

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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 21 2019 00624 01.
DEMANDANTE: PATRICIA DEL SOCORRO MUGNO NUÑEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 30 de septiembre de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad e ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a trasladar todos los aportes, rendimientos, frutos, intereses y gastos de administración. Disponer a Colpensiones a aceptar el traslado sin solución de continuidad, los recursos provenientes de la AFP y actualizar la historia laboral. Asimismo, reconocer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra* y *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 25 de julio de 1960 y el 16 de marzo de 1987 se vinculó a la Secretaría Distrital de Integración Social, con quien realizó aportes a la Caja de Previsión del Distrito desde su ingreso hasta el 31 de diciembre de 1995. También aportó al Instituto de Seguros Sociales 300 semanas desde el 11 de marzo de 1992 hasta el 30 de noviembre de 2.000. El 23 de octubre de 2000 se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A.

Adujo que El fondo privado no le informó de manera clara, cierta, oportuna y suficiente las consecuencias del cambio, ya que no la ilustró sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen pensional, tampoco le efectuó proyecciones pensionales, ni le advirtió sobre la posibilidad de retornar a prima media, pues se limitó a informarle que el Instituto de Seguros Sociales desaparecería y que obtendría una mesada pensión superior. Manifestó que la AFP le realizó proyección pensional según la cual en el régimen de ahorro individual con solidaridad la mesada a los 59 años sería de \$3.074.300. Finalmente, adujo que reclamó administrativamente ante las administradoras la nulidad del traslado (f.º 4 a 12).

Al dar respuesta, **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, admitió la fecha de nacimiento de la accionante, la afiliación y cotizaciones al ISS, también los relacionados con la reclamación administrativa a la entidad. Manifestó no constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional; la inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; la prescripción, la caducidad, la inexistencia de causal de nulidad, el saneamiento de la nulidad alegada, la no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente (f.º 73 a 90).

Al contestar, la **AFP Porvenir S.A** también rechazó las suplicas de la actora. En cuanto a los hechos, admitió la fecha de nacimiento, la de traslado de régimen, así como las comunicaciones emitidas por la AFP.

Manifestó no ser ciertos o no constarle los demás. En defensa de sus intereses, formuló las excepciones de prescripción, la prescripción de la acción de nulidad, el cobro de lo no debido por usencia de causa e inexistencia de la obligación y la buena fe (f.º 96 a 125).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 30 de septiembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado al RAIS realizado el 23 de octubre de 2000 que se hizo efectivo el 1º de diciembre de la misma anualidad y como afiliación válida la efectuada en prima media. Condenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes pensionales, cotizaciones, con todos sus frutos e intereses, sin deducción de gastos de administración los cuales debe asumir con cargo a su propio patrimonio. Dispuso a Colpensiones a activar la afiliación y a actualizar su historia laboral. Condenó a la AFP Porvenir S.A. a pagar las costas del proceso (f.º 185 y 186).

Como sustento de su decisión, señaló que el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de la debida ilustración acerca de las características, ventajas y desventajas del cambio, así como los riesgos y consecuencias del traslado. Concluyó que la AFP no demostró haber brindado información oportuna, veraz, necesaria y eficaz a la demandante para que esta tomara la decisión. Señaló que conforme a la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia las administradoras están en la obligación de devolver con cargo a sus propios recursos los gastos de administración, pues los mismos debieron haber ingresado al régimen de prima media con prestación definida. Consideró que estos asuntos no opera el fenómeno extintivo de la prescripción.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas interpusieron recurso de apelación.

La **AFP Porvenir S.A.** adujo que no es procedente declarar la ineficacia del traslado como quiera que la demandante suscribió el formulario de afiliación de forma libre y voluntaria, lo que la obliga a acatar las normas que regulan el régimen de ahorro individual con solidaridad. Alegó que no es posible exigir a la AFP acreditar requisitos que no estaban vigentes al momento del traslado.

Expuso que la única motivación exhibida por la accionante para regresar a prima media es de carácter económico, lo cual no constituye una causal prevista en la ley ni en la jurisprudencia para declarar la ineficacia del traslado. Además, puso de presente que la demandante permaneció afiliada durante más de 20 años al RAIS y así ratificó su voluntad de vinculación. Alegó que no es procedente la devolución de gastos de administración, pues estas deducciones se dan por disposición legal, en todo caso, la AFP gracias a su gestión logró que la cuenta individual produjera rendimientos, además las sumas destinadas al seguro previsional hicieron posible que la actora estuviera cubierta para los riesgos de invalidez y sobrevivientes. Finalmente, señaló que ha operado el fenómeno de la prescripción frente a la acción de nulidad y a los gastos de administración.

Colpensiones por su parte imploró la revocatoria de la sentencia, pues la demandante debido a la edad no tiene posibilidad de trasladarse de régimen. Alegó que debe ordenarse el pago de cálculo actuarial para compensar los daños y perjuicios económicos que se lleguen a generar para la entidad al momento de reconocer la pensión.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, es también procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Colegiatura determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno 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, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97 la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la H. Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma*

eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la 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 y, 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 SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“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 (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios

pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que 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.

Finalmente, conviene precisar que la sostenibilidad del sistema tampoco 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, serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 25 de julio de 1960 y había cotizado 55.29 semanas a Colpensiones (f.º 13 a 15). Así las cosas,

la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y el número de semanas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 23 de octubre de 2000, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º 162), el que se hizo efectivo a partir del 1º de diciembre de 2000, según reporte de afiliaciones emitido por Asofondos de folio 127.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que los asesores de la AFP le informaron a ella y sus compañeros que sus aportes pensionales estaban en riesgo porque el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y que al trasladarse podían pensionarse a los 45 años de edad, con un monto superior. Aseguró que no preguntó cómo ello era posible y que se sorprendió cuando en el fondo le indicaron que su mesada pensional sería casi de un salario mínimo, por tal motivo, se traslada, dado que ese monto no le permite acceder a una mesada pensional acorde con sus ingresos.

A solicitud de la parte demandante fueron decretados y practicados los testimonios de María Elena Quintero Ramos y Martha Lucía Manrique Rojas. La primera, manifestó que no estuvo presente en el momento en que la demandante suscribió el formulario de afiliación. La segunda, manifestó que la afiliación de la demandante se hizo en el piso 4º del Departamento Administrativo de Bienestar Social, ese día los asesores de Porvenir les dijeron que el trasladarse al fondo privado les traería muchos beneficios, como pensionarse anticipadamente, específicamente a los 45 años de edad, que al momento de solicitar la prestación no tendrían que hacer ninguna vuelta, además que esa AFP era la mejor del país.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Porvenir S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los

términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, haber brindado al demandante al momento de la afiliación o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que tenía por ley para regresar al sistema de prima media, 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, con atención a su situación personal.

Conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para obtener un monto de mesada superior o la referencia que el fondo público se iba a acabar, no es propio de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. a la cual se encuentra afiliada actualmente la accionante deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por consiguiente, la sentencia analizada se mantendrá en este punto.

Se precisa que no es posible eximir a la AFP Porvenir remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas a la demandante por concepto de gastos de administración mientras estuvo afiliada a dicho fondo, pues la declaración de ineficacia, obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”*(SL 4360-2019). En consecuencia, la sentencia analizada será revocada en cuanto absolvió a Colfondos de las pretensiones elevadas en su contra.

Resulta importante señalar sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable. Es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

Paralelamente, se adicionará la sentencia en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

De conformidad con las consideraciones expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura adiciona la decisión analizada en la forma anunciada.

Sin costas en la consulta y en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

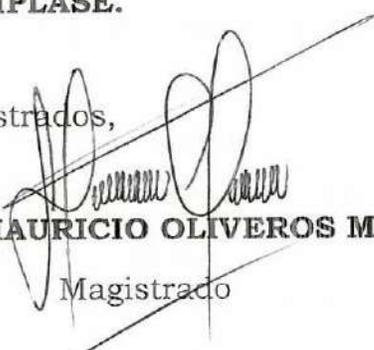
PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 30 de septiembre de 2020, en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

TERCERO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Colaboradora de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: PATRICIA DEL SOCORRO MUGNO NUÑEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 21 2019 00624 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 21 2018 00654 01
DEMANDANTE: SANDRA GITZEL GARZÓN MORENO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS, Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Conforme al memorial de folio 349, se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. CINDY JULIETH VILLA NAVARRO identificada con Cedula de ciudadanía No. 1.129.580.577 y T.P. No. 219.991 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA identificada con Cedula de ciudadanía número 65.701.747 y T.P. No. 123.148 del C.S. de la J., quien funge como apoderada general de la demandada, según Escritura Pública No. 3368 de 2 de septiembre de 2019 (f.º 327 a 346).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 29 de septiembre de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare que existió vicio en el consentimiento al momento de traslado de régimen con la AFP Colfondos S.A., así como la nulidad del acto o formulario n.º 0051042 que vinculó a la accionante a la AFP Colfondos y la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual el 16 de diciembre de 1996. Para los efectos pensionales nunca dejó de estar afiliada y vinculada al régimen de prima media administrado por Colpensiones. Que la AFP Porvenir faltó al deber del buen consejo por no suministrar la información necesaria y oportuna previa a los 47 años para que pudiera decidir conscientemente que régimen pensional le convenía más. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a trasladar todos los aportes de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros y valor del bono pensional a Colpensiones, encargada de administrar el RPM. A Colpensiones recibir todos los aportes, rendimientos y valor del bono de pensiones. Se disponga a las demandadas a los demás derechos en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 9 de noviembre de 1966 y se afilió a través de su empleador PFAFF de Colombia al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, el día 23 de mayo de 1986 hasta el 31 de diciembre de 1996, donde cotizó 509 semanas. El 16 de diciembre de 1996 se trasladó de régimen de pensiones a través de la AFP Colfondos y la asesora comercial Yolanda Quiroga no le suministró información clara, cierta, suficiente y oportuna en cuanto a las características, ventajas, desventajas del traslado de régimen, sin la realización de una simulación de proyección pensional. Actualmente tiene más de 51 años y se encuentra afiliada a la AFP Porvenir S.A.

Precisó que la AFP Porvenir S.A. profirió un documento el 5 de septiembre de 2018 donde se observa que tiene ahorrado \$486.316.220 y acredita más de 1.100 semanas cotizadas, asimismo asegura que para la edad de 57 años con un total de 1.885 semanas tendría una mesada pensional con una tasa de reemplazo de 31.65%, por la suma de \$2.642.200. Manifestó que en Colpensiones en las mismas circunstancias

con un IBL de \$9.750.965 su mesada pensional con una tasa de reemplazo del 74.26% tendría un valor de \$7.241.067.

Adujo que para la fecha cuenta con más de 1.600 semanas cotizadas al sistema general de pensiones y el 20 de agosto de 2018 solicitó a la AFP Colfondos S.A. información y documentos de soporte acerca de la asesoría realizada para la fecha de traslado de régimen, a lo cual le respondieron de manera negativa el 24 de septiembre. A Colpensiones el 28 de agosto de 2018 le presentó solicitud de vinculación, no obstante, le negó la petición. Finalmente, el 6 de septiembre de la misma anualidad radicó derecho de petición a la AFP Porvenir en el que imploró soportes de la re-asesoría pensional y el 7 de septiembre le indicaron que en el caso particular no fue establecido del mismo. (f.º 4 a 37).

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó las fechas de nacimiento, de afiliación al ISS y la del traslado al régimen a través de la AFP Colfondos, su edad, el fondo en el que se encuentra afiliada actualmente y las solicitudes presentadas junto con las respuestas. Manifestó no constarle o no ser ciertos los demás hechos. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, la buena fe, la prescripción y las demás declarables oficiosamente (f.º 109 a 123).

A su turno la AFP Colfondos S.A. enervó la prosperidad de las pretensiones presentadas. De los hechos aceptó las fechas de nacimiento de la promotora, la vinculación a la AFP y traslado de régimen, la edad, la solicitud elevada y su respuesta. Manifestó no ser ciertos o no constarle los hechos restantes. Frente a las pretensiones propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, la buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, la 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 Colfondos S.A., la prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, la compensación y pago y las demás declarables de oficio (F.º 142 a 158).

Al contestar la AFP Porvenir S.A. también se opuso al éxito de las pretensiones. Respecto a los hechos, manifestó no ser ciertos o no constarle ninguno de los hechos. Para enervar las pretensiones propuso las excepciones de prescripción, la buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las declarables oficiosamente. (f.º 197 a 214).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 29 de septiembre de 2020, declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante el 16 de diciembre de 1996, efectiva a partir del 1º de febrero de 1997 a través de la AFP Colfondos S.A. En consecuencia, declaró válida la afiliación al régimen de prima media con prestación definida. Condenó a la AFP Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones la totalidad de los aportes pensionales junto con los frutos e intereses sin lugar a descuentos por concepto de gastos de administración y traslado, para lo cual concedió el término de un mes. Asimismo, a la AFP Colfondos S.A. a trasladar en el término de un mes, los fondos de la cuenta de ahorro individual de la demandante correspondientes a gastos de administración y traslado. A Colpensiones a activar la afiliación de la accionante. Declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la AFP Colfondos S.A. (f.º 232 a 234).

Como sustento de su decisión, señaló que el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de la debida ilustración acerca de las características, ventajas y desventajas del cambio, así como los riesgos y consecuencias del traslado, no obstante, concluyó que la AFP Colfondos no demostró haber brindado información oportuna, veraz, necesaria y eficaz a la demandante para que esta tomara la decisión. Señaló que conforme a la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia las administradoras están en la obligación de devolver con cargo a sus propios recursos los gastos de administración, pues los mismos debieron haber ingresado al régimen de prima media con prestación definida. Consideró que en asuntos como este en el que se pretende la declaración de la ineficacia del

traslado con miras a la obtención de derechos pensionales no opera el fenómeno extintivo de la prescripción.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas AFP Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones interpusieron recurso de apelación.

La **AFP Colfondos S.A.** indicó que el artículo 104 de la Ley 100 de 1993 se regula el cobro de las comisiones en el RAIS, que están destinados a pagar las pensiones y prestaciones que se reconocen a sus afiliados, por cuanto en el tiempo que estuvo afiliada obtuvo rendimientos respecto a los dineros que ha cotizado en su cuenta de ahorro individual y en razón a la ineficacia sería pertinente la devolución de los dineros que ha sido beneficiada la demandante, pues el fallo busca reestablecer las cosas a su estado anterior por lo que sería razonable que se ordenara la devolución de los rendimientos que se obtuvieron en relación a los cobros de administración efectuados por la entidad durante el tiempo que estuvo afiliada. Finalmente, solicitó que se revocaran las costas del proceso.

La **AFP Porvenir S.A.** adujo que no se comparte la condena de restituir los valores de la cuenta de ahorro individual sin que se pueda hacer descuentos por gastos de administración. Resaltó la sentencia C-345 de la H. Corte Constitucional donde se señala que una cosa es la ineficacia en sentido amplio y otra en sentido estricto, teniendo que darse en este caso la consecuencia de la ineficacia en sentido estricto contenida en el artículo 271 de la Ley 100, que indica que se deja libre al demandante para que pueda realizar el traslado al fondo o al régimen que prefiera y se debe hacer el traslado de los aportes teniendo en cuenta lo contenido en el artículo 113 de la misma ley. Es decir, los rendimientos financieros junto con los aportes obligatorios o voluntarios, lo cual va en contra vía del principio de inescandibilidad de las normas, toda vez que tendría la consecuencia jurídica de una nulidad, que es como si no hubiera existido el contrato o acto nulo, por lo que nunca se realizaron ejercicios financieros.

Colpensiones por su parte argumentó que no existen elementos de juicio para aplicar el precedente jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia, dado que debe ser analizado y aplicado de forma particular. Que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 por lo que no contaba con una expectativa legítima que deba ser protegida y que implique la inversión de la carga de la prueba.

Relató que la actora no demostró la configuración de un vicio del consentimiento y está probado que firmó de manera libre y voluntaria los formularios de afiliación, lo cual constituye una muestra de su intención de permanecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad. Igualmente, que no es dable imponer cargas adicionales a las establecidas en la ley para el momento en que se efectuó el traslado, pues en esa época no debían acreditarse información adicional a la suscripción del formulario de afiliación.

Alegó que la declaratoria de ineficacia afecta la sostenibilidad financiera del régimen, toda vez que la accionante nunca ha efectuado aportes al mismo, lo que afecta la planeación y distribución de los recursos del sistema pensional. Finalmente, imploró condicionar el cumplimiento de la sentencia a la devolución total de las sumas o de los dineros ordenados a las AFP y abstenerse de condenarla en costas.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Colegiatura determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno 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, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la H. Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la 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 y, 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 SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“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 (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría

perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que 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.

