensión anticipada, rendimientos, rentabilidad de los fondos, etc., lo cual se deduce de la exposición en el interrogatorio de parte rendida por el demandante.

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

Otro argumento expuesto por los recurrentes se refiere a que no se acreditan vicios en el consentimiento en el acto jurídico de traslado de régimen de pensiones.

Para determinar la ocurrencia o no de las causales de nulidad se debe remitir al artículo 1508 del C.C. y al comparar esas definiciones con los diferentes elementos de prueba que obran en el expediente no se evidencia, primero, la existencia de un error de hecho fundado en el engaño, porque este tipo de error se configura cuando el consentimiento recae sobre la especie de un acto o contrato que se ejecuta diferente al que se pretendió y tal y como indicó el actor su voluntad fue el traslado de régimen y ello fue lo que ocurrió.

En segundo lugar, si se aceptara que el demandante incurrió en un error para la toma de su decisión por el desconocimiento de las implicaciones jurídicas del traslado, es de anotar que este tipo de error lo clasifica la doctrina como de derecho, porque de acuerdo con su definición doctrinal, se refiere *"a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico"*.<sup>1</sup>

El error de derecho por disposición legal no genera vicios del consentimiento, lo cual se constata en el artículo 1509 del C.C., y ello es así porque el desconocimiento de la ley no sirve de excusa de conformidad con el artículo 9 del Código Civil, el cual fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 651 de 1997, aunado a que dicha falta de conocimiento no se puede invocar como pretexto para afectar el negocio jurídico, máxime si se tiene en cuenta 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, aunado a que dicho principio debe ser conocido por el actor en la medida en que es un profesional del derecho como se deduce de la exposición en el interrogatorio de parte.

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

Respecto del argumento señalado por Colpensiones referente a la vulneración del principio de sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media, 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

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

91

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

Esa financiación intra e intergeneracional no se sule 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.

Como no se puede desconocer que la razón legítima para promover la presente acción se contrae en la inconformidad del demandante sobre el monto de la posible mesada pensional, como lo indicó en su interrogatorio de parte y en los fundamentos de la demanda, se tiene que efectivamente el cubrir la diferencia de la mesada pensional entre los dos regímenes teniendo en cuenta para su cálculo la comunicación que obra a folios 17 y 18, sería un monto de \$3.988.700 mensuales sin tener en cuenta los aumentos legales anuales que se deben realizar a las mesadas pensionales de conformidad con la ley.

Esa diferencia debe ser asumida por el fondo común que administra COLPENSIONES al que no aportó el demandante, que se constituiría aproximadamente en la suma de \$1.143.959.160, adicionales al valor que se devuelve por parte de la Administradora de Fondo de Pensiones Porvenir, para pagar las mesadas pensionales de la pensión liquidada con las reglas del Régimen de Prima Media.

Ahora no se puede desconocer que el monto de la mesada pensional en cualquiera de los dos regímenes vigentes 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.; por lo que dicho monto desconocido al momento de la vinculación no se puede constituir en una causal de nulidad de la manifestación de la voluntad ni de ineficacia del acto jurídico de traslado.

Adicionalmente, frente a lo manifestado en el interrogatorio de parte que de acuerdo al derecho de igualdad las pensiones deberían ser iguales, es de anotar que al depender el monto de la situación personal de cada persona por la vida laboral, este no se garantiza por las normas laborales, salvo el monto mínimo ya que la mesada pensional no puede ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, no es el valor superior a dicho salario, sino el riesgo de la vejez.

Es por ello, que 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 no un monto determinado porque la liquidación dependerá de los parámetros que se encuentran definidos por la ley

Las anteriores razones bastan para revocar la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta el principio de consonancia consagrado en el artículo 66 A del CPTySS.

Adicionalmente, respecto de la causal de ineficacia en sentido estricto que se ha construido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por la falta de información al momento del traslado, se encuentra que ese marco jurisprudencial asigna la carga de la prueba de la

información otorgada al demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo.

En relación con ese marco jurisprudencial, 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, 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.

Véase 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)

El artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que consagra la causal de ineficacia de manera expresa, 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.

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

En ese orden de ideas, 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 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 1995, 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, porque se reitera el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos y se deben respetar los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política.

Aunado a que no se puede desconocer que las Administradoras de Pensiones cumplieron con la carga de la prueba sobre la asesoría, la que fue de manera verbal sin que esta situación se encontrara prohibida por la ley, situación que se deduce al analizar los elementos que obran en el proceso desde el principio de la comunidad de la prueba y los artículos 60 y 61 del CPTTySS.

Por consiguiente, se considera que en el presente caso no se dan los supuestos legales ni jurisprudenciales para declarar la ineficacia o la nulidad del acto jurídico 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.

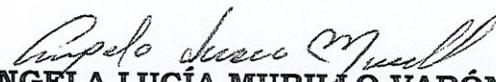
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

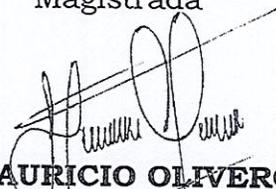
**RESUELVE**

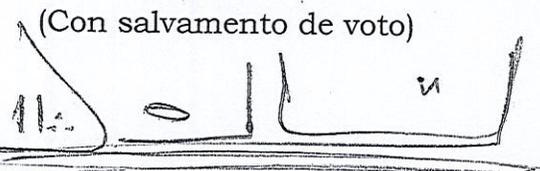
**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 21 de agosto de 2020 por el Juzgado Séptimo (7°.) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas por el señor **ANGEL ALBERTO ROMERO CAMPOS**, identificado con la C.C. 6.000.948.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado  
(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 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.

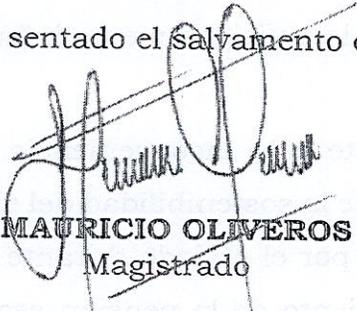
Finalmente, frente a la inconveniencia financiera del sistema pensional esbozada, considero que la sostenibilidad del sistema no se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión según los principios que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

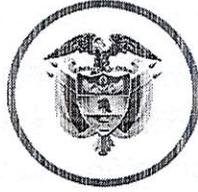
En consecuencia, para el suscrito Magistrado se configuró una violación del deber de información, lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, que no puede entenderse superada con las respuestas que dio la demandante en el interrogatorio de parte, la suscripción del formulario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

307



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

TSB-SALA LABORAL  
54797 30OCT\*20 PM 3:20

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** CARLOS FAJARDO FAJARDO

**DEMANDADO:** UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA Y OTRO

**RADICADO:** 11001 31 05 008 2017 00122 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 las partes contra la sentencia proferida el 13 de agosto de 2020 por el Juzgado Octavo (8°.) Laboral del Circuito de Bogotá.

**ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende que se declare que el demandante trabajó para la Corporación Universitaria Taller Cinco desde el 1° de febrero de 1989 hasta el 31 de diciembre de 1993; que trabajó para la Universidad INCCA de Colombia del 1° de julio de 1992 al 31 de diciembre de 2003; que las entidades demandadas no efectuaron los aportes a Seguridad Social (pensiones), durante todo el tiempo que duró la relación laboral; que al actor le asiste derecho a que le efectúe los aportes al Sistema de Seguridad Social ante el ISS hoy Colpensiones; a lo que se encuentre probado ultra y extra petita y a las costas.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: Ingresó a trabajar como profesor a la Corporación Universitaria Taller Cinco Centro de Diseño el 1° de febrero de 1989 y estaba sujeto a órdenes y al

**Demandada:** Expuso en el recurso que el demandante no tuvo una relación laboral sino civil de prestación de servicios conforme a las pruebas aportadas.

### **ALEGACIONES**

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones.

### **CONSIDERACIONES**

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si entre el demandante y la encartada existió un contrato de trabajo. En caso afirmativo se establecerán los extremos en que se desarrolló dicha vinculación, si procede el reconocimiento y pago del cálculo actuarial por el no pago de los aportes a la seguridad social.

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

- A folios 17-18, Avisos de entrada del trabajador al Instituto de Seguros Sociales.
- A folios 28-29, 32, 34-36, 215-216, certificados laborales y de prestación de servicios.
- A folios 20-22, 77-125, comprobantes de pago Seguridad Social.
- A folios 23-27, 30-31, 33, reclamaciones administrativas y respuestas.
- A folios 56, 58-76, contratos de prestación de servicios, Universidad INCCA de Colombia.
- A folio 57, contratos docentes por horas, Universidad INCCA de Colombia, agosto de 1990.
- A folios 220-224, 229-238, resumen cuenta, resumen semanas cotizadas, historia laboral.
- A folios 240, 244, certificado de afiliación a Colpensiones.
- A folios 247-254, Resolución No. SUB 173175 del 3 de julio de 2019.

#### **Caso Concreto**

La juez de primera instancia resolvió declarar que entre el demandante y la Universidad INCCA de Colombia existieron múltiples contratos de trabajo a término fijo como docente universitario entre el segundo periodo académico de 1992 al segundo periodo académico de 2003; condenó a la Universidad INCCA de Colombia a pagar a favor del demandante el respectivo cálculo

305

actuarial por el periodo comprendido entre el 1º. de enero y el 31 de diciembre de 2003.

Inconformes con esa decisión, los apoderados presentaron recurso, i) la parte demandada con el objeto de que se revoque la sentencia al considerar que entre el demandante y la encartada no existió ningún vínculo laboral y ii) la parte demandante al considerar que existió múltiples relaciones laborales entre el 1º. de julio de 1993 y el mes de diciembre de 2003.

Así las cosas, el Código Sustantivo del Trabajo consagra en los artículos 23 y 24 los requisitos del contrato de trabajo y la presunción legal de la subordinación cuando se presta de manera personal el servicio, de tal manera que una vez acreditada la prestación personal de un servicio, nace a favor de quien lo ejecuta una presunción de tipo legal sobre la existencia de un contrato de trabajo, beneficio que surge como una ventaja probatoria a favor de la parte activa quien se despoja de esa responsabilidad demostrativa, y cuya contradicción es de resorte de la parte llamada a juicio a quien corresponde desacreditar dicha presunción de tipo legal.