Finalmente, conviene precisar que la sostenibilidad del sistema tampoco 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, serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 9 de noviembre de 1966, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 28 años y con 367.68 semanas aportadas a Colpensiones, (f.º 124). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y densidad de cotizaciones.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello

ocurrió el 16 de diciembre de 1996, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colfondos (f.º 39). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a la AFP Colfondos S.A. desde el 1º de febrero de 1997 a 31 de diciembre de 2005; en Horizonte, hoy AFP Porvenir S.A., desde el 1º de enero de 2006 al 31 de diciembre de 2013 y en la AFP Porvenir del 1º de enero de 2014 en adelante (f.º 232 reverso).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que para la época del traslado 1996 trabajaba para una compañía farmacéutica en visitas médicas y los citó a una reunión porque se encontraban los fondos privados de pensiones, la cual duró aproximadamente 1 hora, donde los asesores comerciales les hicieron una charla tipo exposición y les mencionaron que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, la posibilidad de pensionarse anticipadamente con un valor promedio de lo que podía hacerlo con el ISS, que los dineros aportados eran un ahorro que generarían rendimientos y que aumentarían lo que implicaría un aumento en el valor de su pensión, les repartieron los formularios donde simplemente debían firmar. No hizo presencia ningún asesor del Seguro Social. Confesó que realizó aportes voluntarios con Porvenir para disminuir la base de retención en la fuente y porque le generaría más rendimientos. Señaló que cuando se trasladó a Porvenir el asesor le indicó que tenían mejor rentabilidad y que su pensión sería mucho mejor, no le dijeron nada acerca de la heredabilidad de la pensión y firmó el formulario de manera libre.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Colfondos S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que tenía por ley para regresar al sistema de prima media, 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, con atención a su situación personal.

Conforme al escrito de demanda, y el interrogatorio de parte ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para tener una mesada pensional superior, o la referencia que los fondos privados eran más estables que el público, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. a la cual se encuentra actualmente afiliada la demandante, deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por lo anterior, la Sala mantendrá la decisión de primera instancia.

Se precisa que no es posible eximir de responsabilidad a Colfondos S.A. de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliada a dicho fondo, pues la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del*

acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES” (SL 4360-2019). En consecuencia, la sentencia analizada será confirmada en este punto.

Resulta importante señalar sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable. Es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

Paralelamente, se adicionará la sentencia en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

De conformidad con las consideraciones expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura adiciona la decisión analizada.

No se causan costas en la consulta y en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 29 de septiembre de

2020, en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la decisión analizada.

TERCERO: Sin COSTAS en la consulta y en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

asignación de votos

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: SANDRA GITZEL GARZÓN MORENO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 21 2018 00654 01

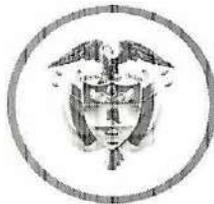
MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 19 2018 00472 01
DEMANDANTE: MARÍA AMPARO ESCOBAR CASTAÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Protección S.A., y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de septiembre de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con la AFP Protección S.A.. En consecuencia, se ordene el traslado de los aportes realizados en la cuenta individual, más bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como dispone el artículo 1746 del Código Civil y sin lugar a descontar ninguna suma por concepto de gastos de administración. Condenar a Colpensiones a recibirla, y afiliarla de forma inmediata y automática. Asimismo, disponer a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra y petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 11 de agosto de 1954, cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 21 de abril de 1992 hasta el 1º de marzo de 2004 y se trasladó al régimen de ahorro individual el 21 de enero de 2004, a través de la AFP Protección S.A.

Adujo que los representantes comerciales del fondo lo presionaron sistemáticamente para que se trasladara y le indicaron que obtendría una mesada superior y de forma anticipada, aun sin cumplir la edad y el número de semanas previstos en la ley. También le dijeron que el Estado iba a acabar con el ISS, lo que suponía un enorme riesgo para su pensión. La AFP no le brindó información que le permitiera tomar la decisión de forma consiente e ilustrada, tampoco le realizó proyecciones pensionales.

Manifestó que el 2 de junio de 2016 solicitó a la AFP y al Colpensiones el traslado de régimen, la cual fue negada. Al estar inconforme interpuso acción de tutela que correspondió al Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, el que, mediante providencia del 30 de enero de 2018, negó el amparo. El 2 de mayo de 2018 Protección S.A. le realizó simulación pensional según la cual al cumplir 64 años obtendría una mesada de \$781.000. Finalmente, expuso que reclamó administrativamente ante Colpensiones sin tener resultados positivos (f.º 3 a 17).

Al contestar, **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó los relacionados con el natalicio de la demandante, la fecha de afiliación al Instituto de Seguros Sociales, también la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó no constarle los demás. En su defensa, propuso las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, el cobro de lo no debido, la falta de causa para pedir, la inexistencia del derecho reclamado, la prescripción, la buena fe, la inexistencia de intereses moratorios e indexación, la compensación y las demás declarables oficiosamente. (f.º 57 a 66)

Al responder, la AFP **Protección S.A.** también se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó el natalicio de la demandante y las peticiones presentadas. Para enervar las pretensiones de la demanda, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, la buena fe, la prescripción, el aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones,; la inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; la inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y las declarables oficiosamente (f.º 87 a 107)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 25 de septiembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad – efectuado por la AFP Protección el 21 de enero de 2004. La declaró válidamente vinculada a prima media como si nunca se hubiese efectuado el traslado. Condenó a Protección a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones, sin descontar gastos de administración, se abstuvo de imponer costas (f.º 195 y 196).

Como sustento de su decisión, señaló que el deber de buen consejo e información resulta relevante tratándose de entidades financieras que administran recursos de la seguridad social y concluyó que en el presente asunto la AFP demandada no cumplió con la carga de demostrar que asesoró correctamente a la actora sobre las implicaciones del traslado, obligación que han tenido desde su creación.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas AFP PROTECCIÓN S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones interpusieron recurso de apelación.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías **Protección S.A.**, argumentó que la ley faculta a las AFP a deducir un 3% del aporte mensual realizado por el afiliado para cubrir gastos de administración, así que su deducción no es caprichosa. La orden de devolver los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual más los rendimientos financieros y sin lugar a descontar la comisión de administración genera un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones que recibiría unos dineros no destinados a financiar la pensión de vejez. Además, asumir con su propio patrimonio los descuentos que la ley le autoriza realizar le genera un perjuicio. Resaltó que opera la prescripción porque son conceptos descontados periódicamente.

Por su parte, **Colpensiones** adujo que el juzgado declaró la ineficacia de la afiliación por no encontrar probado que las administradoras cumplieron con el deber de información, pero olvida que cuando la demandante se trasladó, la Ley 100 de 1993 solamente disponía la aceptación espontánea, libre y expresa que se manifestaba a través de la suscripción del formulario de afiliación. Por lo que también resulta imposible hacer recaer la carga de la prueba en la AFP.

Precisó que, no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las AFP la obligación de allegar soportes de información que no exigía la ley para el momento de cambio de régimen, bajo el amparo del artículo 29 de la Constitución Política, lo que desvirtúa los principios de legalidad, de confianza legítima y de debido proceso. Adujo que los efectos de la declaratoria de nulidad son *inter-partes* y, por ello, sus consecuencias no deben repercutir sobre Colpensiones la cual resulta lesionada con la decisión adoptada por el juzgado, al vulnerar el principio de equilibrio financiero. Además, señaló aquí que no es procedente el traslado ya que la

afiliada está a menos de 10 años de cumplir la edad para acceder a pensión de vejez.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, es también procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Colegiatura determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la accionante.

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno 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, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97 la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la H. Corte Suprema de

Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la 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 y, 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 SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“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 (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que 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.

Finalmente, conviene precisar que la sostenibilidad del sistema tampoco 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, serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la demandante nació el 11 de agosto de 1954, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 39 años y 60.25 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 18 y 73 CD expediente administrativo). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y el número de semanas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 21 de enero de 2004, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Protección S.A. (f.º 116), el cual se hizo efectivo el 1º de marzo de 2004, según historial de vinculaciones de folio 120.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que a su lugar de trabajo se presentó un asesor del fondo privado con un formulario previamente diligenciado y le indicó que el Gobierno Nacional liquidaría el Seguro Social y no podría continuar con los aportes a esta entidad, por lo que le resultaba más benéfico cambiarse, pues obtendría una mesada superior antes de la edad prevista en la ley. Confesó que nunca validó esta información y dijo que para el momento del cambio no le realizaron proyección pensional alguna.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP PROTECCIÓN S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, haber brindado al demandante al momento de la

afiliación o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que tenía por ley para regresar al sistema de prima media, 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, con atención a su situación personal.

Conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para tener una mesada pensional superior, o la referencia de que el fondo público se terminaría, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, la AFP PROTECCIÓN S.A. administradora en la que se encuentra actualmente vinculada deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por consiguiente, se mantendrá la sentencia analizada en este punto.

Resulta importante señalar sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable. Es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

De igual forma, se adicionará la sentencia en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

De conformidad con las consideraciones expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura adiciona la decisión de primera instancia en la forma anunciada.

Sin costas en la consulta y en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de septiembre de 2020, en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a

causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

TERCERO: Sin COSTAS en la consulta y en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

relación de voto.

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARÍA AMPARO ESCOBAR CASTAÑO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 019 2018 00472 01

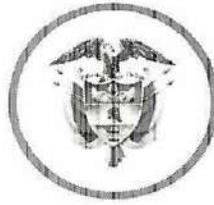
MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 19 2018 00246 01
DEMANDANTE: JULIO CESAR LUNA PEÑA
DEMANDADO: MANAGEMENT SYSTEM INTERNATIONAL INC MSI COLOMBIA.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 21 de febrero de 2020.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la existencia de un contrato a término fijo a partir del 11 de septiembre de 2017 al 15 de febrero de 2018, momento en el cual fue terminado por la demandada sin que mediara justa causa. En consecuencia, se condene a reconocer la indemnización por despido injusto, la sanción por no consignación de cesantías a un fondo, a pagar los demás derechos en virtud de las facultades *ultra y extra petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 8 de septiembre de 2017 se vinculó a la demandada mediante contrato de trabajo a término fijo de un (1) año, para desempeñar el cargo de especialista en compras, con una remuneración mensual de \$8.758.333, en el que se pactó un periodo de prueba de dos meses. Indicó que el contrato empezó a ejecutarse el 11 de septiembre de 2017 y jamás recibió llamado de atención alguno. Que el 9 de noviembre de 2017 sufrió accidente de

tránsito que le produjo contusión en los dedos del pie izquierdo, por lo que le fueron prescritos dos días de incapacidad, reintegrándose a laborar el 11 de noviembre de 2017, no obstante, cuando estaba incapacitado, el 10 de noviembre de 2017 le terminaron su contrato de trabajo.

El Juzgado Catorce Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá, mediante fallo de tutela del 29 de diciembre de 2017 ordenó el reintegro y el pago de aportes a seguridad social. La demandada dio cumplimiento a la decisión el 4 de enero de 2018 y presentó impugnación, la cual fue revocada por el Juzgado Trece Penal del Circuito con Función de Conocimiento. Además, que la Fundación MSI Colombia el 15 de febrero le comunicó la terminación del contrato y le canceló la liquidación final, sin reconocerle suma alguna como indemnización por despido. Finalmente, indicó que la demandada no consignó a un fondo las cesantías causadas en el año 2017 (f.º 4 a 8).

Al dar respuesta, la demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó los relacionados con la modalidad contractual mediante la cual vinculó al demandante, la remuneración pactada, la acción de tutela instaurada, las decisiones proferidas dentro de la misma y las fechas en que el contrato fue terminado. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la relación laboral sin solución de continuidad; inexistencia de la prestación del servicio por parte del demandante durante el 11 de noviembre de 2017 al 3 de enero de 2018 y/o orden judicial que así lo decretara como ficción jurídica; procedencia de la justa causa para dar terminado el contrato de trabajo y no configuración al pago de indemnización por presunto despido sin justa causa (f.º 50 a 65).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 21 de febrero de 2020 declaró que entre las partes existió una relación laboral sin solución de continuidad desde el 11 de septiembre de 2017 hasta el 15 de febrero de 2018, para el desempeño del cargo de

Especialista de Compras con una remuneración de \$8.758.333. Condenó a la demandada a reconocer \$291.944 por concepto de indemnización por no consignación de cesantías a un fondo. Declaró probadas las excepciones de procedencia de la justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo y la no configuración al pago de la indemnización por presunto despido sin justa causa. Impuso costas a cargo de la demandada (f.º124).

Como sustento de su decisión, señaló que la demandada demostró que la terminación del contrato no fue injustificada dado que el reintegro se dio en cumplimiento de un fallo de tutela y la terminación se dio como consecuencia de la revocatoria de esa decisión, tal como se expuso en la carta que puso fin al vínculo. Concluyó que la demandada no demostró los motivos por los cuales se abstuvo de consignar las cesantías a un fondo por lo que debe indemnizar al trabajador.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las partes interpusieron recurso de apelación.

La parte **demandante** argumentó que no se tuvo en cuenta el periodo total en el cual estuvo vigente la relación para calcular el monto de la indemnización por no consignación de cesantías a un fondo. También que el periodo de prueba está dado para que el empleador valide las aptitudes del trabajador y el contrato no puede ser terminado únicamente porque se cumple el periodo por el cual se pactó, como fue aceptado en el interrogatorio de parte por la demandada. Sostuvo que conforme a la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional dentro del periodo de prueba el empleador no está facultado para dar por terminado el vínculo laboral de manera arbitraria.

Por su parte, la **demandada** adujo que no es precedente declarar la existencia de un contrato sin solución de continuidad, como quiera que la terminación del contrato se dio con justa causa y el reintegro obedeció a una orden de tutela que fue revocada en segunda instancia. Además, debe ser absuelta de pagar sanción por no consignación de cesantías a un fondo

porque no se demostró que su actuar estuvo revestido de mala fe, por el contrario, en el expediente reposan dos liquidaciones pagadas al accionante con las cuales se saldaron las obligaciones hasta cuando estuvo vigente el contrato.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, la Sala limitará su estudio a los argumentos que fueron materia de apelación. Por tanto, corresponde a la Sala dilucidar si *(i)* el empleador durante el periodo de prueba estaba facultado para terminar el contrato de trabajo sin lugar al pago de una indemnización, así como *(ii)* la procedencia y cálculo de la sanción por consignación de las cesantías a un fondo.

Por razones de método, comienza la Sala por atender los argumentos expuestos por la parte demandante.

1. Del recurso de apelación de la parte demandante

***(i)* Del periodo de prueba**

De conformidad con los artículos 76 y 77 del Código Sustantivo del Trabajo, el periodo de prueba es aquella *“etapa inicial del contrato de trabajo que tiene por objeto, por parte del empleador, apreciar las aptitudes del trabajador, y por parte de éste, la conveniencia de las condiciones del trabajo”*. Además, dispone que debe ser pactado por escrito y en caso contrario, los servicios se entenderán regulados por las normas generales del contrato de trabajo.

Paralelamente, el artículo 78 del referido Estatuto incorpora una regla general para el periodo de prueba, según el cual no puede exceder de

dos meses, en los casos de los contratos indefinidos, o de la quinta parte en los que sean fijos, inferiores a un año, impidiendo, en todo caso que, en las relaciones sucesivas, se pueda volver a pactar (artículo 79 CST). Asimismo, el artículo 80 del mismo cuerpo normativo establece que el periodo de prueba: *i. puede darse por terminado unilateralmente en cualquier momento, sin previo aviso y ii. que los trabajadores gozan de todas las prestaciones.*

Frente al punto, la H. Corte Suprema de Justicia ha sostenido que el periodo de prueba es la fase inicial del contrato de trabajo que tiene por objeto que tanto el empleador como el trabajador puedan verificar las *“recíprocas ventajas o inconvenientes que traiga para ellos el vínculo laboral que han contraído”*. Por ello, una vez perfeccionado dicho acuerdo con las formalidades dispuestas en la ley, y sin evidencia de vicios del consentimiento, es posible la finalización sin previo aviso y sin invocar motivación particular. (CSJ SL, 3 sep. 1980, rad. 7419, reiterada en SL 4103-2018). También tiene adoctrinado que el periodo de prueba debe constar siempre por escrito para derivar de ellas sus consecuencias jurídicas (CSJ SL2600-2018, reiterada en SL2804-2020).

Por su parte, La H. Corte Constitucional al amparo de una interpretación conforme a la Constitución Nacional y las normas internacionales que establecen derechos humanos, tiene adoctrinado que a pesar que el Código Sustantivo del Trabajo permite la terminación del contrato de trabajo sin motivación expresa, esta facultad no es omnímoda al punto de afectar los derechos fundamentales del trabajador. Por ello, ha sentado la regla según la cual tratándose de grupos sociales tradicionalmente excluidos, personas en circunstancia de debilidad manifiesta o aquellas condiciones de trabajadores que puedan enmarcarse en criterios sospechosos de discriminación por razón del sexo, la condición de salud, social, étnica o cualquier otra categoría desarrollada, la terminación unilateral del contrato de trabajo durante la vigencia del periodo de prueba debe estar fundada, a fin de evitar decisiones arbitrarias contrarias a los postulados de la Carta Política, con la comprobación objetiva de la falta de las competencias mínimas para el ejercicio de la

labor por parte del trabajador (sentencias T-978 de 2004, T-1097 de 2012 y C-028 de 2019).