En el presente asunto, la prestación personal del servicio del accionante a favor de la llamada a juicio se encuentra evidenciada al estudiar en conjunto el caudal probatorio adosado al plenario, esto es, las certificaciones que militan de folios 28-29, 32, 34-36, 215-216, los contratos de prestación de servicios y el interrogatorio de parte recibido en la primera instancia.

Establecidas, así las cosas, se tiene que no existe discusión respecto de los servicios que prestó en forma personal el demandante como docente a favor de la demandada por hora catedra y como conferencista, por lo que se debe determinar si la convocada desvirtuó la presunción de subordinación que se activó en su contra, premisa que no se configura en el caso en estudio por las siguientes razones:

El *representante legal* no absolvió interrogatorio de parte y la A quo dio por cierto el hecho 13 de la demandada referente a que el demandante laboró para la demandada durante el periodo comprendido entre el 1º. de julio de 1992 y 31 de diciembre de 2003. Del interrogatorio de parte del demandante se puede evidenciar que prestó los servicios a la encartada durante el periodo ya mencionado en la modalidad de pago por hora catedra, pero adicionalmente prestó sus servicios como conferencista como se observa a folio 36.

De lo expuesto en precedencia, concluye la Sala, al igual que lo hizo la A-quo, que en este caso se configuró la existencia de múltiples contratos de trabajo, pues la realidad muestra que efectivamente el demandante dictaba

clases en la institución demandada, que su carga académica le era asignada desde el comienzo del periodo por la convocada a juicio, también debía cumplir con la correspondiente jornada académica, esto es, cumplir un horario.

Bajo ese panorama, para la Sala resulta evidente que la presunción de subordinación que se activó a favor del demandante una vez se acreditó la prestación del servicio como docente por cátedra no logró ser desvirtuada con los medios probatorios adosados al expediente, pues ninguna de las probanzas tiene la suficiente contundencia para colegir que esos servicios se prestaban de manera independiente y autónoma<sup>1</sup>.

Pero esa subordinación jurídica no se predica en los periodos en que prestó sus servicios como conferencista, dada la autonomía que tiene el contratista cuando presta este tipo de labor, por lo que la demandada no se encontraba obligada a afiliarse al demandante al sistema de Seguridad Social por la prestación de estos servicios.

#### **Aportes a seguridad social**

De otro lado, encuentra la Sala probado el argumento dado por el apelante en relación con los aportes a la seguridad social, a diferencia de cómo lo indicó la A-Quo, como quiera que estos tienen como finalidad la construcción de una pensión en los riesgos de I.V.M., debiéndose acotar que la solución de las obligaciones de seguridad social no está supeditada al arbitrio del empleador, ni se constituyen en una opción para satisfacerlas, pues del carácter de irrenunciabilidad de la misma se deriva su obligatoriedad, lo cual implica, que salvo los casos taxativamente señalados en la ley, no puede el empleador abstenerse de cumplirlas, por lo que se concluye que el recurso de apelación está llamado a prosperar, respecto de los periodos en que el demandante prestó sus servicios como docente por hora cátedra.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> sentencia SL12877-2017, radicación n.° 49760 del 23 de agosto de 2017, ha enseñado que "una vez establecida la prestación personal del servicio o la naturaleza subordinada de una relación que trató de presentarse como independiente, debe considerarse que la remuneración percibida es salario, aunque las partes durante el desarrollo del vínculo, le hayan asignado una denominación diferente o le den una apariencia distinta a ese pago y, por tanto, no desnaturalizan la primacía de la realidad, ni le restan la connotación de ser una retribución por un servicio prestado de carácter dependiente (CSJ SL 17195-2015), ello reforzado por la presunción establecida en el artículo 24 del CST"

<sup>2</sup> Sentencia SL4999-2019 Radicado n.° 55833 "lo que lleva a concluir que se extinguieron por prescripción todos los pedimentos que eran exigibles del 22 de junio de 2004 hacia atrás, excepto los aportes pensionales, dada su naturaleza imprescriptible, como dijo la Sala en sentencia CSJ SL1515-2018, en la cual se expuso:  
[...] No prospera la excepción de prescripción que presentó la empresa porque la jurisprudencia de la Corte ha indicado que el pago de los títulos pensionales a transferir es

205

Por lo expuesto, se modificará la sentencia del Juzgado, para fijar las fechas de vigencia de las relaciones laborales y salarios respecto de los cuales se ordenará el pago del cálculo actuarial correspondiente, a cargo de la demandada.

INICIO	FINAL	HORAS SEMANALES	HORAS EN EL SEMESTRE	VALOR HORA	TOTAL SEMESTRE	FOLIOS
1/06/1992	9/12/1992	5	84	\$2.340	\$196.560	36-57
1/02/1993	8/06/1993	10	182	\$3.500	\$637.000	36-56
1/07/1993	15/12/1993	7	128	\$3.500	\$448.000	36-58
1/02/1994	7/06/1994	12	184	\$4.200	\$772.800	36-59
1/07/1994	12/12/1994	16	263	\$4.200	\$1.104.600	36-60
1/02/1995	7/06/1995	13	206	\$5.200	\$1.071.200	36-61
1/07/1995	11/12/1995	8	130	\$5.200	\$676.000	36-62
1/02/1996	14/06/1996	17	167	\$7.800	\$1.302.600	36-63
1/07/1996	4/12/1996	8	137	\$7.800	\$1.068.600	36-66
1/02/1997	10/06/1997	16	180	\$10.000	\$1.800.000	36-65
1/07/1997	6/12/1997	18	165	\$10.000	\$1.650.000	36-67
1/02/1998	14/16/1998	10	146	\$12.000	\$1.752.000	36-69
1/07/1998	7/12/1998	3	146	\$12.000	\$1.752.000	36-70
1/02/1999	8/06/1999	10	80	\$14.400	\$1.152.000	36-71

Ahora respecto a los periodos correspondientes a los años 2000 a 2001 y primer periodo del año 2002 se verifica que se realizaron los aportes al sistema de seguridad social en pensiones como se constatan en la historia laboral anexa al expediente y recibos de pago (fls. 77-125 y 233-238).

En conclusión, se modificará la sentencia en cuanto a las fechas en que se debe cancelar el cálculo actuarial, conforme se señaló.

**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

**MODIFICAR** el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 13 de agosto de 2020, por el Juzgado Octavo (8°.) Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así: **SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada **UNIVERSIDAD**

*imprescriptible, en la medida que forma parte del capital indispensable para el reconocimiento de la pensión, que es de carácter vitalicia (CSJ SL 21798, 9 ago. 2006 y CSJ SL941-2018) [...]*"

Proceso ordinario 11001 31 05 008 2017 00122 01 de CARLOS FAJARDO FAJARDO contra  
UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA Y OTRO

INCCA DE COLOMBIA a pagar en favor del demandante **CARLOS FAJARDO FAJARDO** identificado con cedula de ciudadanía No. 16.590.041, el cálculo actuarial por los siguientes periodos teniendo en cuenta los siguientes salarios:

INICIO	FINAL	TOTAL SEMETRE
1/06/1992	9/12/1992	\$196.560
1/02/1993	8/06/1993	\$637.000
1/07/1993	15/12/1993	\$448.000
1/02/1994	7/06/1994	\$772.800
1/07/1994	12/12/1994	\$1.104.600
1/02/1995	7/06/1995	\$1.071.200
1/07/1995	11/12/1995	\$676.000
1/02/1996	14/06/1996	\$1.302.600
1/07/1996	4/12/1996	\$1.068.600
1/02/1997	10/06/1997	\$1.800.000
1/07/1997	6/12/1997	\$1.650.000
1/02/1998	14/16/1998	\$1.752.000
1/07/1998	7/12/1998	\$1.752.000
1/02/1999	8/06/1999	\$1.152.000

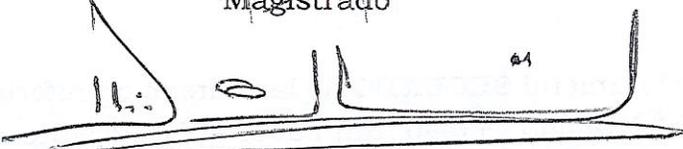
**SEGUNDO: CONFIRMAR** la decisión en todo lo demás.

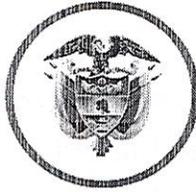
**TERCERO:** Sin costas en la presente instancia.

**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

TSE-SALA LABORAL  
54795 3800T\*28 PM 3:19

PROCESO ORDINARIO LABORAL

**DEMANDANTE:** EDNA ZORAIDA URREGO MORENO

**DEMANDADO:** CONGREGACION DE LOS HERMANOS DE LAS ESCUELAS  
CRISTIANAS

**RADICACIÓN:** 11001 31 05 008 2019 00145 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 el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 20 de agosto de 2020 por el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá.

### ANTECEDENTES

La parte demandante pretende de se *declare* que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 21 de enero de 2016 hasta el 4 de octubre de 2018, el cual terminó sin justa causa; que desempeñó el cargo de asistente desde el 12 de agosto de 2016 hasta el 4 de octubre de 2018, para que como consecuencia de ello, se condene a la demandada al incremento de salario durante el periodo en que fungió como asistente, al pago de las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, indemnización por no pago de acreencias laborales, lo ultra y extra petita y las costas que se generen en el proceso. (f.º4-5)

Como sustento de sus pretensiones, refirió que inició a prestar sus servicios en el cargo de auxiliar, bajo la modalidad de contrato a término indefinido, devengando un salario de \$800.000; que la señora Andrea Barrios Morales desempeñaba el cargo de asistente y devengaba un salario de \$2.103.036; que el 12 de agosto de 2016 asumió las funciones que desempeñaba dicha compañera de trabajo quien entró a gozar de una licencia de maternidad, para ese momento le fueron asignadas más funciones o actividades que requerían mayor experiencia y conocimientos; continuó desempeñando dicho cargo hasta el 20 de enero de 2018 cuando fue destituida, enviándola nuevamente a realizar tareas de auxiliar; durante todo el tiempo en que desempeñó el cargo de asistente, no recibió mejora salarial alguna; el 15 de junio de 2018 solicitó el pago de sus prestaciones y salarios como asistente, y la encartada negó dicha petición argumentando que no había desempeñado ese cargo y que no tenía las habilidades ni competencias para realizarlo; dijo que el 29 de agosto se celebró audiencia de conciliación ante el Ministerio del Trabajo, misma que se declaró fallida; que el 4 de octubre de 2018 recibió una misiva donde se le informaba sobre su despido sin justa causa. (f.º 2-4)

La demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones, con sustento en que, la demandante siempre se desempeñó como auxiliar durante toda la vigencia de la relación laboral.