Al descender al asunto puesto en consideración de la Sala, se advierte que las partes suscribieron contrato de trabajo a término fijo con fecha de inicio 11 de septiembre de 2017 y de finalización 10 de septiembre de 2018, en el que el actor desempeñaría las funciones de especialista en adquisiciones. En la cláusula sexta pactaron el periodo de prueba en los siguientes términos:

“SEXTA: - *Las partes acuerdan como periodo de prueba, el término de dos meses. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 del Código Sustantivo de Trabajo, durante este periodo cualquiera de las partes del contrato podrá darlo por terminado unilateralmente, sin previo aviso”* (f.º 9 a 17).

Mediante comunicación adiada del 9 de noviembre de 2017, la demandada comunicó al promotor del juicio su decisión de finalizar el vínculo, al señalar:

“Me permito comunicarle que estando dentro de los términos legales del periodo de prueba que contempla el artículo 80 del Código Sustantivo de Trabajo y que se determina en el contrato de trabajo a término fijo, suscrito con Usted a partir del 11 de septiembre de 2017 en la cláusula SEXTA, la organización da por terminado a partir del día 10 de noviembre de 2017 la relación laboral.

Fundación MSI Colombia le reconocerá y pagará a la terminación del contrato, las prestaciones sociales y todos los derechos que la ley laboral contemple a su favor “(f.º 19).

Está acreditado que el 9 de noviembre de 2017, el promotor del juicio sufrió un accidente de tránsito que le produjo contusión en el pie izquierdo, por lo que le fue prescrita incapacidad por dos días (f.º 20 a 23). Que el demandante interpuso acción de tutela, en virtud de la cual el Juzgado Catorce Penal Municipal con Función de Conocimiento mediante fallo del 29 de diciembre de 2017 amparó sus derechos fundamentales de manera transitoria y ordenó a la Fundación MSI proceder al reintegro junto con las cotizaciones a seguridad social (f.º 24 a 29). Se acredita que a través de comunicación de 4 de enero de 2018, la Fundación MSI, informó al actor que daría cumplimiento a la orden de tutela, por lo que le solicitó

presentarse en las oficinas de la fundación el 9 de enero de 2018 en horario laboral (f.º 94).

No obstante, al conocer de la impugnación el Juzgado Trece Penal del Circuito con Función de Conocimiento, mediante providencia del 13 de febrero de 2018 revocó la decisión y, en su lugar, declaró la improcedencia de la acción (f.º 85 a 93). En consecuencia, la demandada mediante comunicación del 15 de febrero de 2018 le comunicó al demandante que *“...al desaparecer la causa legal de su reintegro, se consolida la terminación del contrato del pasado 10 de noviembre de 2017, la cual se hace efectiva a partir de la fecha de esta comunicación”* (f.º 95)

Puestas de esta manera las cosas, a efectos de verificar si es procedente la indemnización pretendida por demandante, es claro que la terminación del contrato que debe analizarse es aquella que se dio en vigencia del periodo de prueba y no en virtud de la orden de reintegro por tutela, como equivocadamente lo abordó el juzgado de conocimiento, dado que la continuidad de la relación laboral se dio por una decisión constitucional que luego fue revocada en segunda instancia.

Ahora bien, al absolver interrogatorio de parte el representante legal de la demandada Brian Thomas Atkinson, dijo que el contrato fue culminado en el periodo de prueba porque el demandante no respondió al nivel de su trabajo. Aseguró que la decisión de dar por terminado la relación laboral estaba tomada antes que el trabajador se accidentara y que ya estaba lista la liquidación en el momento en se acercó a la oficina caminando a radicar la incapacidad.

Por su parte, al absolver interrogatorio de parte el promotor del juicio señaló que al dirigirse al trabajo un vehículo le pasó una llanta por el pie izquierdo, por lo que se dirigió a la EPS y le avisó a su jefe quien le dijo que si lo incapacitaban avisara, luego la EPS lo remitió a la clínica el Bosque donde le practicaron una serie de exámenes y como al medio día le prescribieron incapacidad por dos días. Situación que puso en conocimiento de su jefe, quien le preguntó si podía pasar por la oficina y al

encontrarse allí, le notificó que iba a prescindir de sus servicios y le entregó la carta para que la firmara. Refirió que con anterioridad a ese día no recibió carta o anuncio verbal que le indicará que el contrato finalizaría y que no recordaba haber estado incapacitado con posterioridad. Confesó que conocía el periodo de prueba.

En ese contexto, analizados en conjunto los medios probatorios enunciados, se advierte que el demandante no era un sujeto de especial protección susceptible de discriminación que conllevara al empleador a justificar la terminación del contrato de trabajo durante el periodo de prueba conforme a la reglas jurisprudenciales antes descritas, pues al confrontar la calenda de recibo de la carta de despido por parte del trabajador y la historia clínica no se avizora que el finiquito laboral con fundamento en el periodo de prueba fuera posterior al percance sufrido el 9 de noviembre de 2017, que permitiera concluir que la condición de salud fue el móvil de esa decisión. De todas maneras, las consecuencias derivadas del accidente no eran de gran relevancia en su salud de la que pueda colegirse una discriminación, nótese como la incapacidad no trascendió a más de dos días.

Estima la Sala que la parte accionante faltó al deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, al no demostrar que la terminación del contrato de trabajo obedeció a su condición de salud, por lo que no hay lugar a revocar la sentencia en este punto.

2. Del recurso de apelación de la parte demandada y otras inconformidades del demandante.

Alega la demandada que debe ser absuelta de reconocer y pagar la sanción moratoria por la no consignación de cesantías a un fondo, pues no se encuentra acreditada la mala fe, por el contrario, está probado que concurrió oportunamente al pago de las obligaciones en las dos oportunidades en que el contrato de trabajo finalizó.

En relación con este punto, anota la Sala que la indemnización moratoria de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, no opera de forma automática ni inexorable, pues, para su procedencia, se debe indagar si el comportamiento omiso del empleador estuvo revestido de buena o mala fe. (CSJ SL458-2013; CSJ SL589-2014; CSJ SL11591-2017; CSJ SL17429-2017; y CSJ SL912-2018).

En el asunto que ocupa la atención, se reclama el pago de la mencionada sanción respecto de las cesantías causadas entre el 11 de septiembre y el 31 de diciembre de 2017, no obstante, olvida el demandante que una vez la demandada terminó el contrato de trabajo el 9 de noviembre de 2017, le canceló la liquidación final, dado que así lo confesó el actor al absolver interrogatorio de parte al manifestar haber recibido un cheque por \$7.000.000, cifra que se aproxima a la consignada en la liquidación de folio 97 por un monto de \$7.292.120.

De otro lado, cuando el contrato terminó, luego de conocerse la revocatoria de la decisión de tutela, la demandada pagó las acreencias laborales causadas entre el momento en que se produjo el reintegro - 4 de enero de 2018 - y cuando se puso fin nuevamente al contrato - 15 de febrero del mismo año -. Es decir, que la empleadora no canceló el auxilio de cesantías causado entre el 10 de noviembre y el 31 de diciembre de 2017, sin embargo, su reconocimiento no fue perseguido en este proceso, asunto que no puede ser considerado por la Sala en atención a que carece de las facultades *ultra* y *extra petita* previstas en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo, quien no puede entrar a conceder más allá de lo pedido, dado que la sentencia debe guardar consonancia con las pretensiones de la demanda. De suerte que no es posible sorprender a la parte demandada con decisiones que no hayan sido rebatidas en juicio, so pena de vulnerar el derecho de defensa y al debido proceso constitucionalmente protegido en el artículo 29 de la Constitución Nacional.

Lo anterior, reviste importancia porque al no haberse ordenado vía judicial el auxilio correspondiente al periodo comprendido entre el 10 de

noviembre y el 31 de diciembre de 2017, no puede predicarse que la empleadora incumplió su obligación de consignar las cesantías a un fondo.

De todas maneras, vale la pena señalar que a la finalización del contrato la demandada concurrió con la cancelación de la liquidación final e hizo el correspondiente pago de forma inmediata, por lo que no se evidencia un actuar revestido de mala fe. En consecuencia, no habría lugar a imponerle la carga de pagar la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

De conformidad con las anteriores consideraciones, la Sala revoca parcialmente la sentencia analizada en cuanto condenó a la demandada a cancelar la sanción por no consignación de cesantías a un fondo.

No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el punto segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 21 de febrero de 2020, para en su lugar, absolver a la demandada de reconocer y pagar la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: No se causan costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 19 2017 00818 01
DEMANDANTE: MARÍA PATRICIA CALDERÓN PÉREZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A., y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 4 de noviembre de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Se advierte que este proceso ha pasado al suscrito Magistrado por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de una armonía y concordancia entre la conclusión derivada de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Ello como quiera que, si bien se confirmaba la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la actora, la única explicación de procedencia de tal tesis se cimentó en que la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral y Penal por vía de tutela han dejado sin efectos algunas decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente jurisprudencial sentado sobre la materia, pese a que toda la argumentación legal y probatoria allí relacionada estuvo dirigida a exponer

motivos por los cuales no debía declararse ineficaz el acto del traslado (art. 280 del CGP).

En consecuencia, se consideró que una decisión en ese sentido podría conllevar al quebrantamiento de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia (art. 29 y 228 y 229 C. Pol.), por carecer de una “congruencia interna” que según la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia “(...) exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive” (CSJ SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021).

Según la H. Corte Constitucional la obligación de motivar las decisiones judiciales exige un esfuerzo argumentativo con “miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta”. (sentencia C-145-1998). Asimismo, el deber de motivación, además, de ser una fuente de legitimación de la actividad judicial en un estado democrático, constituye un mecanismo que permite conocer al ciudadano las razones de una decisión, para con ello, así poder controvertirla y ejercer su derecho de defensa.

Igualmente, la misma Corporación constitucional ha puntualizado que “Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia.” (sentencia T-214- 2012).

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con la AFP Porvenir S.A.. En consecuencia, se ordene el traslado de los aportes realizados en la cuenta individual a Colpensiones y a esta entidad a aceptarlos. Se condene a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra y petita* y las costas del proceso. Subsidiariamente, imploró condenar a la AFP a pagar mesada pensional de vejez equivalente a la que hubiere recibido en prima media.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 1º de septiembre de 1966 y cotizó al Instituto de Seguros Sociales un total de 201 semanas hasta el 1º de septiembre de 1999, cuando se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A..

Adujo que la AFP le informó que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, que en el fondo privado podría pensionarse de manera anticipada y con un monto superior, pero no le realizó ningún tipo de proyección, tampoco le informó en los años 2003 y 2004, sobre la posibilidad que tenía de regresar a prima media. Expuso que en el año 2017 el fondo le realizó proyección pensional según la cual en el RAIS la mesada sería de \$737.717, entre tanto, en prima media ascendería a \$1.607.300. Finalmente, reclamó administrativamente la nulidad del traslado, la cual fue negada (f.º 4 a 13).

Al contestar, **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó los relacionados con el natalicio de la demandante, la fecha de traslado de régimen y el número de semanas cotizadas en toda la vida, también la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, el error de derecho no vicia el consentimiento, la buena fe, la prescripción y las demás declarables oficiosamente. (f.º 52 a 63)

Al responder, la AFP **Porvenir S.A.** también se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó el natalicio de la demandante, la fecha de traslado de régimen y la proyección pensional. Señaló no ser ciertos o no constarle los restantes. Para enervar las pretensiones de la demanda, propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, la inexistencia del perjuicio alegado, la ausencia de responsabilidad atribuible a la AFP, la compensación, la buena fe, y las declarables oficiosamente (f.º 90 a 108)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 4 de noviembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad – efectuado por la AFP Porvenir. La declaró válidamente vinculada a prima media como si nunca se hubiese efectuado el traslado. Condenó a Porvenir a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones, sin descontar gastos de administración, se abstuvo de imponer costas (f.º 209 y 210).

Como sustento de su decisión, señaló que el deber de buen consejo e información resulta relevante tratándose de entidades financieras que administran recursos de la seguridad social y concluyó que en el presente asunto la AFP demandada no cumplió con la carga de demostrar que asesoró correctamente a la actora sobre las implicaciones del traslado, obligación que han tenido desde su creación.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas AFP Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones interpusieron recurso de apelación.

La FP **Porvenir S.A.**, argumentó que el traslado de régimen fue un acto jurídico válido que estuvo precedido de la asesoría correspondiente, prueba de ello, es el formulario de vinculación suscrito de manera libre y voluntaria según lo reconoció la demandante, quien al absolver interrogatorio de parte manifestó que le fueron informadas las características de cada régimen. Sostuvo que no es procedente exigir al fondo que acredite haber brindado información a la accionante en los términos previstos en normas expedidas con posterioridad al traslado. Además, señaló que no era procedente realizar proyecciones pensionales, pues la mesada pensional estaba sujeta a variables macroeconómicas que no podían ser previstas en el momento en que se dio el cambio.

De otro lado, adujo que la sentencia debe ser revocada en cuanto le ordenó devolver a Colpensiones todos los valores de aportes y los intereses sin realizar descuento alguno por gastos de administración, teniendo en cuenta que el artículo 1746 del código civil dispone como efectos de la declaratoria de nulidad que cada uno de los contratantes se hará responsable de la pérdida de las especies o su deterioro, así como de los intereses y sus frutos. Por tanto, los gastos de administración no deben ser devueltos al haber sido destinados en la forma prevista de la Ley 100 de 1993 y como consecuencia de la gestión realizada por la AFP.

Por su parte, **Colpensiones** discutió que el juzgado declaró la ineficacia de la afiliación por no encontrar probado que las administradoras cumplieron con el deber de información, pero olvidó que para el año 1.999 data del traslado, la Ley 100 de 1993 solamente disponía la aceptación espontánea, libre y expresa que se manifestaba a través de la suscripción del formulario de afiliación. Precisó que, no es posible hacer un análisis al amparo de lo dispuesto por la Ley 1448 de 2014 y tampoco en el Decreto 2071 de 2015, pues no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las AFP la obligación de allegar soportes de

información que no exigía las normas para el momento de cambio de régimen, pues ello desvirtúa los principios de legalidad, de confianza legítima y de debido proceso. Sostuvo que no es procedente endilgar a la AFP la carga demostrativa del proceso.

Indicó que los efectos de la declaratoria de nulidad son *inter-partes* y por ello, sus consecuencias no deben repercutir sobre Colpensiones, la cual resulta lesionada con la decisión al vulnerar el principio de equilibrio financiero. Además, no es procedente el traslado ya que la afiliada está a menos de 10 años de cumplir la edad para acceder a pensión de vejez.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, es también procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la accionante.

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno 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, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97 la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la H. Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la 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 y, 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 SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“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 (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia

SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que 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.

Finalmente, conviene precisar que la sostenibilidad del sistema tampoco 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, serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la demandante nació el 1º de septiembre de 1966, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 27 años y 68.85 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 14 y 205). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y el número de semanas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 19 de julio de 1999, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º 147), el cual se hizo efectivo el 1º de septiembre de 1999, según historial de vinculaciones de folio 148.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que prestó servicios al Hospital de Usaquén desde 1997 hasta el 2012, que en 1999 llegó un asesor de Porvenir quien de manera personal en reunión que no duró más de 10 o 15 minutos, le informó que el Seguro Social se acabaría y que la mejor opción era trasladarse, dado que obtendría una mejor pensión al generar mayor rentabilidad. Aseguró que creyó en lo que el

promotor le dijo, toda vez que fue el hospital el que convocaba a la reunión y además la AFP tenía mucha publicidad.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Porvenir S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, haber brindado al demandante al momento de la afiliación o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que tenía por ley para regresar al sistema de prima media, 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, con atención a su situación personal.

Conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para tener una mesada pensional superior, no es propio de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. administradora en la que se encuentra actualmente vinculada deberá devolver los aportes pensionales,

rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por consiguiente, se mantendrá la sentencia analizada en este punto.

Resulta importante señalar sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable. Es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

De igual forma, se adicionará la sentencia en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

De conformidad con las consideraciones expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura adiciona la decisión de primera instancia en la forma anunciada.

Sin costas en la consulta y en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 4 de noviembre de 2020, en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

TERCERO: Sin COSTAS en la consulta y en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

actuación de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARÍA PATRICIA CALDERON PEREZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 019 2017 00818 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado.

Teniendo en cuenta ese precedente jurisprudencial contenido en las sentencias de tutela y que hace relación, entre otras, a las sentencias del párrafo anterior, se presentó a la sala por este despacho la ponencia el 25 de marzo de 2021 con decisión igual a la que se emite en el fallo de hoy 31 de mayo de 2021, esto es, confirmando la sentencia de primera instancia.

Ahora es de aclarar que la ponencia presentada, con decisión idéntica a la que contiene la presente sentencia, contrario a lo expuesto en la sentencia que se emite, cumplía con el principio de congruencia en sus dos acepciones: interna y externa.