Presentó como excepciones de mérito las que denominó: inexistencia de la obligación, falta de causa, cobro de lo no debido, buena fe, compensación, prescripción y la genérica (f.º 172-187).

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 20 de agosto de 2020, absolvió a la convocada de las súplicas de la demanda.

### **RECURSOS DE APELACION**

La apoderada de la parte demandante presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente con sustento en que no se observó debidamente el principio denominado a trabajo igual salario igual, debido a que el A-Quo no valoró correctamente la prueba recaudada.

### **ALEGACIONES**

28

La apoderada de la parte demandada presentó escrito de alegaciones finales.

## CONSIDERACIONES

### PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el presente caso hay lugar a aplicar el principio de a trabajo de igual valor, salario igual, y, en consecuencia, ordenar la reliquidación pretendida.

#### Elementos de prueba relevantes:

- A folio 12-14, contrato laboral
- A folio 15-25, comprobantes de nómina de la demandante y de Andrea Barrios Morales.
- A folio 29-122 y 139, comprobantes de caja menor, requisiciones, relación de caja menor, legalización de gastos, solicitudes de ejecución de presupuesto, comunicaciones donde se identifica a la demandante como asistente secretaria de educación y pagos de cuentas de cobro.
- A folio 136-138 y 151-154, acta de entrega encargo asistente de educación y caja menor a Andrea Barros.
- A folios 155-158, acta de entrega al Secretario de Educación.
- A folio 191-193, terminación del contrato de trabajo y liquidación
- A folio 204-209 hoja de vida de la demandante.
- A folios 212-213, certificaciones de funciones.
- Interrogatorio a la demandante
- Testimonios de Paola Viviana Malagón, Carlos Carvajal, Niki Murcia y Marcela Amaya

#### Caso concreto

En el presente proceso no hay discrepancia sobre la existencia de un contrato de trabajo entre las partes y sus extremos temporales; la discusión se centra en que la demandante considera que ejerció el cargo de asistente y, en consecuencia, se debe reliquidar el salario, prestaciones sociales, y la indemnización del artículo 65 del CST; para dichas condenas pretende la liquidación con el salario de Andrea Barrios quien ejercía el cargo de asistente de la Secretaria de Educación.

Respecto de la nivelación salarial pretendida se debe determinar si se acreditó en debida forma los presupuestos consagrados en el artículo 143 del C.S.T., con el fin de establecer el cumplimiento de las funciones del cargo de asistente sobre el cual la actora pretende el reajuste salarial incoado en la demanda en relación con la compañera de trabajo que ejercía dicho cargo; así mismo, si hay lugar o no a la procedencia de la reliquidación salarial y prestaciones sociales.

En primer lugar, el artículo 143 del CST modificado por el artículo 7 de la Ley 1496 de 2011 regula el principio de a trabajo de igual valor, salario igual así:

*“Artículo 143. A trabajo de igual valor, salario igual.*

- 1. A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en este todos los elementos a que se refiere el artículo 127.*
- 2. No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, género, sexo nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales.*
- 3. Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación.”*

Dicha norma, al igual que las demás contenidas en la ley antes mencionada tiene por objeto garantizar la igualdad salarial y de retribución laboral entre mujeres y hombres, y establecer mecanismos para erradicar cualquier forma de discriminación.

De allí que en dicha disposición se establezca, ante un trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, la presunción de injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación.

No obstante, la presunción consagrada en dicha disposición es de anotar que la misma no exonera al trabajador de demostrar los supuestos fácticos de la norma, esto es, que desempeña un trabajo de igual valor al que ejerce otra persona y recibe un salario desigual; para así una vez probados los hechos de que se desempeña el mismo puesto que otro trabajador con similares funciones y eficiencia, la demandada deba demostrar que la diferencia salarial se justifica por razones objetivas.

Lo anterior de conformidad con la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral que así lo ha manifestado,

291

entre otras, en sentencia SL17462-2014, de 10 de diciembre de 2014, radicación 44317, en la que menciona las sentencias de SL 5 feb. 2014, Rad. 39858, y SL 20 oct. 2006, Rad. 28441, donde reiteró lo dicho en las de 10 de jun. 2005 y 24 de mayo 2005, Rads. 24272 y 23148, respectivamente.

Pues bien, procede la Sala a analizar los medios probatorios que sirvieron de fundamento a la juez para proferir su decisión, encontrando lo siguiente:

La demandante en su interrogatorio de parte aceptó que fue contratada para desempeñar el cargo de auxiliar administrativa, que sus funciones eran de recepción, entre ellas, recibir documentos, llamadas, atender el conmutador y colaborar con temas de fotocopias, que reemplazó a Andrea Barrios mientras estuvo en sus incapacidades y licencia de maternidad, no firmó otro si, ni recibió ofrecimiento de cambio de salario, que hizo un acta de entrega al hermano Carlos Carvajal y a Andrea Barrios.

Andrea Barrios, con quien se pretende la nivelación salarial, en síntesis, manifestó que siempre desempeñó el cargo de asistente, que era la persona más cercana al Secretario de Educación, entre sus funciones se encontraban las de hacer presupuestos, cartas, oficios varios dirigidos a los colegios de La Salle, se comunicaba con los rectores, los coordinadores, con todas las personas relacionadas con la parte educativa, participaba de la logística de los eventos que se realizaban y contrataba con los proveedores, indicó que cuando salió a licencia de maternidad le hizo entrega de su cargo a la demandante; la asistente tenía la responsabilidad principal de la parte administrativa, mientras que Zoraida en el cargo de auxiliar o de recepción, apoyaba las labores administrativas, si había un evento ella apoyaba ayudando a llamar, mandando cartas, apoyaba el trabajo que se hacía en el segundo piso; precisó que en el ejercicio de su cargo como asistente no tenía tareas relacionadas con psicología, que el perfil del cargo era realizar labores asistenciales de la gerencia, ser la mano derecha del Secretario de Educación; dijo no conocer el documento que corre a folio 213, ni la mayoría de las funciones que allí se relacionan, salvo la que refiere a realizar la parte logística del montaje de los programas, pero no montar el programa como tal, agregó que durante sus 13 años de su relación laboral no trató temas de educación, pues fue más una labor logística administrativa, montaba estadísticas y gráficas, también manejaba la canasta educativa.

Paola Viviana Malagón indicó que desempeñó el cargo de auxiliar que tenía la demandante, las funciones de ese cargo eran apoyo total al administrativo que en ese momento era la actora, Zoraida era la encargada de la parte administrativa- legal de la secretaria, tenía relación directa con los

hermanos, presentaba los informes de requisiciones de la contratación con el Estado, el cargo de ella era apoyar a la demandante, era la recepcionista, finalmente, informó que no trabajó en el mismo espacio con la actora.

El *hermano Carlos Carvajal* explicó que la demandante ocupó el cargo de auxiliar y Andrea Barrios el de asistente, esta última salió del cargo para disfrutar de una licencia de maternidad, la demandante asistía temporalmente a Andrea, porque esa era una de sus funciones, dijo que la gestora no podía desarrollar las mismas funciones que la asistente porque para el año 2017 dichas labores disminuyeron en tanto se contrató un maestro que desarrolló las funciones pedagógicas, que se encargaba de la revisión y actualización de los proyectos educativos institucionales, era una persona experta, explicó que el cargo de asistente tenía unas mayores funciones que eran las académicas y pedagógicas; también refirió que Andrea lo acompañaba a tomar nota, que cuando llegó al cargo de secretario, Zoraida era la recepcionista porque esa era una labor de la auxiliar administrativa, también atendía a los hermanos y a las personas que llegaban, reiteró que la demandante estaba ejecutando una asistencia temporal al cargo de asistente; añadió que conoce el acta de entrega del folio 136 y se realizó porque tocaba devolverle los documentos a Andrea, aunque el documento no debió decir "encargo" porque no era un encargo, simplemente fue una asistencia temporal; explicó que las requisiciones consiste en el dinero que tiene la caja menor, se deben llevar los ingresos y egresos, esa es una tarea que hace tanto la auxiliar como la asistente, Zoraida también llevaba las canastas educativas, consiste en digitalizar la información, agregó que las diferencias entre el cargo de asistente y el de auxiliar, se contraen al perfil de la persona, para el asistente se prefiere con una persona con licenciatura en educación o psicología y el auxiliar ayudaba a complementar ese trabajo en equipo; finalmente, señaló que una vez Andrea regresó de su licencia y estaba en hora de lactancia, por un tema humano, le dijo que se encargara de otras cosas y por eso no regresó inmediatamente a su cargo de asistente.

A su turno, el *hermano Niki Murcia* indicó que conoció a Zoraida porque se vinculó a la congregación en el puesto de auxiliar en la oficina que él dirigía, estaba encargada de la recepción, de recibir llamadas, ayudar en la elaboración de algunos informes, recibía la correspondencia, apoyaba en distintos eventos que se realizaban en la secretaria, explicó que cuando Andrea le comunicó que se iba de licencia de maternidad adelantó y organizó el trabajo de suerte que solo quedaron pocas tareas por ejecutar, dentro de esas estaba un informe que debía ajustarse al modelo que pedía el Ministerio de Educación, esa fue una tarea que de manera previa se le había asignado

a la demandante, además de eso le pidió que se encargara del correo electrónico de la asistente y de pagos como el de refrigerio, señaló que la congregación contrató a una persona para que asumiera las funciones de la demandante porque el informe era bastante dispendioso, indicó que cuando se contrata a un asistente se espera que tenga una profesión que esté relacionada con el campo educativo o de psicología porque la oficina es para la parte educativa, Zoraida no tenía ese perfil, agregó que las requisiciones estaban en cabeza de la asistente.