La congruencia interna porque la decisión de confirmar la sentencia de primera instancia respecto de la ineficacia contenida en la parte resolutive tenía como parte motiva las sentencias de tutela mencionadas en el primer párrafo, al punto que así señala en la advertencia señalada en las páginas 1 y 2; lo cual constituye una premisa completa y no generaba dudas en su comprensión ni diversas interpretaciones. La congruencia externa referida a la conformidad entre la decisión y lo pedido por las partes en la demanda y en su contestación también se cumplía porque en virtud de la aplicación de ese precedente se definía el asunto a favor de las pretensiones de la parte actora, existiendo la armonía entre la parte considerativa y resolutive de la sentencia.

De tal manera que lo señalado en la sentencia como advertencia, esto es, que el conocimiento pasó al actual magistrado ponente por la falta de congruencia en la ponencia, lo que demuestra es que la mayoría de la sala salvo el voto frente a las argumentaciones de la ponencia que sustentaban la decisión y no frente a la decisión, lo cual de conformidad a la práctica judicial colombiana daba lugar a una aclaración de voto y no a un salvamento de voto.

La Corte Constitucional en auto 293-2016 de 13 de julio de 2016 expuso sobre las diferencias entre aclaración y salvamento de voto lo siguiente:

“Esta Corporación ha resaltado las diferencias existentes entre ambas actuaciones, señalando que mientras en un salvamento de voto el magistrado expresa su disconformidad con la decisión, en una aclaración la comparte pero desea expresar una posición particular sobre alguno de los temas planteados en la providencia:

“Encuentra la Sala de Revisión que este aspecto depende directamente de que el número mínimo de Magistrados

requeridos expresen su voluntad de respaldar la totalidad de las decisiones contenidas en la parte resolutive de tal decisión. Es aquí cuando, frente a las posibles situaciones que pudieran presentarse, aparecen las figuras que en la práctica judicial colombiana se han denominado como aclaración y salvamento de voto¹.

La primera de ellas permite expresar la posición particular a aquellos participantes de la decisión que habiendo acompañado con su voto la totalidad de las resoluciones, discrepen total o parcialmente de la sustentación que las precede, mientras que la segunda, el salvamento de voto, es la que permite a los disidentes de la decisión explicar las razones por las cuales estuvieron en desacuerdo con aquélla, según hubiere quedado planteado a partir de su voto negativo. Cabe agregar que resulta posible expresar un salvamento parcial, en aquellos casos en los que exista disenso solo frente a una parte de lo decidido, o simplemente salvamento (que en tal medida se asumiría como total) cuando quiera que no se comparta ninguna de las decisiones incorporadas en la providencia así aprobada”².

La diferencia entre las dos figuras genera consecuencias diferentes, la aclaración de voto da lugar a que la ponencia obtenga los votos necesarios para convertirse en decisión de la sala y se emita en la fecha correspondiente; y el salvamento de voto genera un cambio de ponente que da lugar a trámites administrativos y la postergación de la decisión final por parte de los magistrados que conforman la mayoría.

En el presente caso, pese a que no existía disidencia sobre la decisión, que valga reiterar es respecto de la cual se genera el salvamento de voto, la decisión presentada en la ponencia de 25 de marzo de 2021 se postergó hasta el 31 de mayo de 2021, generando además de los trámites administrativos que dan lugar al cambio de ponente a una demora en la decisión que se reitera es la misma que se proyectó para el 25 de marzo de 2021.

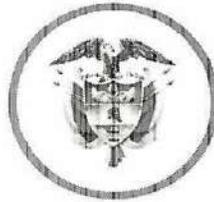
En ese orden de ideas, se reitera que la decisión emitida en la presente sentencia es idéntica a la presentada en la ponencia de 25 de marzo de 2021.

¹ En otros países de lengua hispana se habla genéricamente de votos particulares, los cuales pueden ser concurrentes (para las aclaraciones) o discrepantes (para los salvamentos).

² Sentencia T-345 de 2014, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

sustentada en las sentencias de tutela que han dejado sin efectos sentencias del Tribunal por apartarse del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre la ineficacia del traslado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 19 2018 00246 01
DEMANDANTE: JULIO CESAR LUNA PEÑA
DEMANDADO: MANAGEMENT SYSTEM INTERNATIONAL INC MSI COLOMBIA.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 21 de febrero de 2020.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la existencia de un contrato a término fijo a partir del 11 de septiembre de 2017 al 15 de febrero de 2018, momento en el cual fue terminado por la demandada sin que mediara justa causa. En consecuencia, se condene a reconocer la indemnización por despido injusto, la sanción por no consignación de cesantías a un fondo, a pagar los demás derechos en virtud de las facultades *ultra y extra petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 8 de septiembre de 2017 se vinculó a la demandada mediante contrato de trabajo a término fijo de un (1) año, para desempeñar el cargo de especialista en compras, con una remuneración mensual de \$8.758.333, en el que se pactó un periodo de prueba de dos meses. Indicó que el contrato empezó a ejecutarse el 11 de septiembre de 2017 y jamás recibió llamado de atención alguno. Que el 9 de noviembre de 2017 sufrió accidente de

tránsito que le produjo contusión en los dedos del pie izquierdo, por lo que le fueron prescritos dos días de incapacidad, reintegrándose a laborar el 11 de noviembre de 2017, no obstante, cuando estaba incapacitado, el 10 de noviembre de 2017 le terminaron su contrato de trabajo.

El Juzgado Catorce Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá, mediante fallo de tutela del 29 de diciembre de 2017 ordenó el reintegro y el pago de aportes a seguridad social. La demandada dio cumplimiento a la decisión el 4 de enero de 2018 y presentó impugnación, la cual fue revocada por el Juzgado Trece Penal del Circuito con Función de Conocimiento. Además, que la Fundación MSI Colombia el 15 de febrero le comunicó la terminación del contrato y le canceló la liquidación final, sin reconocerle suma alguna como indemnización por despido. Finalmente, indicó que la demandada no consignó a un fondo las cesantías causadas en el año 2017 (f.º 4 a 8).

Al dar respuesta, la demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó los relacionados con la modalidad contractual mediante la cual vinculó al demandante, la remuneración pactada, la acción de tutela instaurada, las decisiones proferidas dentro de la misma y las fechas en que el contrato fue terminado. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la relación laboral sin solución de continuidad; inexistencia de la prestación del servicio por parte del demandante durante el 11 de noviembre de 2017 al 3 de enero de 2018 y/o orden judicial que así lo decretara como ficción jurídica; procedencia de la justa causa para dar terminado el contrato de trabajo y no configuración al pago de indemnización por presunto despido sin justa causa (f.º 50 a 65).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 21 de febrero de 2020 declaró que entre las partes existió una relación laboral sin solución de continuidad desde el 11 de septiembre de 2017 hasta el 15 de febrero de 2018, para el desempeño del cargo de

Especialista de Compras con una remuneración de \$8.758.333. Condenó a la demandada a reconocer \$291.944 por concepto de indemnización por no consignación de cesantías a un fondo. Declaró probadas las excepciones de procedencia de la justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo y la no configuración al pago de la indemnización por presunto despido sin justa causa. Impuso costas a cargo de la demandada (f.º124).

Como sustento de su decisión, señaló que la demandada demostró que la terminación del contrato no fue injustificada dado que el reintegro se dio en cumplimiento de un fallo de tutela y la terminación se dio como consecuencia de la revocatoria de esa decisión, tal como se expuso en la carta que puso fin al vínculo. Concluyó que la demandada no demostró los motivos por los cuales se abstuvo de consignar las cesantías a un fondo por lo que debe indemnizar al trabajador.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las partes interpusieron recurso de apelación.

La parte **demandante** argumentó que no se tuvo en cuenta el periodo total en el cual estuvo vigente la relación para calcular el monto de la indemnización por no consignación de cesantías a un fondo. También que el periodo de prueba está dado para que el empleador valide las aptitudes del trabajador y el contrato no puede ser terminado únicamente porque se cumple el periodo por el cual se pactó, como fue aceptado en el interrogatorio de parte por la demandada. Sostuvo que conforme a la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional dentro del periodo de prueba el empleador no está facultado para dar por terminado el vínculo laboral de manera arbitraria.

Por su parte, la **demandada** adujo que no es precedente declarar la existencia de un contrato sin solución de continuidad, como quiera que la terminación del contrato se dio con justa causa y el reintegro obedeció a una orden de tutela que fue revocada en segunda instancia. Además, debe ser absuelta de pagar sanción por no consignación de cesantías a un fondo

porque no se demostró que su actuar estuvo revestido de mala fe, por el contrario, en el expediente reposan dos liquidaciones pagadas al accionante con las cuales se saldaron las obligaciones hasta cuando estuvo vigente el contrato.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, la Sala limitará su estudio a los argumentos que fueron materia de apelación. Por tanto, corresponde a la Sala dilucidar si *(i)* el empleador durante el periodo de prueba estaba facultado para terminar el contrato de trabajo sin lugar al pago de una indemnización, así como *(ii)* la procedencia y cálculo de la sanción por consignación de las cesantías a un fondo.

Por razones de método, comienza la Sala por atender los argumentos expuestos por la parte demandante.

1. Del recurso de apelación de la parte demandante

***(i)* Del periodo de prueba**

De conformidad con los artículos 76 y 77 del Código Sustantivo del Trabajo, el periodo de prueba es aquella *“etapa inicial del contrato de trabajo que tiene por objeto, por parte del empleador, apreciar las aptitudes del trabajador, y por parte de éste, la conveniencia de las condiciones del trabajo”*. Además, dispone que debe ser pactado por escrito y en caso contrario, los servicios se entenderán regulados por las normas generales del contrato de trabajo.

Paralelamente, el artículo 78 del referido Estatuto incorpora una regla general para el periodo de prueba, según el cual no puede exceder de

dos meses, en los casos de los contratos indefinidos, o de la quinta parte en los que sean fijos, inferiores a un año, impidiendo, en todo caso que, en las relaciones sucesivas, se pueda volver a pactar (artículo 79 CST). Asimismo, el artículo 80 del mismo cuerpo normativo establece que el periodo de prueba: *i. puede darse por terminado unilateralmente en cualquier momento, sin previo aviso y ii. que los trabajadores gozan de todas las prestaciones.*

Frente al punto, la H. Corte Suprema de Justicia ha sostenido que el periodo de prueba es la fase inicial del contrato de trabajo que tiene por objeto que tanto el empleador como el trabajador puedan verificar las *“recíprocas ventajas o inconvenientes que traiga para ellos el vínculo laboral que han contraído”*. Por ello, una vez perfeccionado dicho acuerdo con las formalidades dispuestas en la ley, y sin evidencia de vicios del consentimiento, es posible la finalización sin previo aviso y sin invocar motivación particular. (CSJ SL, 3 sep. 1980, rad. 7419, reiterada en SL 4103-2018). También tiene adoctrinado que el periodo de prueba debe constar siempre por escrito para derivar de ellas sus consecuencias jurídicas (CSJ SL2600-2018, reiterada en SL2804-2020).

Por su parte, La H. Corte Constitucional al amparo de una interpretación conforme a la Constitución Nacional y las normas internacionales que establecen derechos humanos, tiene adoctrinado que a pesar que el Código Sustantivo del Trabajo permite la terminación del contrato de trabajo sin motivación expresa, esta facultad no es omnímoda al punto de afectar los derechos fundamentales del trabajador. Por ello, ha sentado la regla según la cual tratándose de grupos sociales tradicionalmente excluidos, personas en circunstancia de debilidad manifiesta o aquellas condiciones de trabajadores que puedan enmarcarse en criterios sospechosos de discriminación por razón del sexo, la condición de salud, social, étnica o cualquier otra categoría desarrollada, la terminación unilateral del contrato de trabajo durante la vigencia del periodo de prueba debe estar fundada, a fin de evitar decisiones arbitrarias contrarias a los postulados de la Carta Política, con la comprobación objetiva de la falta de las competencias mínimas para el ejercicio de la

labor por parte del trabajador (sentencias T-978 de 2004, T-1097 de 2012 y C-028 de 2019).

Al descender al asunto puesto en consideración de la Sala, se advierte que las partes suscribieron contrato de trabajo a término fijo con fecha de inicio 11 de septiembre de 2017 y de finalización 10 de septiembre de 2018, en el que el actor desempeñaría las funciones de especialista en adquisiciones. En la cláusula sexta pactaron el periodo de prueba en los siguientes términos:

“SEXTA: - *Las partes acuerdan como periodo de prueba, el término de dos meses. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 del Código Sustantivo de Trabajo, durante este periodo cualquiera de las partes del contrato podrá darlo por terminado unilateralmente, sin previo aviso”* (f.º 9 a 17).

Mediante comunicación adiada del 9 de noviembre de 2017, la demandada comunicó al promotor del juicio su decisión de finalizar el vínculo, al señalar:

“Me permito comunicarle que estando dentro de los términos legales del periodo de prueba que contempla el artículo 80 del Código Sustantivo de Trabajo y que se determina en el contrato de trabajo a término fijo, suscrito con Usted a partir del 11 de septiembre de 2017 en la cláusula SEXTA, la organización da por terminado a partir del día 10 de noviembre de 2017 la relación laboral.

Fundación MSI Colombia le reconocerá y pagará a la terminación del contrato, las prestaciones sociales y todos los derechos que la ley laboral contemple a su favor “(f.º 19).

Está acreditado que el 9 de noviembre de 2017, el promotor del juicio sufrió un accidente de tránsito que le produjo contusión en el pie izquierdo, por lo que le fue prescrita incapacidad por dos días (f.º 20 a 23). Que el demandante interpuso acción de tutela, en virtud de la cual el Juzgado Catorce Penal Municipal con Función de Conocimiento mediante fallo del 29 de diciembre de 2017 amparó sus derechos fundamentales de manera transitoria y ordenó a la Fundación MSI proceder al reintegro junto con las cotizaciones a seguridad social (f.º 24 a 29). Se acredita que a través de comunicación de 4 de enero de 2018, la Fundación MSI, informó al actor que daría cumplimiento a la orden de tutela, por lo que le solicitó

presentarse en las oficinas de la fundación el 9 de enero de 2018 en horario laboral (f.º 94).

No obstante, al conocer de la impugnación el Juzgado Trece Penal del Circuito con Función de Conocimiento, mediante providencia del 13 de febrero de 2018 revocó la decisión y, en su lugar, declaró la improcedencia de la acción (f.º 85 a 93). En consecuencia, la demandada mediante comunicación del 15 de febrero de 2018 le comunicó al demandante que *“...al desaparecer la causa legal de su reintegro, se consolida la terminación del contrato del pasado 10 de noviembre de 2017, la cual se hace efectiva a partir de la fecha de esta comunicación”* (f.º 95)

Puestas de esta manera las cosas, a efectos de verificar si es procedente la indemnización pretendida por demandante, es claro que la terminación del contrato que debe analizarse es aquella que se dio en vigencia del periodo de prueba y no en virtud de la orden de reintegro por tutela, como equivocadamente lo abordó el juzgado de conocimiento, dado que la continuidad de la relación laboral se dio por una decisión constitucional que luego fue revocada en segunda instancia.

Ahora bien, al absolver interrogatorio de parte el representante legal de la demandada Brian Thomas Atkinson, dijo que el contrato fue culminado en el periodo de prueba porque el demandante no respondió al nivel de su trabajo. Aseguró que la decisión de dar por terminado la relación laboral estaba tomada antes que el trabajador se accidentara y que ya estaba lista la liquidación en el momento en se acercó a la oficina caminando a radicar la incapacidad.

Por su parte, al absolver interrogatorio de parte el promotor del juicio señaló que al dirigirse al trabajo un vehículo le pasó una llanta por el pie izquierdo, por lo que se dirigió a la EPS y le avisó a su jefe quien le dijo que si lo incapacitaban avisara, luego la EPS lo remitió a la clínica el Bosque donde le practicaron una serie de exámenes y como al medio día le prescribieron incapacidad por dos días. Situación que puso en conocimiento de su jefe, quien le preguntó si podía pasar por la oficina y al

encontrarse allí, le notificó que iba a prescindir de sus servicios y le entregó la carta para que la firmara. Refirió que con anterioridad a ese día no recibió carta o anuncio verbal que le indicará que el contrato finalizaría y que no recordaba haber estado incapacitado con posterioridad. Confesó que conocía el periodo de prueba.

En ese contexto, analizados en conjunto los medios probatorios enunciados, se advierte que el demandante no era un sujeto de especial protección susceptible de discriminación que conllevara al empleador a justificar la terminación del contrato de trabajo durante el periodo de prueba conforme a la reglas jurisprudenciales antes descritas, pues al confrontar la calenda de recibo de la carta de despido por parte del trabajador y la historia clínica no se avizora que el finiquito laboral con fundamento en el periodo de prueba fuera posterior al percance sufrido el 9 de noviembre de 2017, que permitiera concluir que la condición de salud fue el móvil de esa decisión. De todas maneras, las consecuencias derivadas del accidente no eran de gran relevancia en su salud de la que pueda colegirse una discriminación, nótese como la incapacidad no trascendió a más de dos días.