Finalmente, se escuchó a *Marcela Amaya* quien explicó que la demandante fue contratada para el cargo de auxiliar administrativa, sus funciones eran las de recibir llamadas, toda la parte de archivo, la gestión documental, escaner de documentos y algunas cartas realizadas a computador, para este perfil se requieren funciones básicas y debe tener ciertas habilidades técnicas, no se necesita título; en cuanto al asistente administrativo se requiere experiencia en el sector educativo preferiblemente que maneje temas de convenios educativos, que haya tenido procesos de mejora continua y que haya manejado o tenga experticia en el tema de metodologías y apoyos educativos, se busca una persona con profesiones encaminadas con el área social, psicología y de pronto trabajadora social, explicó que cuando Andrea se fue a disfrutar de su licencia se tomó la decisión de que Zoraida apoyara ciertas actividades netamente asistenciales, esto es, apoyar cuando se ausentara Andrea, pero en ningún momento asumió las funciones y el cargo de asistente; explicó que no se ha creado un correo para la auxiliar administrativa y que se contrató a Viviana Malagón para que ejerciera el cargo de auxiliar mientras Andrea se encontraba en licencia de maternidad, y también se contrató a un asistente de investigación para que supliera las funciones de mayor experticia con el objetivo de que Zoraida no las hiciera, finalmente explicó que para los cargos de auxiliar y asistente no existe manual de funciones, las mismas se pactan desde un inicio.

Como pruebas documentales se trajeron al proceso el contrato laboral de la demandante, desprendibles de nómina, comprobantes de caja menor, requisiciones, relación de caja menor, legalización de gastos, solicitudes de ejecución de presupuesto, comunicaciones donde se identifica a la demandante como asistente secretaria de educación, pagos de cuentas de cobro, el acta de entrega encargo asistente de educación y caja menor a Andrea Barros y al Secretario de Educación y unas constancias de labores.

Descendiendo al caso bajo análisis, desde ya la Sala anticipa que la sentencia de primera instancia deberá ser revocada, al encontrarse acreditado que la demandante en efecto realizó las labores propias de

“asistente” como quiera que con el material probatorio recaudado no es posible concluir que la designación o “asistencia temporal” asignada a la señora Zoraida constituyera una función adicional a las que ya venía desempeñando como auxiliar administrativa, en la medida que probado está que la misma se desprendió de sus funciones iniciales, al punto que fue contratada otra persona, en el cargo de auxiliar, para el desarrollo de sus tareas primigenias, tal y como seguidamente pasa a explicarse:

Con lo expuesto por la demandante y lo narrado por los testigos escuchados en el curso de la primera instancia se encuentra que las labores de la *auxiliar administrativa* se contraían a funciones de recepción, entre ellas, recibir documentos, llamadas, atender el conmutador y colaborar con temas de fotocopias, apoyo de las labores administrativas, según informó Andrea Barrios y Paola Malagón, al paso que los hermanos Carlos Carvajal y Niki Murcia, explicaron, el primero de ellos, que la auxiliar era la recepcionista que también atendía a los hermanos y a las personas que llegaban, mientras que el segundo refirió que el auxiliar estaba encargada de la recepción, de recibir llamadas, ayudar en la elaboración de algunos informes, recibía la correspondencia, apoyaba en distintos eventos que se realizaban en la secretaria, finalmente Marcela Amaya refirió que las funciones de auxiliar administrativa, eran las de recibir llamadas, toda la parte de archivo necesaria, la gestión documental, escaner de documentos y algunas cartas realizadas a computador, en otras palabras, el auxiliar administrativo contribuía con el correcto y eficaz funcionamiento de la dependencia, tareas operativas y que como bien señalara la última de las deponentes eran “funciones básicas”

De otro lado, también quedó establecido que las funciones como “asistente”, según relató la señora Andrea Barrios, se encaminaban a ser la persona más cercana al secretario de educación, hacía presupuestos, cartas, oficios varios dirigidos a los colegios de La Salle, se comunicaba con los rectores, los coordinadores, con todas las personas relacionadas con la parte educativa, participaba de la logística de los eventos que se realizaban y contactaba con los proveedores, versión que en igual sentido fue confirmada por Paola Viviana Malagón quien refirió que la asistente era la encargada de la parte administrativa- legal de la secretaria, tenía relación directa con los hermanos, presentaba los informes de requisiciones de la contratación con el Estado, de suerte que estas labores a diferencia de las de asistente, eran más específicas y calificadas, no solo por el grado de cercanía con el secretario sino porque requerían un conocimiento más elaborado.

Igualmente, se encuentra por fuera de debate que la señora Andrea Barrios previo a iniciar su licencia de maternidad fue objeto de varias incapacidades, siendo la primera de ellas. el 12 de agosto de 2016 y que retornó a sus labores habituales hasta el 17 de enero de 2018 como dan cuentas las documentales que corren a los folios 136-138 y 151-154.

En este punto, cabe precisar que, a juicio de la Sala, la demandante durante dicho interregno desempeñó las funciones propias de un asistente de educación tal y como se constata de las documentales que militan a los folios 22-122 y 129, en la que se aprecian entre otros documentos suscritos y elaborados por la propia demandante, algunos comprobantes de caja menor, requisiciones, relación de caja menor, legalización de gastos, solicitudes de ejecución de presupuesto, correos electrónicos en los que solicita y envía información relacionada con presupuesto, inconsistencia en los gastos, correcciones a la ejecución presupuestal, remisión de novedades de horas extras, incapacidades, comunicaciones donde incluso dependencias de la misma encargada identifican a la demandante como asistente secretaria de educación, pagos de cuentas de cobro, sumado a que fue la misma Andrea Barrios quien informó que previo a su salida, le entregó su puesto a la demandante.

Es más, al revisar el acta de entrega que corre a los folios 136 a 139, también se logra apreciar otro tipo de tareas especializadas y calificadas que fueron adelantadas por la demandante que difieren sustancialmente de las asignadas al auxiliar.

De otro lado, causa mucha extrañeza que, si la demandante estaba ejecutando una asistencia temporal, la misma se hubiera extendido por más de 1 año y 4 meses, incluso luego del vencimiento de la licencia de maternidad de Andrea Barrios, aunado a que no se explica por qué se procedió a levantar una acta de entrega del cargo de "asistente de educación" si se tenía la convicción de que la demandante nunca ejerció ese cargo, situación que por demás fue avalada por el Hermano Carlos Carvajal, quien en su momento era el jefe inmediato de la actora.

Todos estos elementos de prueba evidencian que, si bien la denominación del cargo de la actora era el de auxiliar, lo cierto es que las funciones adelantadas desde el 12 de agosto de 2016 hasta el 17 de enero de 2018 desde su esencia se correspondían al cargo de asistente.

En otro giro, la convocada a juicio fincó su defensa en que el cargo de asistente requería de una persona que tuviera manejo y experiencia en el

tema de metodologías y apoyos educativos, es decir, se buscaba a alguien con profesiones encaminadas al área social, psicología y educación, sin embargo, revisado el plenario no se advierte que tal argumento se acompase con lo que arrojan los medios probatorios, en especial con lo expuesto por la propia Andrea Barrios quien en su testimonio señaló que desconoce los requisitos para ser asistente, que se presentó a la vacante mientras adelantaba estudios de psicóloga, que en el ejercicio de su cargo como asistente no tenía asignadas tareas relacionadas con su carrera, que el perfil del cargo era realizar labores asistenciales de la gerencia y que durante sus 13 años de contrato no trató temas de educación, porque realizaba una labor más logística administrativa, lo que de paso lleva a colegir que la supuesta contratación del experto en proyectos educativos institucionales, no disminuyó las labores de la asistente, como lo pretende hacer ver los testigos de la pasiva, por la sencilla razón que dichas funciones no estaban asignadas al cargo de asistente.

También se esgrime que conforme a las certificaciones que corren a los folios 212 a 213, una de las funciones de la demandante era la de suplir temporalmente al cargo de asistente administrativa, no obstante, dichos documentos además de no tener una fecha de elaboración, tampoco se encuentran recibidos por la actora, de manera que no es posible tener certeza que Zoraida conociera con antelación que esa era una de sus funciones, máxime cuando la señora Marcela Amaya mencionó que para los cargos de auxiliar y asistente no existe manual de funciones y que estas se pactan desde un inicio con el jefe por lo que permite colegir que se elaboraron precisamente con ocasión de la presente demanda.

Bueno es recordar que tanto el Hermano Niki como el Hermano Carlos manifestaron que, en caso de la ausencia de la asistente, ellos o su grupo podían asumir las labores que estaban pendientes.

Adicionalmente, no puede pasarse por alto que Andrea Barrios dijo no conocer el documento que corre a folio 213, ni la mayoría de las funciones que allí se relacionan, salvo la relacionada con realizar la parte logística del montaje de los programas, pero no montar el programa como tal.

A la par de lo anterior, para la Sala tampoco queda duda que la parte actora acreditó que las funciones como asistente fueron desempeñadas en las mismas condiciones de eficiencia, responsabilidad, intensidad y calidad que Andrea Barrios, pues basta con revisar los testimonios de los Hermanos Niky y Carlos para corrobora tal conclusión.

294

En cuanto a que Andrea Barrios llevaba más tiempo al servicio de la convocada, que la misma demandante, es de anotar, que esa situación resulta irrelevante en este asunto porque según informó Carlos Carvajal solo hasta enero de 2017 comenzó a desempeñar al cargo de secretario de educación, al paso que el Hermano Niki refirió que durante los 4 años que ejerció el mismo cargo tuvo una asistente antes de Andrea y de la propia demandante.

Así pues, una vez evidenciado que el cargo que desempeñó la promotora entre el 12 de agosto de 2016 hasta el 17 de enero de 2018, fue el de asistente, al desarrollar idénticas funciones, responsabilidades y condiciones de modo, tiempo y lugar, que las que le fueron asignadas a Andrea Barrios. se invierte la carga de la prueba y es a la convocada a quien le corresponde acreditar la justificación del trato salarial diferente, es decir, demostrar motivos relevantes en cuanto a eficiencia, lo cual como quedó visto no se dio.

Ahora, si bien no se desconoce que la demandante solo hasta el 15 de junio de 2018, mostró inconformidad con la asignación salarial que le fue asignada, lo cierto es que la aquiescencia del trabajador para recibir una retribución salarial inferior a la que en realidad le corresponde, no libera al empleador de dicho pago.

En esa medida procede la Sala a efectuar las correspondientes operaciones del caso encontrando lo siguiente:

Conforme a los comprobantes de pago que obran a los folios 15-25 la demandante y Andrea Barrios devengaron los siguientes salarios:

Año	Edna Zoraida Urrego Moreno	Olivia Andrea Barrios Morales
2016	\$800.000	\$2.103.036
2017	\$852.000	\$2.239.733
2018	\$903.120	\$2.374.117

Así las cosas por diferencias salariales, se condenará a la demandada a pagar la suma de \$23.885.353.53.