Estima la Sala que la parte accionante faltó al deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, al no demostrar que la terminación del contrato de trabajo obedeció a su condición de salud, por lo que no hay lugar a revocar la sentencia en este punto.

2. Del recurso de apelación de la parte demandada y otras inconformidades del demandante.

Alega la demandada que debe ser absuelta de reconocer y pagar la sanción moratoria por la no consignación de cesantías a un fondo, pues no se encuentra acreditada la mala fe, por el contrario, está probado que concurrió oportunamente al pago de las obligaciones en las dos oportunidades en que el contrato de trabajo finalizó.

En relación con este punto, anota la Sala que la indemnización moratoria de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, no opera de forma automática ni inexorable, pues, para su procedencia, se debe indagar si el comportamiento omiso del empleador estuvo revestido de buena o mala fe. (CSJ SL458-2013; CSJ SL589-2014; CSJ SL11591-2017; CSJ SL17429-2017; y CSJ SL912-2018).

En el asunto que ocupa la atención, se reclama el pago de la mencionada sanción respecto de las cesantías causadas entre el 11 de septiembre y el 31 de diciembre de 2017, no obstante, olvida el demandante que una vez la demandada terminó el contrato de trabajo el 9 de noviembre de 2017, le canceló la liquidación final, dado que así lo confesó el actor al absolver interrogatorio de parte al manifestar haber recibido un cheque por \$7.000.000, cifra que se aproxima a la consignada en la liquidación de folio 97 por un monto de \$7.292.120.

De otro lado, cuando el contrato terminó, luego de conocerse la revocatoria de la decisión de tutela, la demandada pagó las acreencias laborales causadas entre el momento en que se produjo el reintegro - 4 de enero de 2018 - y cuando se puso fin nuevamente al contrato - 15 de febrero del mismo año -. Es decir, que la empleadora no canceló el auxilio de cesantías causado entre el 10 de noviembre y el 31 de diciembre de 2017, sin embargo, su reconocimiento no fue perseguido en este proceso, asunto que no puede ser considerado por la Sala en atención a que carece de las facultades *ultra* y *extra petita* previstas en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo, quien no puede entrar a conceder más allá de lo pedido, dado que la sentencia debe guardar consonancia con las pretensiones de la demanda. De suerte que no es posible sorprender a la parte demandada con decisiones que no hayan sido rebatidas en juicio, so pena de vulnerar el derecho de defensa y al debido proceso constitucionalmente protegido en el artículo 29 de la Constitución Nacional.

Lo anterior, reviste importancia porque al no haberse ordenado vía judicial el auxilio correspondiente al periodo comprendido entre el 10 de

noviembre y el 31 de diciembre de 2017, no puede predicarse que la empleadora incumplió su obligación de consignar las cesantías a un fondo.

De todas maneras, vale la pena señalar que a la finalización del contrato la demandada concurrió con la cancelación de la liquidación final e hizo el correspondiente pago de forma inmediata, por lo que no se evidencia un actuar revestido de mala fe. En consecuencia, no habría lugar a imponerle la carga de pagar la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

De conformidad con las anteriores consideraciones, la Sala revoca parcialmente la sentencia analizada en cuanto condenó a la demandada a cancelar la sanción por no consignación de cesantías a un fondo.

No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el punto segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 21 de febrero de 2020, para en su lugar, absolver a la demandada de reconocer y pagar la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: No se causan costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



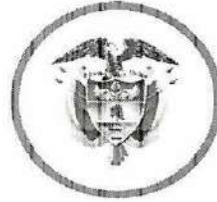
HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 14 2018 00566 01.
DEMANDANTE: LUZ VILMA GUEVARA CRUZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.,

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de octubre de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Se advierte que este proceso ha pasado al suscrito Magistrado por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de una armonía y concordancia entre la conclusión derivada de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Ello como quiera que, si bien se confirmaba la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la actora, la única explicación de procedencia de tal tesis se cimentó en que la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral y Penal por vía de tutela han dejado sin efectos algunas decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente jurisprudencial sentado sobre la materia, pese a que toda la argumentación legal y probatoria allí relacionada estuvo dirigida a exponer

motivos por los cuales no debía declararse ineficaz el acto del traslado (art. 280 del CGP).

En consecuencia, se consideró que una decisión en ese sentido podría conllevar al quebrantamiento de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia (art. 29 y 228 y 229 C. Pol.), por carecer de una “*congruencia interna*” que según la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia “(...) *exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive*” (CSJ SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021).

Según la H. Corte Constitucional la obligación de motivar las decisiones judiciales exige un esfuerzo argumentativo con “*miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta*”. (sentencia C-145-1998). Asimismo, el deber de motivación, además, de ser una fuente de legitimación de la actividad judicial en un estado democrático, constituye un mecanismo que permite conocer al ciudadano las razones de una decisión, para con ello, así poder controvertirla y ejercer su derecho de defensa.

Igualmente, la misma Corporación constitucional ha puntualizado que “*Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia.*” (sentencia T-214- 2012).

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A.. En consecuencia, se ordene a la AFP Porvenir a restituir a Colpensiones la totalidad de los aportes efectuados en el RAIS con sus correspondientes rendimientos. A Colpensiones a registrar y activar la afiliación y reconocer pensión de vejez en los términos previstos en la Ley 797 de 2003, en mesada superior a \$5.000.000 para el año 2018, junto con los intereses moratorios y disponer a las demandadas a reconocer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra y extra petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 15 de mayo de 1961, el 12 de junio de 1984 se afilió al Instituto de Seguros Sociales, en donde cotizó 529 semanas y el 3 de junio de 1998 se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. Adujo que el asesor comercial de la AFP no le entregó información completa, veraz y suficiente, al no informarle que podía retractarse de su decisión o regresar a prima media en un periodo determinado, tampoco le explicó las características, ventajas, desventajas y diferencias de cada régimen pensional, no le realizó un comparativo de los escenarios en que alcanzaría la pensión.

Manifestó que, por su cuenta, contrató una asesoría en la que se percató del engaño que había sido víctima, por ello, el 11 de abril de 2017 solicitó a la AFP la nulidad de la afiliación, copia del formulario de y proyección pensional, que arrojó como resultado que la mesada en el fondo privado sería de \$1.347.3400, en tanto que, en Colpensiones ascendería a \$ 4.744.700. Expuso que cuenta con más de 1.500 semanas cotizadas a lo largo de su vida laboral, por lo que cumple con los requisitos previstos en la Ley 797 de 2003, para acceder a la pensión de vejez (f.º 87 a 111).

Al dar respuesta, Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la

demandante, la de afiliación al ISS y al RAIS, la fusión entre las AFP Horizonte y Porvenir y las reclamaciones presentadas. Respecto de los demás, manifestó no constarle su ocurrencia. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, el error de hecho no vicia el consentimiento, la buena fe, la prescripción, la imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, así como las demás declarables de oficio (f.º 138 a 146).

Por su parte, la AFP Porvenir S.A. también rechazó las suplicas. Frente a los hechos, admitió el natalicio de la accionante, la afiliación al Instituto de Seguros Sociales, la fecha de traslado de régimen, que la AFP conocía la base de cotización para este momento y las peticiones elevadas. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, la falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, la buena fe, la prescripción de obligaciones de tracto sucesivo, el enriquecimiento sin causa y las demás declarables de oficio (f.º 186 a 66).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 27 de octubre de 2020, declaró la ineficacia del acto de traslado del régimen de prima media al de ahorro individual, por lo que ningún efecto jurídico surtió y siempre estuvo afiliada a prima media. Ordenó a Colpensiones una vez reciba el capital de la cuenta de ahorro individual proceda reconocer la pensión de vejez a la accionante en cuantía de \$4.938.418,75 a partir del 1º de mayo de 2019. Declaró no proadas las excepciones y condenó en costas a la AFP Porvenir S.A.

Como sustento de su decisión, señaló que para que el acto de traslado sea válido debe estar precedido de un consentimiento informado, lo cual no está demostrado por parte de la AFP y no puede entenderse configurado por la simple suscripción del formulario de afiliación. Concluyó que la accionante acreditó los requisitos de edad y semanas para acceder a la pensión de vejez en los términos establecidos en la Ley 797 de

2003 y que el ingreso base de liquidación que más le favorece es el determinado con base en los salarios cotizados en los últimos 10 años.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Colpensiones y AFP Porvenir S.A. interpusieron recurso de apelación.

La **AFP Porvenir S.A.** argumentó que no es procedente aplicar la línea jurisprudencial que sobre el asunto ha trazado la H. Corte Suprema de Justicia, pues la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, por lo que no es dable considerar que la AFP le generó algún perjuicio. Alegó que como el juzgado no tiene como suficiente el formulario de afiliación para tener demostrado el consentimiento informado, le impone una carga imposible al fondo al pretender que allegue soportes o constancias de la información que brindó al momento de la afiliación, pues tal exigencia no estaba prevista en la ley para aquella época. Sostuvo que la demandante realizó traslados horizontales entre administradoras del RAIS con lo cual ratificó su voluntad de permanecer en este régimen.

Igualmente, adujo que condenar a la AFP a devolver los gastos de administración es desproporcionado porque afecta el patrimonio de administradora, además porque la Ley 100 de 1993 dispuso estos cobros, que están destinados a la cuenta de solidaridad pensional, al pago de primas de seguros que la mantuvieron cobijada para las contingencias de invalidez y de sobrevivencia pagados a una aseguradora y, por ello no estaban llamados a constituir el capital para financiar la pensión. Al punto precisó que debió ser analizada la excepción de prescripción.

Por su parte, **Colpensiones** suplica la revocatoria de la sentencia de primera instancia en cuanto ordenó el reconocimiento de la pensión de vejez, pues no se tomó en consideración que la demandante efectuó traslados entre administradoras con lo cual ratificó la aceptación de las características del régimen de ahorro individual, máxime cuando para la época en que hizo estos cambios aún estaba en la posibilidad de regresar a

prima media. Sostuvo que el reconocimiento de la pensión de vejez vulnera el principio y el derecho de igualdad de los afiliados que han construido su mesada y futuro pensional a través de las cotizaciones efectuadas al régimen de prima media el que se constituye como un fondo común.

Por otro lado, sostuvo que de mantenerse el reconocimiento de la pensión debe ser modificada la fecha a partir de la cual se otorgó el derecho.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, es también procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual efectuado por la actora. Además, si es viable el reconocimiento de la pensión de vejez en los términos previstos en la Ley 797 de 2003.

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno 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, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la H. Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del Régimen de ahorro individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la 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 y, 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 SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“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 (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que 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.

Finalmente, conviene precisar que la sostenibilidad del sistema tampoco 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, serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

VI. CASO CONCRETO

(i) De la ineficacia del traslado

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 15 de mayo de 1961, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 32 años y 318 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 2 y 12). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 3 de junio de 1998, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir (f.º 89). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos (f.º 162), es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Porvenir desde el 1º de agosto de 1998 al 31 de mayo de 2005; a Horizonte a partir del 1º de junio de 2005 al 30 de junio de 2009, nuevamente y adelante a Horizonte hoy AFP Porvenir S.A desde el 1º de julio de 2009.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que al momento del traslado los asesores de la AFP llegaron a su lugar de trabajo, adelantaron una reunión grupal en la que indicaron la conveniencia de trasladarse, le hicieron una presentación acerca del respaldo del fondo, su

estabilidad por pertenecer a un grupo económico sólido y les dijeron que recibirían una pensión a una edad inferior a la prevista en el ISS, entidad que atravesaba serias dificultades. Dijo que luego de la charla tuvo que hacer una fila para acceder a los asesores quienes se sentaron en unos pupitres diligenciaron el formulario con los datos que ella les entregó y luego procedió a suscribir el mismo.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Porvenir S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que tenía por ley para regresar al sistema de prima media, 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, con atención a su situación personal.

Conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para tener una mesada pensional superior o la referencia que el Instituto de Seguros Sociales atravesaba una crisis financiera, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las

cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por lo anterior, la Sala adicionarla decisión de primera instancia, pues si bien se ordenó a la AFP devolver la totalidad del saldo en cuenta individual no se incluyó en la parte resolutive la obligación de trasladar a Colpensiones las sumas descontadas por concepto de gastos de administración.

Resulta importante señalar sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable. Es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

Paralelamente, se adicionará la sentencia en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

(ii) De la pensión de vejez

El artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, contempla como requisitos para acceder a la pensión de vejez en lo que interesa al proceso, que la afiliada mujer haya alcanzado

los 57 años y acredite cotizaciones por un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. Precisa la norma que a partir del 1º de enero del año 2005 el número de semanas se incrementaría en 50 y a partir del 1º de enero de 2006 ascenderá en 25 cada año hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015.

En esa perspectiva, una vez realizadas las validaciones correspondientes, se determina que la accionante alcanzó los 57 años de edad el 15 de mayo de 2018 (f.º 2) y que a lo largo de su vida laboral acredita más de 1.300 semanas cotizadas (f.º 12 a 36 y 165 a 176), por lo que tiene derecho a acceder a la pensión de vejez en los términos previstos en la ley de seguridad social, a partir del 1º de mayo de 2019, día siguiente a aquel en efectuó el último aporte en pensión, que correspondió al periodo abril de 2019.

Ahora realizadas las validaciones correspondientes se determina que el ingreso base de liquidación de la accionante calculado con base en los salarios cotizados en toda la vida asciende a \$5.087.904 y el establecido con los cotizados en los últimos 10 años es de \$7.362.647, el cual resulta más favorable, que al serle aplicada la tasa de remplazo del 68.55%, arroja como mesada pensional para el 2019 la suma de \$5.047.431, esto es, una suma superior a la determinada por la jueza de conocimiento. No obstante, la sentencia analizada en grado de consulta no puede ser modificada como quiera que la parte demandante no apeló la cuantificación de la mesada.

De otro lado, tal como acertadamente concluyó la jueza de conocimiento, sólo hasta que Colpensiones reciba a satisfacción el traslado del saldo en cuenta individual y los gastos de administración, está obligada a reconocer la prestación de vejez, pues no cuenta en la actualidad con los recursos para financiar la prestación, en todo caso, como tercero de buena fe, no intervino en el acto del traslado.

De conformidad con las consideraciones expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura adiciona la decisión analizada en la forma anunciada.

Sin costas en la consulta y en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el punto segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 27 de octubre de 2020, en el sentido de **CONDENAR** a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente indexadas las sumas de dinero que hubiese descontado por conceptos de gastos de administración mientras la demandante estuvo vinculada a dicho fondo.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia analizada, en el sentido de declarar que bien puede Colpensiones obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

CUARTO: Sin **COSTAS** en la consulta y en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Asesoría de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LUZ VILMA GUEVARA CRUZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 014 2018 00566 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado.

Teniendo en cuenta ese precedente jurisprudencial contenido en las sentencias de tutela y que hace relación, entre otras, a las sentencias del párrafo anterior, se presentó a la sala por este despacho la ponencia el 25 de marzo de 2021 con decisión igual a la que se emite en el fallo de hoy 31 de mayo de 2021, esto es, confirmando la sentencia de primera instancia.

Ahora es de aclarar que la ponencia presentada, con decisión idéntica a la que contiene la presente sentencia, contrario a lo expuesto en la sentencia que se emite, cumplía con el principio de congruencia en sus dos acepciones: interna y externa.

La congruencia interna porque la decisión de confirmar la sentencia de primera instancia respecto de la ineficacia contenida en la parte resolutive tenía como parte motiva las sentencias de tutela mencionadas en el primer párrafo, al punto que así señala en la advertencia señalada en las páginas 1 y 2; lo cual constituye una premisa completa y no generaba dudas en su comprensión ni diversas interpretaciones. La congruencia externa referida a la conformidad entre la decisión y lo pedido por las partes en la demanda y en su contestación también se cumplía porque en virtud de la aplicación de ese precedente se definía el asunto a favor de las pretensiones de la parte actora, existiendo la armonía entre la parte considerativa y resolutive de la sentencia.

De tal manera que lo señalado en la sentencia como advertencia, esto es, que el conocimiento pasó al actual magistrado ponente por la falta de congruencia en la ponencia, lo que demuestra es que la mayoría de la sala salvo el voto frente a las argumentaciones de la ponencia que sustentaban la decisión y no frente a la decisión, lo cual de conformidad a la práctica judicial colombiana daba lugar a una aclaración de voto y no a un salvamento de voto.

La Corte Constitucional en auto 293-2016 de 13 de julio de 2016 expuso sobre las diferencias entre aclaración y salvamento de voto lo siguiente:

“Esta Corporación ha resaltado las diferencias existentes entre ambas actuaciones, señalando que mientras en un salvamento de voto el magistrado expresa su disconformidad con la decisión, en una aclaración la comparte pero desea expresar una posición particular sobre alguno de los temas planteados en la providencia:

“Encuentra la Sala de Revisión que este aspecto depende directamente de que el número mínimo de Magistrados

requeridos expresen su voluntad de respaldar la totalidad de las decisiones contenidas en la parte resolutive de tal decisión. Es aquí cuando, frente a las posibles situaciones que pudieran presentarse, aparecen las figuras que en la práctica judicial colombiana se han denominado como aclaración y salvamento de voto¹.