Por reajuste cesantías la suma de \$2.690.769

Por reajuste intereses cesantías la suma de \$322.891

Por reajuste primas 1.804.470.

Finalmente, respecto de la indemnización moratoria, de conformidad con la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral para imponer la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST se debe analizar si la actuación del empleador fue carente de buena fe, para ello se puede consultar entre otras las sentencias SL5628-2019 de la CSJ que reiteró lo señalado en la SL 2374 de 2018, SL-4076-2017 (49721), Marzo 15/17 y SL15964-2016.

En el caso bajo análisis, las pruebas obrantes al plenario se muestran suficientes para poner en evidencia que la parte demandada actuó desprovista de mala fe, pues cumplió con la obligación de pagar a la demandante los salarios y prestaciones que creyó deber, es decir, tenía la convicción que no adeudaba suma alguna por los conceptos cuyo pago se le impuso.

Ahora, si bien dejó de cancelar a la accionante la diferencia salarial existente, tal omisión no demuestra ningún tipo de interés en defraudar los intereses de la parte demandante pues ello obedeció a su convencimiento de que Edna Zoraida Urrego Moreno estaba asistiendo temporalmente las funciones de Andrea Barrios, aspecto que si bien no es suficiente para absolver a la accionada de tales pagos, como se anotara en líneas precedentes, sí denotan una actuación de buena fe, pues no fue por capricho que no reconoció tales diferencias con su correspondiente reliquidación.

En consecuencia, se absolverá a la demandada en esta suplica

**COSTAS:** Sin costas en esta instancia porque se surtió el grado jurisdiccional de consulta.

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

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 20 de agosto de 2020 por el Juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá., por las razones expuestas, para en su lugar **DECLARAR** que la base salarial de la señora **EDNA ZORAIDA URREGO MORENO** durante el periodo comprendido entre el 12 de agosto de 2016 hasta el 17 de enero de 2018 fue: para el año 2016 \$2.103.036, para el año 2017 \$2.239.733 y para el año 2018 \$2.374.117.

**SEGUNDO: CONDENAR a CONGREGACION DE LOS HERMANOS DE LAS ESCUELAS CRISTIANAS** al reconocimiento y pago de las siguientes acreencias con ocasión de la nivelación salarial respecto del cargo de Asistente:

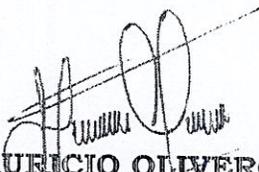
- \$23.885.353.53, por diferencias salariales
- \$2.690.769, por reajuste cesantías
- \$322.891 por reajuste intereses cesantías
- \$1.804.470 por reajuste primas

**TERCERO: ABSOLVER** a la demandada de las demás pretensiones.

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

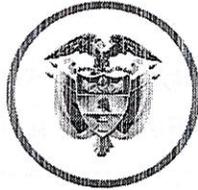
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**HERNAN 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  
54795 38OCT\*20 PH 3:19

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** LIBIA ELMITH RAMIREZ BERMUDEZ

**DEMANDADO:** COLPENSIONES - PROTECCION S.A.- COLFONDOS S.A.

**RADICADO:** 11001 31 05 008 2019 00486 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 decidir el recurso de apelación presentado por el apoderado de **Colpensiones** contra la sentencia proferida el 2 de julio de 2020 por el Juzgado Octavo (8°.) Laboral del Circuito de Bogotá y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES.

**ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende se *declare* la nulidad e ineficacia del traslado inicial realizado en el régimen de ahorro individual con solidaridad, para que, como consecuencia de ello, se condene a Colpensiones a aceptar su retorno al régimen de prima media con prestación definida y a recibir todos los valores que hacen parte de su cuenta individual, a Colfondos a devolver con destino a Colpensiones todos y cada uno de los valores consignados en la cuenta de ahorro individual, a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez prevista en el acuerdo 049 de 1990 en virtud de la condición más beneficiosa, al pago de intereses moratorios, y a lo ultra y extra petita. (f.° 28-31)

Proceso ordinario 11001 31 05 008 2019 00486 01 de LIBIA ELMITH RAMIREZ BERMUDEZ  
contra COLPENSIONES  
Y OTRO.

Frente a esas pretensiones, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a todas y cada una de ellas, con sustento en que dicho fondo brindó a la demandante una información suficiente, oportuna y veraz, lo que le permitió tomar una decisión libre y voluntaria sin ningún tipo de presión.

Presentó como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por OLD Mutual S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado y compensación y pago. (f.º 146-159).

Respecto de dichas pretensiones, la demandada PROTECCION S.A. informó que no se oponía respecto de algunas de las pretensiones, sin que esa decisión implicara allanamiento alguno, frente a las otras se opuso, con sustento en que los asesores comerciales de Colmena hoy Protección, se encontraban debidamente capacitados y entregaron toda la información requerida a la demandante sobre las características, ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual con solidaridad, para que esta tomara de manera libre, espontánea e informada su decisión de cambio, de manera que la actora se encuentra válidamente afiliada al RAIS, máxime cuando no se acredita la existencia de vicios del consentimiento.

La actora se encuentra válidamente afiliada al Rais conforme se demuestra con la documental que se aporta.

Presentó como excepciones de fondo las que denominó validez de la afiliación a Colmena hoy Protección, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y genérica. (f.º 167-175)

Finalmente, COLPENSIONES se opuso a todas y a cada una de las pretensiones al considerar que el traslado efectuado por la demandante se realizó de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado le suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el traslado de régimen.

Presentó como excepciones de mérito las que denominó prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la innominada o genérica. (f.º 187-195)

#### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Octavo (8) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 2 de julio de 2020, declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante el 29 de noviembre de 1995; condenó a Colpensiones a admitir el traslado pensional de la actora; condenó a Colfondos a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la actora, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, gastos administrativos junto con los intereses que se hubieren causado; condenó a Colpensiones a aceptar todos los valores que devuelva Colfondos y que reposen en la cuenta individual de la actora efectuando todos los ajustes en la historia pensional de la gestora; condenó a Colpensiones a que efectuado el traslado del régimen pensional y previa solicitud de la actora estudie el reconocimiento pensional de conformidad con lo expuesto en la providencia; absolvió a Protección de las pretensiones; sin condena en costas.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de la Colpensiones dentro de la oportunidad procesal interpuso recurso de alzada en consideración a los siguientes aspectos: i) no se valoró en su integridad la prueba documental, ii) la asesoría realizada a la demandante se ajustó a las previsiones legales de la época en que se llevó a cabo, iii) la afiliación se realizó de manera libre y voluntaria y iv) la controversia en el presente asunto gravita en torno al valor de la mesada pensional que recibirá la actora en el régimen de ahorro individual vs el régimen de prima media con prestación definida.

### **CONSIDERACIONES**

#### **PROBLEMA JURÍDICO**

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

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

- A folios 40, cédula de ciudadanía de la demandante que da cuenta que nació el 29 de marzo de 1961
- A folios 57-58, historia laboral en Colpensiones.
- A folio 59, certificación expedida por Colpensiones donde se informa que la actora se encuentra asignada al régimen de ahorro individual.
- A folios 63 y 177, formulario de afiliación ante Colfondos y Colmena.
- A folio 176, registro SIAFP.

- A folios 178-181, estado de cuenta en Protección.
- A folios 184- 186, comunicados de prensa.
- Interrogatorio de parte a la demandante

### **Caso Concreto**

Los argumentos de los recursos de apelación se encuentran encaminados a demostrar que en el presente caso i) no existió vicio del consentimiento, en la medida que la afiliación se realizó de manera libre y voluntaria; ii) se entregó la asesoría al demandante conforme a lo reglamentado por la ley para la fecha del traslado y iii) demostrar que la verdadera inconformidad de la actora se contrae al monto de su pensión.

Para resolver el problema jurídico planteado, lo primero que se observa en el presente proceso es que las pruebas acreditan que la demandante a la edad de 34 años (f.º 40) se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual cuando contaba con 19.71 semanas cotizadas al sistema (fº 57), que no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen ya que no contaba con 50 años de edad ni gozaba de pensión de invalidez, aunado a que suscribió la solicitud de vinculación al RAIS de manera libre, espontánea y sin presiones, tal como se dejó constancia en el mismo formulario (fº 177) y se corroboró en el interrogatorio de parte.

Tal como lo señaló el apelante, el acto de traslado de régimen cumplió con los requisitos señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, que son de validez de conformidad con el mismo artículo, norma que permitía que exigía que el consentimiento expresado al momento de la selección de régimen fuera en forma libre, espontánea y sin presiones, lo cual se verifica con lo expuesto en el interrogatorio de parte por la demandante, que permite colegir las razones que en su momento valoró y le permitió concluir que a su situación particular le convenía más estar vinculada en el Régimen de Ahorro Individual.

Recuérdese que la demandante expuso en su declaración que recibió una asesoría que duró como una hora, que además de los asesores de los fondos privados estaban los del Seguro Social, que había unas diapositivas en las cuales se les informó que las pensiones en el RAIS consistían en una proyección del ahorro y que se podía pensionar con las  $\frac{3}{4}$  partes del sueldo. Aunado a esto, no puede pasarse por alto que no existía razón alguna para que el fondo negara el traslado, de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994, ya que esa conducta les estaba prohibida cuando una persona cumple los requisitos para la vinculación.

270

La recurrente señala que en el acto de traslado no existen vicios del consentimiento, por cuanto de las documentales se extrae que la afiliación lo fue de manera voluntaria, libre y espontánea, y para determinar la ocurrencia o no de dicha figura, se debe remitir al artículo 1508 del C.C. y al comparar esas definiciones con los diferentes elementos de prueba que obran en el expediente se deduce que se alega la existencia de un error de hecho fundado en el engaño, al no proporcionar una información, clara, completa y cierta, tal y como se desprende del capítulo denominado "Omisiones", y este tipo de error se configura cuando el consentimiento recae sobre la especie de un acto o contrato que se ejecuta diferente al que se pretendió.

De lo expuesto en el interrogatorio se deduce que lo pretendido por la demandante fue el traslado de régimen y esto fue lo que acaeció por lo que se desvirtúa la existencia del error de hecho o el presunto engaño.

Ahora, si en gracia de discusión se aceptara que la actora incurrió en un error para la toma de su decisión por el desconocimiento de las implicaciones jurídicas del traslado, es de anotar que este tipo de error lo clasifica la doctrina como de derecho, porque de acuerdo con su definición doctrinal, se refiere "a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico".<sup>1</sup>

El error de derecho por disposición legal no genera vicios del consentimiento, lo cual se constata en el artículo 1509 del C.C., y ello es así porque el desconocimiento de la ley no sirve de excusa de conformidad con el artículo 9 del Código Civil, el cual fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 651 de 1997, aunado a que dicha falta de conocimiento no se puede invocar como pretexto para afectar de vicios el consentimiento, máxime cuando las consecuencias del traslado operan en virtud de la ley, al punto que así se señala en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68852 y ha sido aplicada por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-401/16 por constituirse en un desarrollo del artículo 95 de la Constitución Política.

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

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

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

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

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

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

En cuanto a la causal de ineficacia en sentido estricto que se ha construido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por la falta de información al momento del traslado, se encuentra que ese marco jurisprudencial asigna la carga de la prueba de la información otorgada al demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo.

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

221

se alegan en el presente caso, y en gracia de discusión, no le compete a la jurisdicción definir sobre su ocurrencia o no.

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

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

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

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

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

Si en gracia de discusión se analizara la causal de ineficacia del acto de traslado por incumplimiento al deber de información asignado a las Administradoras de Pensiones, que se reitera deviene de la jurisprudencia, 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) 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 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

222

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.

Adicionalmente, en el presente caso se encuentra 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 a la demandante, al punto que es ella misma quien en el interrogatorio de parte acepta que se le entregó asesoría no solo de los fondos privados sino también del Seguro Social, cuyos aspectos fueron las razones por las que escogió el Régimen de Ahorro Individual y que excluían su deseo de permanencia en el Régimen de Prima Media.

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 184- 186, 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, sumado a que en el formulario que corre al folio 177, se le hizo saber que podría ejercer el derecho de retracto dentro de los 5 días siguientes a la firma de la solicitud de vinculación.

De otro lado, en el presente caso no se puede desconocer que la razón genuina para promover la presente acción se contrae en la inconformidad sobre el monto de la posible mesada pensional, (omisión séptima de la demanda) y sobre el particular, es de anotar que en cualquiera de los regímenes el monto de la pensión se define al momento de causar o exigir la pensión una vez cumplido los requisitos y no al momento de la vinculación, en la medida en que dicho monto depende de varios factores que se presentan durante la vida laboral de la persona; en el Régimen de Prima Media del cumplimiento de requisitos, tiempo de cotizaciones y salarios base de cotizaciones y en el Régimen de Ahorro Individual de los aportes a la cuenta individual, bonos pensionales, aportes voluntarios, rendimientos, edad que se escoja de retiro, personas a cargo, etc.; de tal manera que cualquier proyección que se realice al momento de la afiliación como lo define la norma es solo un presupuesto basado en variables futuras inciertas y la falta de dicho presupuesto no tiene la virtualidad de afectar la

voluntad del afiliado ni la eficacia del acto jurídico del traslado porque no era un requisito exigido por la ley.

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

Ahora como se surte el grado jurisdiccional de la sentencia a favor de COLPENSIONES se tiene que la sentencia que declara la ineficacia del acto de traslado contraría los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera y solidaridad propios del régimen de prima media, en la medida que se acredita en el proceso con los hechos de la demanda que la inconformidad del demandante y el motivo del presente proceso es el posible monto de la mesada pensional, cuya diferencia debe ser asumida por el Régimen de Prima Media con los recursos del fondo común al que nunca aportó la demandante por el término en que se deba pagar las mesadas pensionales, sumas adicionales a las que aportó en su cuenta de ahorro individual.

Para garantizar la sostenibilidad financiera de los dos regímenes se declaró la exequibilidad del término de carencia de la facultad para realizar traslado entre regímenes consagrada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por la Corte Constitucional, al considerar efectivamente que un traslado en fecha cercana a la de adquirir el derecho a la pensión descapitaliza el fondo común.

Lo anterior se deduce del contenido de la sentencia C-1024 de 2004 en la que se expuso *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera*

que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.

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

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

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

Proceso ordinario 11001 31 05 008 2019 00486 01 de LIBIA ELMITH RAMIREZ BERMUDEZ  
contra COLPENSIONES  
Y OTRO.

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

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

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

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores causados durante la permanencia en el régimen de ahorro individual, lo cual se deduce de la misma normatividad pensional que solo permite el regreso en cualquier tiempo al Régimen de Prima Media a las personas que cotizaron 15 años o más al régimen antes del 1 de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral antes de dicha fecha, de acuerdo con el requisito de semanas exigidos para esa anualidad, porque en la actualidad la proporcionalidad sería de 18 años o más en la medida que el número de semanas para adquirir el derecho son 1300.

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

que en el presente caso no se dan los supuestos legales ni jurisprudenciales para declarar la ineficacia o la inexistencia o la nulidad del acto de traslado al régimen de ahorro individual, por lo que hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia.

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

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

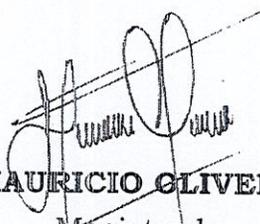
**RESUELVE**

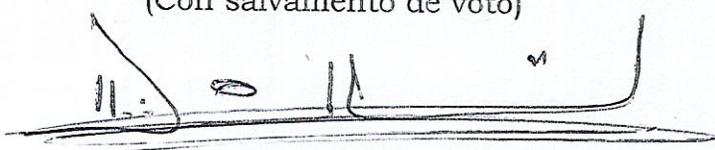
**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 2 de julio de 2020 por el Juzgado Octavo (8°.) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas por la señora LIBIA ELMITH RAMIREZ BERMUDEZ, identificado con la C.C. 51.628.822.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

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

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



**SALVAMENTO DE VOTO**

**Demandante:** Libia Elmith Ramírez Bermúdez

**Demandado:** Colpensiones y otros

**Radicado:** 11001 31 05 008 2019 00486 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

100



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

TSB-SALA LABORAL  
54789 30OCT\*20 PM 3:18

## PROCESO ORDINARIO LABORAL

**DEMANDANTE:** SABRINA GUTIERREZ RUBIO

**DEMANDADO:** MISION TEMPORAL LTDA.

**RADICADO:** 11001 31 05 010 2017 00203 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 el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 17 de julio de 2020 por el Juzgado Décimo (10º.) Laboral del Circuito de Bogotá.

### ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare: i) la existencia de un contrato de trabajo celebrado entre las partes desde el 5 de julio de 2016, ii) la ineficacia del despido, ii) la inexistencia de solución de continuidad en la relación laboral existente entre las partes, ya que la ineficacia del despido implica la no solución de continuidad del contrato; y se condene en costas a la sociedad demandada.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: entre las partes se celebró un contrato de trabajo por la duración de obra o labor contratada; la demandante desarrolló labores de asesora comercial de tarjetas de crédito, como trabajadora en misión para la empresa usuaria Banco AV Villas; el salario devengado era el mínimo legal vigente, la fecha de inicio del contrato fue el 5 de julio de 2016; a la demandante se le

diagnosticó Hipertrofia de mama, para lo cual su médico tratante le prescribió el procedimiento mamoplastia de reducción por ginecomastia colgado local de piel, el cual se realizó el 27 de octubre de 2016; encontrándose incapacitada, esto es, en estado de debilidad manifiesta, la empresa demandada dio por terminado su contrato de trabajo a partir del 10 noviembre de 2016, sin permiso del Ministerio de Trabajo; por esta razón, la demandante interpuso acción de tutela por vulneración a sus derechos fundamentales a la estabilidad reforzada, al mínimo vital y a la seguridad social; con fecha de 9 de diciembre de 2016, el Juzgado 9 Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá D.C., ordenó a la empresa demandada su reintegro y, además, le indicó que debía iniciar el proceso ordinario laboral que se instaura mediante esta demanda; la empresa cumplió con el reintegro ordenado a partir del día 14 de diciembre de 2016. (fls. 28-30 y 40-42)

Frente a esas pretensiones, **MISIÓN TEMPORAL LTDA** se opuso a todas y cada una argumentando que la actora no es beneficiaria de la Ley 361 de 1997, adicionalmente, ese contrato trabajo terminó después del reintegro ordenado por tutela, por hechos constitutivos de justa causa; a la terminación del contrato de trabajo la actora no tenía una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%, y la entidad tenía la posibilidad de terminar dicho contrato de trabajo. Presentó la excepción previa de prescripción y de fondo las de ausencia de prueba, inexistencia de estabilidad laboral reforzada, pago, cobro de lo no debido, buena fe, genérica, compensación y prescripción. (Fls.56-63 y 87-94)

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Décimo (10º.) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 17 de julio de 2020, declaró la existencia del contrato de trabajo celebrado entre las partes desde el 5 de julio de 2016 hasta el 10 de noviembre de 2016, el cual finalizó por despido de la demandada Misión Temporal Ltda.; declaró probada la excepción de inexistencia de estabilidad laboral reforzada, propuesta por la demandada y, en consecuencia, la absolvió de todas y cada una de las pretensiones propuestas por la demandante; sin costas.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

La parte demandante reprochó la sentencia de primera instancia al considerar que la juez no valoró todo el material probatorio que demuestra que la actora fue despedida en estado de debilidad manifiesta.

### **ALEGACIONES**

Las partes demandante y demandada presentaron escrito de alegaciones.

El apoderado de la demandante presenta poder de sustitución, en consecuencia, se reconoce personería para actuar al Dr. NÉSTOR EDUARDO ÁVILA ROBLE, identificado con la cédula de ciudadanía 11.036.675 y T.P. 133.727.

## CONSIDERACIONES

### PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la procedencia de la ineficacia del despido y si, como consecuencia de ello, procede el reintegro y el pago de la indemnización solicitada en la demanda.

#### Elementos de prueba relevantes:

- A folios 8-19, Decisión de tutela del 9 de diciembre de 2016.
- A folio 20, terminación contrato de trabajo.
- A folios 21-22, 133-134, Acta acuerdo de reintegro laboral.
- A folios 23-27, incapacidades.
- A folios 64-65, 114-116, contrato individual de trabajo por la duración de una obra o labor determinada.
- A folios 66-68, 132, correo procedencia de retiro.
- A folio 69, terminación contrato laboral.
- A folios 70-71, 175, liquidación de contrato.
- A folios 72-73, sanciones disciplinarias.
- A folio 74, citación a descargos, 14 de marzo de 2019.
- A folios 75-78, acta de descargos.
- A folios 79-81, terminación contrato de trabajo con justa causa.
- A folio 113, requerimiento de personal dirigido a Misión Temporal Ltda.
- A folios 117-131, 142-174, certificado de aportes a Seguridad Social y volantes de nómina.
- A folios 135-136, aceptación y adhesión a la oferta de mercantil NCC-No. 13 PERTEM 01 del Servicio de Suministro y Administración de Personal en Misión de fecha de noviembre de 2015.
- A folios 137-141, oferta de suministro y administración de personal en misión de Misión Temporal Ltda. para Grupo Aval y empresas cubiertas.

#### Caso Concreto

No es objeto de discusión que entre las partes existió una relación laboral desde el 5 de julio de 2016 hasta el 10 de noviembre de 2016, el cual finalizó por iniciativa del empleador la demandada MISIÓN TEMPORAL LTDA, el objeto de reproche del recurrente es que dicha terminación se dio cuando la actora gozaba de estabilidad laboral reforzada conforme con las documentales allegadas al plenario.

Decantado lo anterior, procede la Sala a resolver el problema jurídico relacionado con la estabilidad laboral reforzada que se pregona por parte de la demandante.

Para definir el asunto bajo estudio, se tiene que la Ley 361 de 1997 establece una serie de mecanismos destinados a proteger e integrar socialmente a las personas en condición de discapacidad, dando desarrollo a través del artículo 26 a la estabilidad laboral reforzada de la que deben gozar los trabajadores en estado de discapacidad.

De conformidad con la reiterada jurisprudencia, frente a la solicitud de ineficacia del despido con el consecuencial reintegro conforme a la protección brindada en la Ley 361 de 1997, es necesario acreditar el grado de limitación en la capacidad laboral, junto con el conocimiento que debe tener el empleador de la misma, y que entre éstas haya mediado un nexo de causalidad para la terminación del contrato que permita colegir que el fenecimiento del vínculo se produjo con ocasión de la discapacidad que padece la trabajadora.

En este punto, conviene recordar que la Ley 361 de 1997 no determina los extremos de la limitación severa o profunda, pero se debe tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional contenida en sentencia SU-049 de 2017 cuando señala que el estado de salud de quien pretende el fuero de estabilidad laboral reforzada por discapacidad física, exige que dicho estado de salud sea de tal magnitud que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares.

Así mismo, se debe tener en cuenta que la Corte Suprema de Justicia, sala de casación laboral, en Sentencia SL1360-2018 al interpretar el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, expuso:

*“que dicho precepto no prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, sino que «lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio», ...”.*

190

Lo anterior, es relevante dado que ante el inspector del trabajo debe acudir el empleador cuando la terminación del vínculo sea por razón de la situación de discapacidad del trabajador, conforme lo prevé el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Analizado todo el material probatorio adosado al expediente, se determina que para la fecha en que la pasiva dio por terminado el contrato de trabajo de la demandante, la actora no contaba con una limitación que le impidiera o dificultara sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares para cobijar a la trabajadora con una estabilidad laboral reforzada, pues se observa que solo contaba con una certificación del 27 de octubre de 2016, en donde se le informa que se debía realizar una cirugía para el 31 de octubre de 2016 (fol. 27), cirugía que se llevó a cabo el 16 de noviembre según manifestó la actora en su interrogatorio de parte, fecha posterior al fincamiento de la relación laboral, allegó unas incapacidades de 1 día relacionada con su diagnóstico Hipertrofia de mama, que dio lugar a la cirugía de mamoplastia de reducción por ginecomastia colgado local de piel.

En esa dirección, se colige que las incapacidades que reposan en el plenario, no fueron continuas y no tuvieron la virtualidad de impedir a la actora realizar sus funciones al punto que para la fecha de terminación del vínculo no se encontraba en licencia médica, es más en su interrogatorio de parte claramente indicó que desempeñaba muy bien sus funciones, por lo cual se descarta que la terminación del vínculo haya sido originada por una causa subjetiva o por alguna disminución de la capacidad laboral de la actora.

Alega la parte recurrente que la parte demandada conocía del padecimiento de la demandante, situación que no desconoce la Sala ni negó la parte demandada, pues como la actora misma manifestó le concedieron el permiso para dirigirse a su EPS Cafesalud a realizar los trámites correspondientes para su cirugía, pero que hasta la fecha de la terminación laboral no se había obtenido la reprogramación de está.

Igualmente, es de anotar que la terminación del vínculo laboral por razón distinta a la situación de discapacidad de una persona no da lugar a la solicitud de autorización por parte del ministerio, siendo precisamente esa la situación que se presentó en el caso bajo consideración de la Sala, en la medida que la terminación del vínculo laboral que existió entre las partes lo fue por la terminación de la obra para la que había sido contratada (fol. 69), de acuerdo con el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, esta causal no constituye un despido como tal, sino que resulta ser un modo autorizado por la ley que no acarrea sanción alguna, lo que impone colegir que la

encartada no debía solicitar permiso al ministerio para proceder a finalizar el contrato de trabajo de la demandante.

En conclusión, no están llamados a prosperar los argumentos del recurso de apelación y hay lugar a **confirmar** la sentencia de primera instancia.

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

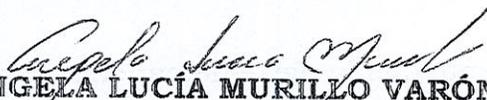
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 17 de julio de 2020 por el Juzgado Décimo (10°.) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

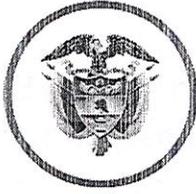
**SEGUNDO:** Sin costas en la presente instancia.

**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

54787 30007\*20 PM 3:18

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** GUILLERMO PARRA RINCÓN

**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

**RADICADO:** 11001 31 05 013 2019 00556 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 el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 9 de julio de 2020 por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá.

**ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende que se declare que reunió los requisitos para la pensión de vejez de conformidad con lo establecido en el Decreto 758 de 1990 y Acuerdo 049 de 1990 desde el 31 de mayo de 2017; que se debe reconocer y pagar los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a la tasa más alta fijada por la Superintendencia Financiera de Colombia; que se condene a las costas y agencias en derecho.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: que realizó sus aportes pensionales Instituto del Seguro Social hoy

Colpensiones; que en la historia laboral emitida por Colpensiones no se contabiliza los aportes realizados por la demandante como empleado de Promarket desde el 1 de octubre de 1996 al 31 de agosto de 2010; dentro de ese periodo presentó omisión en el pago de los aportes pensionales, Colpensiones cuenta con la facultad de realizar el cobro de los aportes en mora y no lo realizó; el demandante logró cotizar más de 1.000 semanas, teniendo en cuenta el tiempo laborado con Promarket Ltda; el 10 de agosto de 2018 solicitó ante Colpensiones el cobro coactivo de los aportes pensionales comprendidos entre el 1 de octubre de 1996 al 31 de agosto de 2010; Colpensiones, mediante oficio del 15 de noviembre de 2018, manifestó que procedió a realizar el cobro de los periodos, sin embargo, dichos periodos no están relacionados en la historia laboral; el demandante al 1 de abril de 1994 tenía más de 40 años de edad siendo beneficiario del régimen de transición establecido en el Sistema Integral de Seguridad Social; nació el 20 de abril de 1952; cumplió 60 años el 20 de abril de 2012; la última cotización la realizó el 31 de mayo de 2017; alcanzó el status pensional el día 20 de abril de 2012; logró cotizar más de 750 semanas al 25 de julio de 2005; lo que le permite extender el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014; el 10 de agosto de 2018, solicitó ante Colpensiones el reconocimiento de la pensión de vejez del demandante y mediante la Resolución No. SUB330079 del 26 de diciembre de 2018 se negó la misma. (fls. 2-12)

Frente a esas pretensiones, **COLPENSIONES** se opuso a todas y cada una argumentando que el demandante no acreditó el cumplimiento de los requisitos para adquirir el derecho a la pensión reclamada y la entidad ya efectuó las diligencias respectivas para el cobro coactivo. Presentó como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones. (Fls. 50-55)

### DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 9 de julio de 2020, condenó a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez al demandante, la cual deberá ser debidamente reajustada año a año, y pagarse el retroactivo debidamente indexado; absolvió a la demandada de las demás pretensiones elevadas en su contra; declaró no probadas las excepciones propuestas; condenó en costas a la demandada incluyendo como agencias en derecho el equivalente a 1 SMLMV.

## **APELACIÓN**

El apoderado de la parte actora en el momento procesal oportuno presentó recurso de apelación frente a la absolución de intereses moratorios.

## **CONSIDERACIONES**

### **PROBLEMA JURÍDICO**

En grado jurisdiccional de consulta, determinar si el actor cumple con los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición, y en caso afirmativo, se resolverá el recurso de apelación para determinar si hay lugar al reconocimiento y pago de los intereses moratorios.

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

- A folios 13-16, 18-24, 34-44, reclamaciones administrativas y respuestas.
- A folios 17, 31, registro civil de nacimiento del demandante y cedula de ciudadanía, que da cuenta nació el 20 de abril de 1952.
- A folios 26-30, resumen cuenta, resumen semanas cotizadas, historia laboral.

#### **Caso Concreto**

La juez de primera instancia conforme a sus facultades ultra y extra petita computó 8.58 semanas durante el periodo de marzo a abril de 2012 y 0.14 semanas al periodo del 4 de noviembre de 1994 al 5 de agosto de 1996, y por ello, condenó a la demandada al reconocimiento de la pensión de vejez conforme al régimen de transición.

Surtiendo el grado jurisdiccional de consulta, tenemos que se encuentra en el reporte de las cotizaciones la anotación de “Deuda por no pago del subsidio por el Estado”, durante los ciclos de marzo y abril de 2012; el archivo GEN-ANX-CI-2017\_9656864-20170913124933, mediante el cual se encuentra formulación de afiliación de una persona distinta al actor porque si bien se indica su número de cédula, el nombre que allí aparece no es el mismo, aunado a que Positiva certificó que el actor estuvo vinculado en la entidad durante el periodo comprendido entre el 11 de marzo de 2011

el 30 de julio de 2011; y la comunicación de 2017 mediante la cual se le informa al demandante la pérdida del subsidio por cumplimiento de la edad.

Los anteriores elementos de prueba permiten inferir que el actor realizó las cotizaciones en el régimen subsidiado y como la falta del aporte del estado no se puede convertir en un impedimento para lograr el cumplimiento de los requisitos legales, se encuentra que efectivamente dichos periodos deben ser convalidados.

Ahora frente a la mora en la afiliación, debe recordar que son responsables los empleadores omisivos de forma directa (CSJ SL9808-2015, CSJ SL8715-2014) y, como lo ha sostenido la jurisprudencia, las administradoras de pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador, cuando lo que ha tenido ocurrencia es la mora en aquella obligación (CSJ SL759-2018, CSJ SL685-2017, CSJ SL3707-2017, CSJ SL4892-2017, CSJ SL5166-2017, CSJ SL13266-2016, CSJ SL 4952-2016, CSJ SL6469-2016, CSJ SL15980-2016, CSJ SL17488-2016, CSJ SL13877-2016, CSJ SL16814-2015, CSJ SL8082-2015, CSJ SL4818-2015, CSJ SL15718-2015, CSJ SL11627-2015, CSJ SL5429-2014, CSJ SL907-2013)

Adicionalmente, al revisar la decisión de primera instancia, se evidencia que la A-Quo de manera correcta computó las semanas, ya que el ciclo de agosto 1996 se registró incompleto, porque se contabiliza 29 días y no los 30 días cotizados por el empleador.

Al aplicar la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, hay lugar a adicionar ese día, tal como lo realizó la juez de primera instancia.

En conclusión, sobre el caso en particular, se tiene que al computar el día faltante del mes de agosto de 1996, y los periodos que se omiten por falta del subsidio del estado, marzo y abril de 2012, se debe adicionar al resumen de semanas de la historia laboral del actor la suma de 8,72 semanas, alcanzando así 1.008 semanas.

Bajo ese entendido, procede la Sala a revisar si el promotor de la acción cumple los requisitos exigidos en el Decreto 758 de 1990 para hacerse merecedor de la pensión de vejez allí regulada.

Se tiene que 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, 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, régimen que fue limitado por el acto legislativo 01 de 2005 hasta el 31 de julio de 2010 y, excepcionalmente, hasta el año 2014 para las personas que tuvieran a la entrada en vigencia de dicho acto legislativo 750 semanas cotizadas.

Revisadas las pruebas respecto del marco normativo anterior, se observa que el gestor, en efecto, al 1° de abril de 1994 contaba con una edad de 41 años, porque nació el 20 de abril de 1952, siendo así beneficiario del régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993 y conforme a esto su derecho pensional podía ser definido por el Acuerdo 049 de 1990.

En este punto, es pertinente anotar que el Acuerdo 049 de 1990 señala como requisitos para obtener la pensión de vejez, en el caso de los hombres, el cumplimiento de la edad de 60 años y un mínimo de 500 semanas de cotización durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, o haber acreditado un número de 1.000 semanas de cotización en cualquier tiempo, así mismo se debe tener en cuenta el Acto Legislativo 1 de 2005 que estableció un límite al régimen de transición hasta el año 2010, salvo para las personas que acreditaran al 29 de julio de 2005 750 semanas de cotización, a quienes extendió el régimen hasta el año 2014.

La edad se aprecia cumplida el 20 de abril de 2012 y a la vigencia del acto legislativo contaba con 793.63 semanas, luego, su expectativa pensional no se vio afectada por el Acto Legislativo No. 01 de 2005.

En ese orden de ideas, como el demandante cotizó un total de 1008, es posible concluir que cumple con los requisitos previstos en la norma analizada, en consecuencia, habría lugar a condenar a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, a partir del 1 de junio de 2017, por ser esta la última cotización registrada por el señor GUILLERMO PARRA RINCÓN, por lo anterior la Sala **confirma** la decisión de primera instancia.

#### **Intereses moratorios**

Debe tenerse en cuenta la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral sobre la morigeración de los intereses del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, contenida en las sentencias proferidas en los procesos identificados con las raditaciones 43602, 44526 y 45312, las que constituyen doctrina probable sobre el tema, e indican que no proceden los intereses moratorios cuando la entidad ha dado estricta aplicación de la norma para negar el derecho.

En la primera de ellas sostuvo la Corte: *“Entiende la Corte que la jurisprudencia en materia de definición de derechos pensionales ha cumplido una función trascendental al interpretar la normativa a la luz de los principios y objetivos que informan la seguridad social, y que en muchos casos no corresponde con el texto literal del precepto que las administradoras en su momento, al definir las prestaciones reclamadas, debieron aplicar por ser las que en principio regulaban la controversia; en esas condiciones, no resulta razonable imponer el pago de intereses moratorios porque su conducta siempre estuvo guiada por el respeto de una normativa que de manera plausible estimaban regía el derecho en controversia.”*

En el presente caso solo hasta que la juez realizó el correspondiente estudio de los documentos indicados y el tiempo no contabilizado completo es que se puede contar con las semanas requeridas para el reconocimiento pensional, esto es, por aplicación de la jurisprudencia y no por aplicación en estricto sentido de la ley, porque al verificarse las semanas cotizadas se encuentra que no contaba con el número de semanas mínimas requeridas en la ley vigente; razón por la que al aplicar la jurisprudencia mencionada no hay lugar a los intereses de mora y se **confirma** la sentencia de primera instancia.

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

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

#### **RESUELVE**

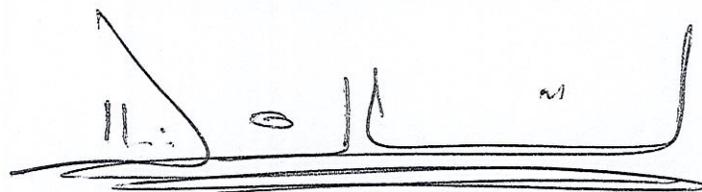
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 1 de julio de 2020 por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

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

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



### SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

**Demandante:** Guillermo Parra Rincón

**Demandado:** Colpensiones

**Radicado:** 11001 31 05 013 2019 00556 01

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, respecto de la absolución de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, pues considero que en este caso si son procedentes, como pasa a explicarse.

En efecto, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la condena por intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 opera de manera automática cuando, a partir del momento de la solicitud, la prestación no se otorga dentro de los plazos establecidos en las disposiciones legales. Por tal motivo, los jueces no deben analizar el actuar de las administradoras de pensiones para determinar si se enmarca en los postulados de la buena fe al negar la pensión. Además, la alta Corporación ha descartado la imposición de intereses moratorios en dos situaciones muy específicas: i) El primero, cuando en sede administrativa hay controversia legítima entre potenciales beneficiarios de la pensión de sobrevivientes; ii) y el segundo, cuando la actuación de la administradora de pensiones estuvo amparada en el ordenamiento legal vigente al momento en que se surtió la reclamación y, posteriormente, se reconoce la pensión en sede judicial con base en criterios de origen jurisprudencial (sentencia CSJ SL508-2020).

Así lo puntualizó cuando dijo textualmente:

*“De entrada, advierte la Corte que no le asiste razón a la censura puesto que de manera reiterada y pacífica ha adoctrinado que la condena por intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 opera de manera automática cuando, a partir del momento de la solicitud, la prestación no se otorga dentro de los plazos establecidos en las disposiciones legales (CSJ SL4601-2019).*

*Lo anterior significa que para establecer la viabilidad de los intereses moratorios, los jueces laborales no deben analizar el actuar de las administradoras de pensiones para determinar si se enmarcó dentro de los postulados de la buena fe al negar una prestación.*

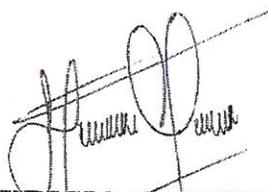
*Además, conviene recordar que esta Sala ha descartado la imposición de*

*intereses moratorios en dos situaciones muy específicas, las cuales no corresponden a la del sub lite. El primero, cuando en sede administrativa hay controversia legítima entre potenciales beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (CSJ SL14528-2014); y el segundo, cuando la actuación de la administradora de pensiones estuvo amparada en el ordenamiento legal vigente al momento en que se surtió la reclamación y, posteriormente, se reconoce la pensión en sede judicial con base en criterios de origen jurisprudencial.”*

Al amparo de las reglas jurisprudenciales descritas, se tiene que en el presente asunto ninguna de las hipótesis planteadas por el Órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral se configura, dado que las gestiones de cobro de aquellos empleadores morosos en el pago de la cotización se encuentran en cabeza de las administradoras de pensiones en virtud del artículo 24 de la Ley 100 de 1993 y sus Decretos reglamentarios. Además, existe bastante jurisprudencia que ha dado alcance a ese preciso aspecto, incluso desde antes de la reclamación de la pensión, más exactamente desde el año 2008 se han proferido sentencias mediante las cuales se recuerda al entonces ISS, que si los empleadores no cancelan a tiempo la cotización, debía ejercer las acciones de cobro sin que sea dable esa situación para negar el derecho pensional (CSJ SL 34270, 22 jul. 2008, CSJ SL 34202, 24 sep. 2008, CSJ SL 35477, 1º jul. 2009, CSJ SL 44190, 23 oct. 2012, CSJ SL3301-2018, CSJ SL5570-2018, CSJ SL984-2019 y CSJ SL2149-2019; igualmente, la **SL17488-2016** que rememoró las sentencias CSJ SL13266- 2016, CSJ SL 4952-2016, CSJ SL 6469-2016, CSJ SL 16814-2015, CSJ SL 8082-2015, CSJ SL 4818-2015, CSJ SL 15718-2015 y CSJ SL 5429-2014, CSJ SL907-2013, CSJ SL, 6 feb. 2013, rad. 45173; CSJ SL15980-2016 y CSJ SL499-2019).

Con todo lo dicho, tampoco resulta aplicable la subregla, referente a que la administradora de pensiones estuvo amparada en el ordenamiento legal vigente al momento en que se surtió la reclamación, pues la jurisprudencia referida debe entenderse también dentro de ese mismo universo jurídico al que debe acudir Colpensiones para hallar la solución del caso puesto bajo estudio. Asimismo, el mal conteo de las semanas por parte del ente de seguridad social no es una excusa para liberarse de los intereses moratorios. En consecuencia, es procedente los pluricitados intereses moratorios.

En estos términos dejó sentado el salvamento parcial de voto.

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized cursive letters, positioned above the printed name.

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