La primera de ellas permite expresar la posición particular a aquellos participantes de la decisión que habiendo acompañado con su voto la totalidad de las resoluciones, discrepen total o parcialmente de la sustentación que las precede, mientras que la segunda, el salvamento de voto, es la que permite a los disidentes de la decisión explicar las razones por las cuales estuvieron en desacuerdo con aquella, según hubiere quedado planteado a partir de su voto negativo. Cabe agregar que resulta posible expresar un salvamento parcial, en aquellos casos en los que exista disenso solo frente a una parte de lo decidido, o simplemente salvamento (que en tal medida se asumiría como total) cuando quiera que no se comparta ninguna de las decisiones incorporadas en la providencia así aprobada².

La diferencia entre las dos figuras genera consecuencias diferentes, la aclaración de voto da lugar a que la ponencia obtenga los votos necesarios para convertirse en decisión de la sala y se emita en la fecha correspondiente; y el salvamento de voto genera un cambio de ponente que da lugar a trámites administrativos y la postergación de la decisión final por parte de los magistrados que conforman la mayoría.

En el presente caso, pese a que no existía disidencia sobre la decisión, que valga reiterar es respecto de la cual se genera el salvamento de voto, la decisión presentada en la ponencia de 25 de marzo de 2021 se postergó hasta el 31 de mayo de 2021, generando además de los trámites administrativos que dan lugar al cambio de ponente a una demora en la decisión que se reitera es la misma que se proyectó para el 25 de marzo de 2021.

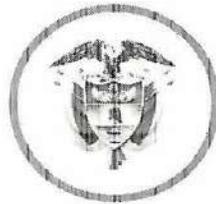
En ese orden de ideas, se reitera que la decisión emitida en la presente sentencia es idéntica a la presentada en la ponencia de 25 de marzo de 2021

¹ En otros países de lengua hispana se habla genéricamente de votos particulares, los cuales pueden ser concurrentes (para las aclaraciones) o discrepantes (para los salvamentos).

² Sentencia T-345 de 2014, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

sustentada en las sentencias de tutela que han dejado sin efectos sentencias del Tribunal por apartarse del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre la ineficacia del traslado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 18 2019 00316 01.
DEMANDANTE: MARTHA JULIANA COTE PEÑA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A., AFP Protección S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 22 de octubre de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Se advierte que este proceso ha pasado al suscrito Magistrado por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de una armonía y concordancia entre la conclusión derivada de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Ello como quiera que, si bien se confirmaba la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la actora, la única explicación de procedencia de tal tesis se cimentó en que la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral y Penal por vía de tutela han dejado sin efectos algunas decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente jurisprudencial sentado sobre la materia, pese a que toda la

argumentación legal y probatoria allí relacionada estuvo dirigida a exponer motivos por los cuales no debía declararse ineficaz el acto del traslado (art. 280 del CGP).

En consecuencia, se consideró que una decisión en ese sentido podría conllevar al quebrantamiento de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia (art. 29 y 228 y 229 C. Pol.), por carecer de una *“congruencia interna”* que según la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia *“(…) exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive”* (CSJ SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021).

Según la H. Corte Constitucional la obligación de motivar las decisiones judiciales exige un esfuerzo argumentativo con *“miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta”*. (sentencia C-145-1998). Asimismo, el deber de motivación, además, de ser una fuente de legitimación de la actividad judicial en un estado democrático, constituye un mecanismo que permite conocer al ciudadano las razones de una decisión, para con ello, así poder controvertirla y ejercer su derecho de defensa.

Igualmente, la misma Corporación constitucional ha puntualizado que *“Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia.”* (sentencia T-214- 2012).

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Colfondos S.A., dado que los fondos privados incurrieron en omisión al deber de información. En consecuencia, se condene a la AFP Protección a trasladar a Colpensiones los dineros existentes en cuenta de ahorro individual. A Colpensiones a aceptar los dineros, a registrarla como su afiliada sin solución de continuidad. Asimismo, se disponga a las demandadas a pagar las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 16 de septiembre de 1991 se afilió al Instituto de Seguros Sociales y cotizó 247 semanas, además que el 1º de septiembre de 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual con la AFP Colfondos y en la actualidad está vinculada con la AFP Protección S.A. Adujo que el asesor del fondo no le informó que su mesada pensional en ahorro individual sería inferior, no realizó proyecciones pensionales y sólo se ocupó de indicarle que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, que podía pensionarse a cualquier edad, pero no le explicó como ello afectaría el monto de su pensión y su bono pensional. Tampoco le indicó las ventajas, desventajas y características de cada régimen.

Manifestó que cumplió 47 años el 25 de agosto de 2012, no obstante, la AFP Protección no le comunicó que con anterioridad a esta data tenía la posibilidad de regresar a prima media. Actualmente cuenta con más de 1400 semanas cotizadas y reclamó ante las deferentes administradoras la nulidad de la afiliación, las cuales fueron negadas (f.º 3 a 20).

Al dar respuesta, **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas en su contra. Frente a los hechos, admitió la fecha de afiliación al Instituto de Seguros Sociales, las semanas cotizadas a esta entidad y la reclamación administrativa. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de

inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; la inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; la prescripción; la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f.º 147 a 152).

Al contestar, la **AFP Porvenir S.A** también rechazó el éxito de las suplicas dirigidas en su contra. Manifestó no constarle ningún hecho. Para enervar las pretensiones de la demanda, formuló las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas; la buena fe; la prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo; el enriquecimiento sin causa y las demás declarables de oficio (f.º 183 a 189).

Por su parte la **AFP Colfondos S.A.** se opuso a las pretensiones incoadas en su contra. Frente a los hechos, manifestó no ser ciertos o no constarles. En defensa de sus intereses, formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, la falta de legitimación en la causa por pasiva; la buena fe, la ausencia de vicios del consentimiento, la validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, la ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado; la compensación y pago y las demás declarables oficiosamente (f.º 204 a 221).

Finalmente, la **AFP Protección S.A.** al contestar la demanda se opuso al éxito de todas las pretensiones. Respecto de los hechos, admitió la fecha de afiliación a Colfondos y la afiliación actual a Protección S.A. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En su defensa, formuló las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con Davivir, Santander, ING y Protección, la buena fe, la prescripción de la acción para demandar la nulidad de la acción, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho y las demás declarables de oficio (f.º 242 a 248).

En audiencia obligatoria de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio el apoderado de Colfondos se allanó a las pretensiones de la demanda.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 22 de octubre de 2020 declaró la ineficacia del traslado de la demandante a la AFP Colfondos S.A. realizado el 10 de julio de 1996. Por consiguiente, declaró que para todos los efectos legales nunca se cambió al RAIS, por lo que siempre permaneció en prima media. Condenó a las AFP Porvenir, Protección y Colfondos, a trasladar todos los dineros ahorrados por la demandante en la cuenta individual, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración. Ordenó a Colpensiones a recibir el traslado de dineros de las AFP. Declaró no probada la excepción de prescripción. Impuso condena en costas a las AFP Porvenir y Protección (f.º 276 a 278).

Como sustento de su decisión, señaló que las AFP desde su creación tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria mediante la entrega de información suficiente y transparente que le permitiera al afiliado elegir entre las opciones del mercado aquella que se ajustara a sus intereses, lo cual no fue demostrado en juicio. Resaltó que, aunque la AFP Protección demostró haber reasesorado a la accionante este hecho no subsana la omisión al deber de información en que incurrió la AFP Colfondos con la cual se dio el traslado inicial.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas interpusieron recurso de apelación.

Colpensiones solicitó revocar la sentencia de primera instancia dado que desconoce lo previsto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, que prohíbe el traslado para quienes se encuentren a menos de 10 años de

acceder a la edad de pensión, pues decidir contra esta norma contribuye a la descapitalización del régimen de prima media.

Sostuvo que la actora tiene la calidad de experta frente a los asuntos relacionados con la pensión en ahorro individual porque incluso trabajó para una AFP en calidad de gerente. Indicó que cuando la accionante firmó el formulario de traslado era mayor de edad y en goce de sus facultades, por lo que no se configuró vicio de consentimiento alguno, por el contrario, lo que se evidencia es que se dieron varios traslados horizontales y la demandante nunca solicitó en ningún tipo de información.

La **AFP Protección** al apelar adujo que obra suficiente material probatorio para acreditar que la demandante tenía las calidades personales, profesionales y laborales, que le permitía conocer las consecuencias de permanecer en el régimen de ahorro individual al ser gerente de oficina, por tanto, la comercialización del producto de pensión obligatoria. Además, se le realizó asesoría en el año 2012, lo que le permitió conocer la diferencia en la mesada pensional y sin embargo tomó la decisión de permanecer afiliada a los fondos privados. Preciso que cada negocio jurídico debe ser analizado de manera particular y no es procedente aplicar el precedente jurisprudencial a este caso.

De otro lado, señaló que, ante el allanamiento a las pretensiones de la AFP Colfondos, no es procedente condenar en costas a Protección, pues acreditó que cumplió con el deber de brindar información suficiente y oportuna a la demandante. Finalmente, argumentó que debe ser absuelta de devolver los gastos de administración toda vez que estos se causan en ambos regímenes pensionales y ese descuento estuvo amparado en la ley, lo que permitió que la afiliada estuviera cubierta para los riesgos de invalidez y sobrevivencia a través de una aseguradora que no fue vinculada al proceso.

La AFP Porvenir S.A. indicó que la afiliada fue gerente regional de una AFP, confesó que recibió capacitación y capacitaba a asesores de una administradora de pensiones privada, por ello, deben tenerse en cuenta las

calidades personales y profesionales de la demandante, quien además recibió reasesoría, por lo que no es procedente declarar la nulidad simplemente porque Colfondos se allanó a las pretensiones, pues al configurarse un litis consorcio necesario por pasiva los efectos del allanamiento no son generales..

Alegó que no existe fundamento jurídico para ordenar el reintegro de rendimientos, pues en virtud de la nulidad las cosas deben volver a su estado anterior. Sostuvo que se absolvió a Colfondos por el hecho de haberse allanado a las pretensiones y se condena a las demás AFP a reconocerlas pese a que no intervinieron en el acto inicial de traslado.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, es también procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno 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, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97 la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la H. Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la 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 y, 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 SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“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 (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia

SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que 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.

Finalmente, conviene precisar que la sostenibilidad del sistema tampoco 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, serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 25 de agosto de 1965, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 29 años y 133.25 semanas cotizadas a Colpensiones y al Foncep (f.º 21 y 62). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y el número de semanas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 10 de julio de 1996, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colfondos S.A., Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Colfondos S.A desde el 1º de septiembre de 1996 a 31 de julio de 1999; del 1º de agosto de 1999 al 31 de agosto de 2001 a ING; desde el 1º de septiembre de 2001 al 30 de julio de 2002 a Porvenir; desde el 1º de julio de 2002 al 31 de julio de 2003 nuevamente a ING; desde el 1º de agosto de 2003 al 31 de octubre de 2004 a Protección; regresó a ING desde el 1º de noviembre de 2004 al 31 de octubre de 2007; nuevamente estuvo vinculada a Protección desde el 1º de noviembre de 2007 al 30 de abril de 2008; un vez más a ING del 1º

de mayo de 2008 al 30 de noviembre de 2008 y a partir del 1º de diciembre de 2008 en adelante a la AFP Protección S.A. (f.º 249).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que se trasladó al régimen de ahorro individual a recursos humanos de su empleador que era la Red Multicolor. Adujo que el asesor de Colfondos le indicó que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y que en el fondo privado obtendría una mejor pensión. Confesó que con posterioridad al cambio de régimen no se acercó a realizar ninguna averiguación al ISS ni a Colpensiones porque de buena fe creyó en lo que le informó el promotor de la AFP. También que cuando se trasladó a la AFP Davivir era gerente de una de sus oficinas, recibió capacitación acerca del funcionamiento de los fondos, pero advirtió que se ocupaba principalmente de actividades comerciales. Declaró que Protección S.A. le brindó reasesoría, no obstante, explicó que, aunque en esa oportunidad la mesada en prima media era superior, la asesora del fondo le manifestó que en el futuro esa diferencia se recortaría y que de todos modos le convenía permanecer en el fondo privado porque le devolverían la totalidad de su ahorro.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Porvenir S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, haber brindado al demandante al momento de la afiliación o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que tenía por ley para regresar al sistema de prima media, 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, con atención a su situación personal.

Conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código

General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para obtener un monto de mesada superior o la referencia de que el fondo público se iba a acabar, no es propio de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional.

No pasa por alto esta Corporación que el 6 de agosto de 2012, cuando la promotora del juicio contaba con 46 años de edad y aún podía trasladarse de régimen, pues estaba a 18 días de alcanzar los 47 años, la AFP Protección le brindó asesoría y le realizó proyección pensional según la cual la mesada en el régimen de ahorro individual sería a los 57 años de \$2.151.867, en tanto, que en prima media ascendería a \$3.798.485 (f. 264 y 265). Sin embargo, en el documento no se encuentra acreditado que se le hubiera informado la fecha hasta la cual podía realizar el cambio, pues en la casilla correspondiente se encuentra en blanco y apenas se puede leer que su decisión fue quedarse en Protección.

Tampoco se excluye que la demandante ostentó la calidad de gerente al servicio de la AFP Davivir según consta en formulario de afiliación de folio 250. No obstante, para agosto de 1996, cuando se realizó el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual la accionante estaba vinculada laboralmente con la Asociación Red Multicolor (f.º 222) y no se demuestra que para esa época tuviera conocimiento sobre el funcionamiento de los fondos privados. En consecuencia, la capacitación que confesó haber recibido de la AFP debido a su cargo fue posterior al acto inicial del traslado.

Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las

cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, la AFP Protección S.A. a la cual se encuentra afiliada actualmente la accionante deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. En consecuencia, la sentencia analizada se mantendrá en este punto.

Se precisa que no es posible eximir a las AFP Colfondos, Porvenir ni Protección S.A. de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas a la demandante por concepto de gastos de administración mientras estuvo afiliada a dichos fondos, pues la declaración de ineficacia, obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por colpensiones”*(SL 4360-2019). Por consiguiente, la sentencia analizada también será confirmada.

Resulta importante señalar sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable. Es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

Paralelamente, se adicionará la sentencia en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación

pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a las AFP Protección y Porvenir S.A. de pagar costas del proceso, toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, los fondos privados resultaron forzados a través de la decisión judicial a trasladar los recursos existentes en la cuenta individual y los gastos de administración descontados a la demandante mientras estuvo afiliada a dichas administradoras.

De conformidad con las consideraciones expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura adiciona la decisión analizada en la forma anunciada.

Sin costas en la consulta y en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 22 de octubre de 2020, en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

TERCERO: Sin COSTAS en la consulta y en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
salvamento de voto

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



SALVAMENTO DE VOTO

DEMANDANTE: MARTHA JULIANA COTE PEÑA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN 11001 31 05 018 2019 00316 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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

En primer lugar, la ponencia que se presentó a la Sala el 26 de febrero de 2021, no confirmaba la decisión de primera instancia, sino que por el contrario se revocaba dado que se consideró que los fondos de pensiones si cumplieron con la obligación de suministrar información a la demandante.

En la ponencia se expuso que en el proceso no se negaba que el fondo suministró información, lo que se dedujo de lo expuesto en la demanda y se corroboró especialmente con lo manifestado en el interrogatorio de parte por la demandante, en el que la accionante señaló que su traslado se dio de manera voluntaria con base en la información que le dio el Fondo, relacionada entre otros aspectos, con que podía pensionarse a cualquier edad.

Tampoco se puede pasar inadvertido que según indicó la señora Cote Peña, para la calenda en que se presentó el traslado de régimen, ella fungía como gerente de una de las oficinas de Davivir, y por ello, tenía a su cargo el grupo de venta encargado de ofrecer el producto relacionado con pensiones, de suerte que aplicando las leyes de la experiencia y la sana crítica al caso en particular, no resulta admisible sostener que la directora y gerente de la oficina no tuviera conocimiento del producto que tenía a su cargo, menos aún de las condiciones propias del régimen de ahorro individual con solidaridad, máxime, cuando su profesión es abogada, de manera que en este caso particular no es posible aducir, que se está en presencia de un afiliado lego, como acertadamente lo indicaron los recurrentes al momento de interponer la alzada.

Además de lo anterior, se tiene por probado que la AFP Protección, por invitación que hiciera el ejecutivo de cuenta y antes de que le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad de pensión, le realizó a la actora una reasesoría pensional en la que se le hizo saber que una vez elaborado el cálculo correspondiente, se concluía que económicamente no le convenía quedarse en ese fondo, tal y como se aprecia en la instrumental que corre a los folios 264, donde por demás declaró que la información recibida junto con los cálculos de su pensión habían sido totalmente claros.

También se observa que dicha AFP también realizó una proyección del valor de la pensión que obtendría la promotora en ambos regímenes, arrojando una mejor mesada pensional en el caso del ISS hoy Colpensiones. (f.º 265-266), sin embargo, la actora resolvió no trasladarse pese a tener suficiente conocimiento de las condiciones en que se pensionaría en el régimen de ahorro individual, lo que permite colegir que valoró y analizó la conveniencia de escoger para su futuro pensional el Régimen de Ahorro Individual para garantizar el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, invalidez y muerte.

Cabe precisar que los documentos a los que se ha hecho referencia, cuentan con suficiente valor probatorio porque fue la misma demandante quien confesó haber suscrito cada uno de ellos.

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

Así las cosas, fácil resulta concluir que los fondos de pensiones cumplieron con lo señalado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en la sentencia 65791 de 2019 que reiteró lo dicho en la SL 31989 de 2008: *“las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*

En este punto, conviene señalar que para el momento del traslado no se había expedido la Ley 1328 de 2009 que consagra unas formas particulares de entregar la información a los posibles afiliados, por lo que no es dable realizar una exigencia documental sobre la información específica y precisa

entregada al interesado, máxime que las normas vigentes para la época del traslado no prohibían la asesoría de forma verbal como le fue entregada a la demandante, pero si en gracia de discusión se pasara por alto esa situación, es lo cierto que además de la información suministrada de manera oral, el fondo también realizó una proyección sobre el futuro pensional de la actora, lo que sin lugar a dudas permite colegir que en el presente caso si existió la información.

En ese orden de ideas, dados los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso en concreto había lugar a revocar la decisión de primera instancia.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 14 2018 00716 01.
DEMANDANTE: FANNY CONSUELO HERNÁNDEZ NIÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y
COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 13 de octubre de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Se advierte que este proceso ha pasado al suscrito Magistrado por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de una armonía y concordancia entre la conclusión derivada de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Ello como quiera que, si bien se confirmaba la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la actora, la única explicación de procedencia de tal tesis se cimentó en que la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral y Penal por vía de tutela han dejado sin efectos algunas decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente jurisprudencial sentado sobre la materia, pese a que toda la argumentación legal y probatoria allí relacionada estuvo dirigida a exponer

motivos por los cuales no debía declararse ineficaz el acto del traslado (art. 280 del CGP).

En consecuencia, se consideró que una decisión en ese sentido podría conllevar al quebrantamiento de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia (art. 29 y 228 y 229 C. Pol.), por carecer de una *“congruencia interna”* que según la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia *“(…) exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive”* (CSJ SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021).

Según la H. Corte Constitucional la obligación de motivar las decisiones judiciales exige un esfuerzo argumentativo con *“miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta”*. (sentencia C-145-1998). Asimismo, el deber de motivación, además, de ser una fuente de legitimación de la actividad judicial en un estado democrático, constituye un mecanismo que permite conocer al ciudadano las razones de una decisión, para con ello, así poder controvertirla y ejercer su derecho de defensa.

Igualmente, la misma Corporación constitucional ha puntualizado que *“Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia.”* (sentencia T-214- 2012).

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Protección S.A., entendiéndose válidamente afiliada al régimen de prima media. En consecuencia, se condene a la AFP Colfondos a la cual se encuentra actualmente vinculada a trasladar los aportes cotizados y a Colpensiones a aceptar los aportes, así como registrar la afiliación sin solución de continuidad desde el 1º de febrero de 1980, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 1º de febrero de 1980 se afilió al Instituto de Seguros Sociales, en donde aportó 542 semanas y el 10 de noviembre de 1995 se trasladó al régimen de ahorro individual, encontrándose vinculada a la AFP Colfondos. Adujo que el asesor del fondo no le informó que su mesada pensional en ahorro individual sería inferior, no le realizó proyecciones pensionales y que podía pensionarse a cualquier edad, pero no le explicó como ello afectaría el monto de su pensión y su bono pensional. Tampoco le señaló las ventajas, desventajas y características de cada régimen.

Manifestó que cumplió 47 años el 5 de octubre de 2009, no obstante, la AFP Colfondos no le comunicó que con anterioridad a esta data tenía la posibilidad de regresar a prima media. Actualmente cuenta con más de 1.623 semanas cotizada y reclamó ante las deferentes administradoras la nulidad de la afiliación, sin que fuera respondidas (f.º 92 a 108).

Al dar respuesta, **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, admitió la fecha de afiliación al Instituto de Seguros Sociales, las semanas cotizadas a esta entidad, la data del traslado de régimen y la reclamación administrativa. Manifestó no constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación; el error de derecho no vicia el consentimiento; la buena fe; la prescripción y las demás declarables oficiosamente (f.º 137 a 149).

Al contestar, la **AFP Colfondos S.A** rechazó el éxito de las pretensiones dirigidas en su contra. En cuanto a los hechos, aceptó únicamente la fecha de traslado de régimen y la actual afiliación de la accionante a esa AFP. Manifestó no constarle los restantes. Para enervar las pretensiones de la demanda, formuló las excepciones de validez e la afiliación a Colfondos, inexistencia de la obligación en cabeza de Colfondos S.A., la buena fe; la prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo; el enriquecimiento sin causa y las demás declarables de oficio (f.º 168 a 175).

Por su parte la **AFP Protección S.A.** también se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos, admitió la fecha de afiliación a esta AFP, la suscripción del formulario de vinculación y la petición presentada a la AFP. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En defensa de sus intereses formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; la buena fe; la prescripción; el aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones; el reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y las demás declarables oficiosamente (f.º 224 a 235).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 13 de octubre de 2020 declaró ineficaz el acto del traslado que hizo la demandante del régimen de ahorro individual a prima media, por consiguiente, ningún efecto jurídico surtió el traslado, por lo que siempre estuvo a prima media. Condenó a Colfondos a trasladar el saldo existente en la cuenta de ahorro individual. Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a la AFP Protección S.A. (f.º 273).

Como sustento de su decisión, adujo que la AFP Protección S.A. no demostró haber brindado la información necesaria y relevante para que la actora sopesara su decisión de trasladarse de régimen.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada Colpensiones interpuso recurso de apelación, para ello, adujo que la sentencia de primera instancia debe ser revocada, pues del interrogatorio de parte absuelto por la demandante se extrae que su traslado se dio como parte de una decisión familiar y el cambio entre administradoras obedeció a su vinculación laboral a una empresa que formaba parte de un grupo económico al cual pertenecía la AFP.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, es también procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno 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, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97 la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la H. Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la 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 y, 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 SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“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 (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020

y STL3200-2020. También la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que 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.

Finalmente, conviene precisar que la sostenibilidad del sistema tampoco 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, serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 5 de octubre de 1962, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 31 años y 507.57 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 3 y 71). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y el número de semanas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 10 de noviembre de 1995, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colmena S.A. Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Colmena S.A desde el 1º de diciembre de 1995 al 29 de febrero de 2000 y a partir del 1º de marzo de 2000 en adelante a la AFP Colfondos S.A. (f.º 164).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que se trasladó al régimen de ahorro individual porque su esposo trabajaba en la empresa Roche S.A, la que le indicó que el grupo familiar debía trasladarse

a la AFP Colmena para continuar afiliada a medicina prepagada, además porque el Instituto de Seguros Sociales estaba quebrado y el dinero correspondiente a las mesadas pensionales se perdería, por ello, era conveniente el cambio al fondo privado en donde se podía pensionar más joven y con una mesada más alta. Confesó que firmó el formulario de vinculación de manera libre, que no se sintió coaccionada y que lo hizo por la información que le proporcionaron en relación con la quiebra del ISS.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Protección S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, haber brindado al demandante al momento de la afiliación o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que tenía por ley para regresar al sistema de prima media, 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, con atención a su situación personal.

Conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para obtener un monto de mesada superior o la referencia de que el fondo público se iba a acabar, no es propio de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio

de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, la AFP Colfondos S.A. a la cual se encuentra afiliada actualmente la accionante deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. En consecuencia, la sentencia analizada se adicionará en este punto.

Se precisa que no es posible eximir a la AFP Protección S.A., de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas a la demandante por concepto de gastos de administración mientras estuvo afiliada a dicho fondo, pues la declaración de ineficacia, obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por colpensiones”*(SL 4360-2019). Por consiguiente, la sentencia analizada también será adicionada en este tópico.

Resulta importante señalar sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable. Es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

Paralelamente, se adicionará la sentencia en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el

valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

De conformidad con las consideraciones expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura adiciona la decisión en la forma anunciada.

Sin costas en la consulta y en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 13 de octubre de 2020, en el sentido de CONDENAR a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones las sumas de dinero que hubiese descontado a la actora mientras estuvo afiliada a dicho fondo privado por concepto de gastos de administración debidamente indexados.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia analizada para CONDENAR a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente indexadas las sumas de dinero que hubiese descontado por conceptos de gastos de administración mientras la demandante estuvo vinculada a dicho fondo.

TERCERO: ADICIONAR la decisión analizada en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y

sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

CUARTO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

QUINTO: Sin COSTAS en la consulta y en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Actuación de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: FANNY CONSUELO HERNANDEZ NIÑO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 014 2018 00716 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado.

Teniendo en cuenta ese precedente jurisprudencial contenido en las sentencias de tutela y que hace relación, entre otras, a las sentencias del párrafo anterior, se presentó a la sala por este despacho la ponencia el 25 de marzo de 2021 con decisión igual a la que se emite en el fallo de hoy 31 de mayo de 2021, esto es, confirmando la sentencia de primera instancia.

Ahora es de aclarar que la ponencia presentada, con decisión idéntica a la que contiene la presente sentencia, contrario a lo expuesto en la sentencia que se emite, cumplía con el principio de congruencia en sus dos acepciones: interna y externa.

La congruencia interna porque la decisión de confirmar la sentencia de primera instancia respecto de la ineficacia contenida en la parte resolutive tenía como parte motiva las sentencias de tutela mencionadas en el primer párrafo, al punto que así señala en la advertencia señalada en las páginas 1 y 2; lo cual constituye una premisa completa y no generaba dudas en su comprensión ni diversas interpretaciones. La congruencia externa referida a la conformidad entre la decisión y lo pedido por las partes en la demanda y en su contestación también se cumplía porque en virtud de la aplicación de ese precedente se definía el asunto a favor de las pretensiones de la parte actora, existiendo la armonía entre la parte considerativa y resolutive de la sentencia.

De tal manera que lo señalado en la sentencia como advertencia, esto es, que el conocimiento pasó al actual magistrado ponente por la falta de congruencia en la ponencia, lo que demuestra es que la mayoría de la sala salvo el voto frente a las argumentaciones de la ponencia que sustentaban la decisión y no frente a la decisión, lo cual de conformidad a la práctica judicial colombiana daba lugar a una aclaración de voto y no a un salvamento de voto.

La Corte Constitucional en auto 293-2016 de 13 de julio de 2016 expuso sobre las diferencias entre aclaración y salvamento de voto lo siguiente:

“Esta Corporación ha resaltado las diferencias existentes entre ambas actuaciones, señalando que mientras en un salvamento de voto el magistrado expresa su disconformidad con la decisión, en una aclaración la comparte pero desea expresar una posición particular sobre alguno de los temas planteados en la providencia:

“Encuentra la Sala de Revisión que este aspecto depende directamente de que el número mínimo de Magistrados

requeridos expresen su voluntad de respaldar la totalidad de las decisiones contenidas en la parte resolutive de tal decisión. Es aquí cuando, frente a las posibles situaciones que pudieran presentarse, aparecen las figuras que en la práctica judicial colombiana se han denominado como aclaración y salvamento de voto¹.

La primera de ellas permite expresar la posición particular a aquellos participantes de la decisión que habiendo acompañado con su voto la totalidad de las resoluciones, discrepen total o parcialmente de la sustentación que las precede, mientras que la segunda, el salvamento de voto, es la que permite a los disidentes de la decisión explicar las razones por las cuales estuvieron en desacuerdo con aquella, según hubiere quedado planteado a partir de su voto negativo. Cabe agregar que resulta posible expresar un salvamento parcial, en aquellos casos en los que exista disenso solo frente a una parte de lo decidido, o simplemente salvamento (que en tal medida se asumiría como total) cuando quiera que no se comparta ninguna de las decisiones incorporadas en la providencia así aprobada².

La diferencia entre las dos figuras genera consecuencias diferentes, la aclaración de voto da lugar a que la ponencia obtenga los votos necesarios para convertirse en decisión de la sala y se emita en la fecha correspondiente; y el salvamento de voto genera un cambio de ponente que da lugar a trámites administrativos y la postergación de la decisión final por parte de los magistrados que conforman la mayoría.

En el presente caso, pese a que no existía disidencia sobre la decisión, que valga reiterar es respecto de la cual se genera el salvamento de voto, la decisión presentada en la ponencia de 25 de marzo de 2021 se postergó hasta el 31 de mayo de 2021, generando además de los trámites administrativos que dan lugar al cambio de ponente a una demora en la decisión que se reitera es la misma que se proyectó para el 25 de marzo de 2021.

En ese orden de ideas, se reitera que la decisión emitida en la presente sentencia es idéntica a la presentada en la ponencia de 25 de marzo de 2021

¹ En otros países de lengua hispana se habla genéricamente de votos particulares, los cuales pueden ser concurrentes (para las aclaraciones) o discrepantes (para los salvamentos).

² Sentencia T-345 de 2014, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

sustentada en las sentencias de tutela que han dejado sin efectos sentencias del Tribunal por apartarse del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre la ineficacia del traslado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 12 2019 00575 01
DEMANDANTE: JOSÉ ARTURO AVELLANEDA PINZÓN.
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 9 de septiembre de 2020.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se condene a la demandada a reconocer debidamente indexada la pensión de vejez a partir del 1° de enero de 2015, en aplicación de lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, más los intereses moratorios.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 19 de marzo de 1959, por lo que cumplió 60 años el mismo día y mes del 2010, además, cotizó 1.159 semanas a través de diferentes empleadores, no obstante, Colpensiones en la historia laboral expedida el 25 de noviembre de 2017 apenas reconoce 863.43 semanas. Adujo que el 9 de diciembre de 2003 constituyó la empresa Germinados Naturales en la cual ostenta la calidad de Gerente y mediante comunicación 2012_812448 la demandada le

informó que tenía una deuda real por 17 periodos y una presunta por el mismo número.

Manifestó que mediante Resolución GNR 346092 del 7 de diciembre de 2013, Colpensiones negó el reconocimiento de la pensión de vejez bajo el argumento que tan sólo cuenta con 756 semanas cotizadas. Inconforme, interpuso recurso de apelación que fue resuelto por Acto Administrativo GNR 275258 de 4 de agosto de 2014, por el cual la entidad confirma su decisión y establece como semanas aportadas 844 y le indica que el tiempo laborado en la Secretaría de Educación no puede ser contabilizado por ser simultáneo a las cotizaciones realizadas por la Universidad Jorge Tadeo Lozano. La administradora a través de Resolución GNR 33493 del 13 de febrero de 2015, le reconoce indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, decisión que confirma mediante las Resoluciones GNR 296981 del 25 de septiembre de 2015 y VPB 76122 del 24 de diciembre de 2015.

Narró que el 19 de agosto de 2017 solicitó corregir su historia laboral e incluir periodos cotizados con el Gimnasio José Joaquín, con quien trabajó de enero de 1975 a diciembre de 1977 y respecto de Germinados Naturales empresa de la cual fue Gerente desde su constitución hasta cuando se halló disuelta en el año 2015. En respuesta, la entidad le informó que iniciaría las acciones de cobro correspondientes (f.º 1 a 15).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió el natalicio del accionante y los actos administrativos emitidos por la entidad. Manifestó no constarle o no ser ciertos los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción y caducidad, la inexistencia del derecho y la obligación, el cobro de lo no debido, la no configuración del derecho al pago de intereses e indemnización moratorios, la buena fe y las demás declarables de oficio (f.º 64 a 68).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 9 de septiembre de 2020, absolvió a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra. Declaró probada la excepción de inexistencia del derecho y la obligación. Se abstuvo de imponer costas (f.º 83).

Como sustento de su decisión, señaló que, aunque el demandante es beneficiario del régimen de transición, apenas acredita 949 semanas, pues las simultáneas solo pueden ser acumuladas a efectos de determinar el ingreso base de liquidación. Señaló que en el tiempo en que prestó servicios como docente escolar sólo pueden acreditarse los periodos en que efectivamente se prestó el servicio, no las anualidades completas. Igualmente, advirtió que respecto del empleador Germinados Naturales no es posible acreditar los periodos en que el mismo demandante como Gerente incurrió en mora, pues no puede favorecerse con su omisión.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que se encuentra probado que el accionante es beneficiario del régimen de transición y acredita más de 1.000 semanas cotizadas en toda la vida y 500 en los últimos 20 años, por lo que debe ser reconocida la pensión de vejez al amparo de lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, en respeto a su dignidad humana y del derecho a disfrutar de un mínimo vital.

Alegó que, pese a que solicitó a Colpensiones realizar la corrección de historia laboral, esta nunca emitió respuesta satisfactoria, pues argumentó que no contaba con los datos e información que dieran cuenta de la existencia de la relación laboral, lo cual no es cierto porque los soportes se adjuntaron junto con las solicitudes, en todo caso, la entidad dijo que el empleador tenía deuda, además le informó que iniciaría las acciones de cobro correspondientes.

Sostuvo que conforme a lo indicado por la H. Corte Constitucional en sentencia SU 769 de 2014, se deben computar las semanas cotizadas al sector público tal como lo prevé la Ley 100 de 1993.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, la Sala limitará su estudio a los argumentos que fueron materia de apelación, por lo que corresponde determinar si el actor tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez.

1. Del régimen de transición y el conteo de semanas

Para despejar la problemática puesta de presente, se verifica que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dispone que la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto o tasa de remplazo, de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

Por su parte, el párrafo transitorio 4º del Acto Legislativo 01 de 2005, dispone claramente que la transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que lo desarrollaran, no puede extenderse más allá del 31 de julio de 2010, con excepción, de aquellos trabajadores que al estar en tal régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigor de la citada reforma constitucional, a los cuales se les mantendría sus prerrogativas pensionales hasta el 31 de diciembre del 2014.

Ahora, conviene recordar que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, de manera reiterada y pacífica, ha considerado que el hecho generador de las cotizaciones al sistema pensional es el trabajo humano. Por ello, la prestación del servicio efectiva en favor de un empleador causa o genera el deber de aportar al sistema pensional de los trabajadores afiliados al mismo (sentencia SL514-2020, que reiteró la SL, 28 oct. 2008, rad. 34270).

De otro lado, frente a la posibilidad de acumular tiempos de servicios cotizados o no a cajas del sector público y semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales, implorado por el demandante también para el reconocimiento de la prestación de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante Decreto 758 del mismo año, es dable afirmar que la reciente jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia permite esta posibilidad.

Sobre el particular, la máxima Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral en sentencia CSJ SL1947-2020 y SL1981-2020 recogió el criterio que negaba la posibilidad de sumar servicios cotizados o no a otras cajas del sector público con las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales, como quiera que así lo permite el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social

Paralelamente, ha puntualizado la H. Corte Suprema de Justicia frente a la mora del empleador en el pago de cotizaciones al sistema pensional, que las administradoras de pensiones deben agotar diligente y oportunamente las gestiones de cobro ante los empleadores, de suerte que, de omitirse esta obligación, deben responder por el pago de la prestación a que haya lugar, según la norma aplicable. Ello es así, porque el sistema de seguridad social les otorgó a dichos entes herramientas jurídicas suficientes para desplegar control, requerir a los morosos e iniciar acciones de cobro, además de contemplar en su favor, intereses o multas

(Artículo 24 de la Ley 100 de 1993 y sentencias SL759-2018, que reiteró las decisiones CSJ SL, 28 oct. 2008, rad. 32384; CSJ SL907-2013, CSJ SL5429-2014, CSJ SL16814-2015, CSJ SL8082-2015, CSJ SL4818-2015, CSJ SL15718-2015, CSJ SL11627-2015, CSJ SL16814-2015, CSJ SL13266-2016, CSJ SL 4952-2016, CSJ SL6469-2016, CSJ SL15980-2016, CSJ SL17488-2016, CSJ SL13877-2016, CSJ SL685-2016, CSJ SL3707-2016, CSJ SL4892-2016, CSJ SL5166-2016, CSJ SL685-2017, CSJ SL3707-2017, CSJ SL4892-2017 y CSJ SL5166-2017).

En esa línea de pensamiento, queda claro que, a efectos de contabilizar las semanas cotizadas por el afiliado y, por ende, verificar los presupuestos legales tendientes a obtener el derecho pensional, así como la forma de liquidarla, deben tenerse en cuenta además de las consignadas oportunamente, las que se encuentran en mora, dada la falta de gestión de cobro por parte de la administradora a la que se encuentre vinculado.

Aquí es importante precisar que, los efectos de la mora en el pago de los aportes son diferentes a los de la falta de afiliación al sistema de pensiones, dado que dichos fenómenos tienen causas distintas. En el primer evento, como se dijo las administradoras tiene la ineludible obligación de iniciar las acciones de cobro pertinentes, mientras que, en la segunda hipótesis, la entidad de seguridad social respectiva debe reconocerle al trabajador el tiempo servido con el consecuente traslado de un cálculo actuarial o título pensional a cargo del empleador. De todas maneras, en los dos eventos es necesario acreditar la relación laboral en que se fundamenta la falta de los aportes (CSJ SL5058-2020 y SL1506-2020).

Puestas las cosas de esta manera, en el *sub examine* el demandante es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, dado que para la entrada en vigor de tal disposición legal tenía más de 40 años, al haber nacido el 19 de marzo de 1950. Ahora, cumplió los 60 años el mismo día y mes de 2010, (f.º 16), es decir, antes del 31 de julio de 2010.

		Subtotal desde 01-09-1974 a 25-07-2005		5146,00	735,16	
		8/12/2006	31/12/2006	23	3,29	
		1/03/2007	31/03/2007	30	4,29	
		1/06/2007	31/07/2007	59	8,43	
		1/02/2008	31/07/2008	182	26,00	
	<i>Independiente-Germinados</i>	1/08/2008	30/08/2008	30	4,29	
		31/08/2008	28/02/2009	181	25,86	
	<i>Independiente-Germinados</i>	1/03/2009	12/03/2009	12	1,71	
		13/03/2009	30/04/2009	48	6,86	
	<i>Independiente-Germinados</i>	1/05/2009	31/05/2009	30	4,29	
		1/06/2009	30/06/2009	30	4,29	
	<i>Independiente-Germinados</i>	1/07/2009	1/07/2009	1	0,14	
		Subtotal entre 20-03-1990 a 19-3-2010		1309	187,00	
		2/07/2009	10/11/2012	1228	175,43	
		Subtotal desde 01-09-1974 a 18-01-2013		7000,00	1000	
		11/11/2012	16/02/2013	95	13,57	
		Total Toda la Vida		7.095,00	1.013,61	

Es importante acotar que a efectos de contabilizar las semanas válidas para pensiones, la Sala no toma en consideración los periodos en los que el demandante realizó cotizaciones simultaneas, pues, estos sólo se acumulan en función de determinar el ingreso base de liquidación.

De otro lado, aunque el actor solicita contabilizar de manera completa los periodos correspondientes a los años 1975 a 1977, cuando laboró al servicio del Gimnasio José Joaquín, contrario a lo argumentado en la apelación, no se aportó ningún elemento de convicción que permita concluir la prestación de los servicios en meses distintos a los que el Gimnasio realizó aportes, pues tan solo presentó de manera reiterativa una serie de solicitudes de corrección de historia laboral que no estuvieron acompañadas con el soporte correspondiente, al menos en cuanto al empleador que se acaba de indicar.

En relación con los periodos en mora con Germinados Naturales, empresa de la cual según se confesó en la demanda era Gerente, debe indicarse que no se probó la vigencia del vínculo en el periodo indicado en el escrito genitor - diciembre de 2003 a julio de 2015 - pues conforme a la

historia laboral allegada por Colpensiones, la relación laboral estuvo vigente entre diciembre de 2006 y agosto de 2008 cuando se reportó la novedad de retiro y luego de marzo a noviembre de 2009, cuando por segunda vez, se exteriorizó la novedad de retiro. Resulta pertinente resaltar que, aunque Colpensiones mediante comunicación de 28 de enero de 2013 informó al demandante sobre la liquidación de deuda para algunos periodos de los años 2004 a 2008, es decir, que ejerció el cobro, no obstante, en el plenario no se acredita que el promotor quien ostentada la calidad de Gerente de su propia empresa haya concurrido con el pago de la obligación reclamada por la entidad. En consecuencia, no puede beneficiarse de su actuar omisivo y pretender con su propia incuria el reconocimiento de la pensión de vejez con esos periodos no cotizados.

2. De la pensión de vejez

En línea con lo expuesto, el promotor del juicio sólo acredita 1.013 semanas cotizadas al 16 de febrero de 2013, razón por la cual no tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, ni siquiera en los términos previstos en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

De conformidad con las consideraciones expuestas la Sala confirma la decisión analizada.

Sin costas en la apelación ante su no causación.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 9 de septiembre de 2020.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 014 2016 00701 01
DEMANDANTE: NOHORA ELENA ARGUELLES RAMÍREZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR
S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron la parte demandante y la demandada AFP Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 22 de septiembre de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual realizada en febrero de 1999 a través de la AFP Porvenir S.A., también que la única afiliación válida al sistema general de pensiones es la efectuada con el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones. En consecuencia, se ordene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones el monto total de los aportes acreditados en la cuenta de ahorro individual. Asimismo, a Colpensiones a reconocer y pagar debidamente indexada la pensión de vejez en aplicación del Decreto 758 de 1990, a partir de abril de 2015, junto con los intereses moratorios. Se disponga a las demandadas a

consentimiento, la inexistencia de condena en intereses moratorios, la buena fe, la prescripción, la imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y las demás declarables de oficio (f.º 81 a 91).

Por auto del 16 de julio de 2018 se tuvo por no contestada la demanda a la AFP Porvenir S.A. (f.º 211).

En audiencia realizada el 8 de octubre de 2018 se ordenó vincular en calidad de litisconsorte necesario a la entidad NACIÓN – Ministerio de Hacienda y Crédito Público (f.º 219 y 220).

Al contestar la **NACIÓN – Ministerio de Hacienda y Crédito Público** rechazó el éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó el natalicio de la demandante y la edad. Sobre los restantes, manifestó no ser ciertos o no constarle su ocurrencia. Para enervar las pretensiones, formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f.º 238 a 242).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 22 de septiembre de 2020, declaró ineficaz el acto de traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A. En consecuencia, señaló que no surtió ningún efecto jurídico el traslado, por tanto, siempre estuvo afiliada a prima media. Declaró que no perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que la amparaba por su edad y que sus efectos se extendieron hasta diciembre de 2014 por acreditar a la fecha de entrada del Acto Legislativo 01 de 2015 más de 750 semanas. Ordenó a Porvenir S.A. reintegrar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, debidamente indexados los valores recibidos a título de bono pensional tipo A modalidad II, con cargo a sus propios recursos. Asimismo, trasladar a Colpensiones el saldo total de la cuenta de ahorro individual una vez descontado el bono pensional. A Colpensiones reconocer a la demandante debidamente indexada pensión de vejez prevista en el acuerdo 049 de 1990 a partir del

1º de abril de 2015, en cuantía inicial de \$644.350. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. Impuso costas a cargo de Porvenir S.A. (f.º 275 y 276).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber cumplido con el deber de informar al demandante respecto de las características propias de cada régimen pensional, las ventajas y desventajas de su decisión, por lo que en línea de la jurisprudencia sentada por la H. Corte Suprema de Justicia declaró procedente la ineficacia de la afiliación. Determinó que la accionante es beneficiaria del régimen de transición y acredita los requisitos para acceder a la pensión al amparo del Decreto 758 de 1990.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, la parte demandante y la demandada Porvenir S.A. interpusieron recurso de apelación.

La **demandante** imploró modificar la cuantía de la mesada pensional, pues argumentó que para determinar el ingreso base de liquidación no se tomó en consideración la base de cotización de 2015.

La **AFP Porvenir S.A.** adujo que la afiliación de la demandante es un acto jurídico válido, pues suscribió la afiliación de forma libre, espontánea y sin presiones, luego de haber recibido la asesoría. Asimismo, que cumplió con los parámetros de información previstos para la época en que se dio el cambio de régimen.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, es también procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Colegiatura determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno 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, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97 la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la H. Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter*

provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la 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 y, 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 SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“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 (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la

existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que 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.

Finalmente, conviene precisar que la sostenibilidad del sistema tampoco 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, serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

VI. CASO CONCRETO

(i) De la ineficacia del traslado.

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 21 de octubre de 1957, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 36 años y 608,11 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 31 y 98). Así las cosas, la actora es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 6 de julio de 1999, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º 116). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Porvenir S.A. desde el 1º de septiembre de 1.999 (f.º 117).

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Porvenir S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que tenía por ley para regresar al sistema de prima media, 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, con atención a su situación personal.

Conforme al escrito de demanda, ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que lo que se evidencia es que no se ilustró sobre las características, ventajas y desventajas de la decisión. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, el bono pensional y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por lo anterior, la Sala adicionará la decisión en este punto.

Resulta importante señalar sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable. Es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

Paralelamente, se adicionará la sentencia en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

(ii) De la pensión de vejez.

Establecido entonces que la demandante se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones, pasa la Sala a determinar si tiene derecho al

reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con el Decreto 758 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición.

Al respecto, se advierte que el parágrafo transitorio 4º del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso que la transición establecida en la Ley 100 de 1993 y demás normas que la desarrollaran no podría extenderse más allá del 31 de julio de 2010, con excepción, de los trabajadores que al estar en dicho régimen, además, tuviesen cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de la referida enmienda constitucional, a los cuales se les mantendría esa garantía hasta el año 2014.

En el presente caso, la demandante es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que para la entrada en vigor tenía más de 35 años, como quiera que nació el 21 de octubre de 1957 (f.º 31), lo que permite inferir también que cumplió 55 años el 21 de octubre de 2012, esto es, después del 31 de julio de 2010. Ahora, en cuanto a las cotizaciones, al revisar el reporte de semanas allegado por Colpensiones se verifica que tan solo con lo aportado a esta entidad hasta el 30 de junio de 1999, es decir, seis años antes de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, la promotora acreditaba 749.43 semanas cotizadas (f.º 3) y luego continuó cotizando de forma ininterrumpida hasta marzo de 2015, según se puede leer en reporte de cuenta individual emitido por la AFP (f.º 120 a 131. En esas condiciones, el régimen de transición para la demandante se extendió hasta el 31 de diciembre de 2014.

Determinado que es beneficiaria del régimen de transición, la Sala concluye que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues con anterioridad al 31 de diciembre de 2014, acreditó más de 1.000 semanas cotizadas según se desprende de reporte allegado por Colpensiones y el extracto de aportado por la AFP Porvenir S.A. (f.º3 y 120 a 131).

Ahora, según la historia laboral allegada por la AFP Porvenir S.A., la última cotización corresponde a marzo de 2015 (f.º 124). No obstante, el Tribunal no tiene certeza si con posterioridad la promotora del juicio continuó con aportes, razón por la cual no es posible determinar la fecha a partir de la cual debe otorgarse la prestación y tampoco establecer el ingreso base de liquidación para determinar el monto de la mesada.

En consecuencia, se condena a Colpensiones a reconocer a la demandante pensión de vejez de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a partir del día siguiente a aquel en que haya realizado la última cotización, teniendo en cuenta el ingreso base de liquidación que más le favorezca conforme a lo dispuesto en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, lo cual se indicará en la parte resolutive de esta sentencia.

Como quiera que la accionante no está llamada a sufrir las consecuencias negativas de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo, Colpensiones deberá cancelar debidamente indexado el retroactivo desde que cada mesada se hizo exigible hasta que se verifique el pago de la obligación.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, esta Colegiatura dispondrá que Colpensiones reconozca la pensión de vejez en razón de 13 mesadas al año, con arreglo a lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, una vez reciba el traslado efectivo de las sumas depositadas en la cuenta de ahorro individual más las sumas descontadas por concepto de gastos de administración incluidas sumas destinadas a cubrir los riesgos previsionales de invalidez y sobrevivencia. Además, se declara que esta entidad bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, se modifica y adiciona la decisión analizada en la forma anunciada.

No se causan costas en la consulta y en la apelación ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral quinto de la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2020, por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que la AFP Porvenir S.A., además, deberá trasladar a Colpensiones las sumas de dinero que hubiese descontado por concepto de gastos de administración debidamente indexadas.

SEGUNDO: MODIFICAR el punto sexto de la sentencia analizada el cual quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a Colpensiones a reconocer a la demandante la pensión de vejez en razón de trece mesadas al año de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a partir del día siguiente a aquel en que haya realizado la última cotización, teniendo en cuenta el ingreso base de liquidación que más le favorezca conforme a lo dispuesto en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia analizada en el sentido de indicar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales

pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

CUARTO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

QUINTO: Sin COSTAS en la consulta, ni en la apelación ante su no causación

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

SALVO VOTO PARCIAL.



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Abstención de voto y salvamento parcial de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO y SALVAMENTO PARCIAL

DEMANDANTE: NOHORA ELENA ARGUELLES RAMIREZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 014 2016 00701 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta **acclaración de voto**, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

Adicionalmente, se presenta **salvamento de voto** respecto del argumento relacionado con la indexación porque en la sentencia no se define la exigibilidad de la pensión dado a que se carece de elementos para determinar la fecha a partir de la cual se debe otorgar la prestación ni el ingreso base de liquidación para determinar el monto de la mesada pensional, y, en consecuencia, tampoco se define la causa para ordenar la actualización de valores indefinidos.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada