



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 10013105 28 2019 00488 01.
DEMANDANTE: DIOGENES MUNCA LEAL
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 07 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 una falta de congruencia en el proyecto inicialmente presentado, pues si bien se confirmaba la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del actor, 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 las 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.

En consecuencia, la ponencia presentada en estos términos presentaba una motivación "incompleta" y "ambigua, dilógica o ambivalente" como lo ha denominado la doctrina constitucional, lo que conllevaba al quebrantamiento de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia.

Según la H. Corte Constitucional "la obligación de motivar las decisiones judiciales obedece a la necesidad de demostrar que el pronunciamiento no es un producto de la arbitrariedad del juez", por lo cual se exige que, en las sentencias, el juez realice 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, y, con ello, poder controvertirla y ejercer así 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).

Paralelamente, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021, al referirse a la congruencia interna de las sentencias, advirtió que esta "(...) 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”.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad e ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se autorice su retorno a Colpensiones, se condene a la AFP a devolver todas las sumas consignadas en la cuenta individual junto con las cotizaciones y bonos pensionales. Ordenar a Colpensiones a recibir todos y cada uno de los valores que hacen parte de la cuenta pensional. Asimismo, se disponga que las demandadas reconozcan los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra y petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 25 de noviembre de 1964, cotizó al régimen de prima media a partir del 8 de agosto de 1984 y el 1º de abril de 1994 no contaba con 40 años de edad, ni 750 semanas cotizadas. El 9 de febrero de 2.000 se afilió a la AFP Porvenir S.A. y que reclamó administrativamente ante las demandadas (f.º 4 a 30).

Al contestar Colpensiones se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del demandante, la de afiliación al régimen de prima media, que no tenía 40 años de edad, ni 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y que reclamó administrativamente ante la entidad. Manifestó no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, formuló las excepciones de protección, sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, la falta de legitimación en la causa por pasiva, 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, la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f.º 70 a 79).

Al dar respuesta, la AFP Porvenir S.A. también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Respecto de los hechos, admitió únicamente el relacionado con la afiliación del accionante a esta AFP. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. Para enervar las pretensiones de la demanda, propuso las excepciones de prescripción, la buena fe, la inexistencia de la obligación y las demás declarables oficiosamente (f.º 97 a 124).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 7 de octubre de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por Diógenes Munca Leal y, en consecuencia, estimó como afiliación válida la efectuada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Condenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos, con todos sus frutos e intereses sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia. Dispuso a Colpensiones a activar la afiliación del demandante a prima media. Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las demandadas (f.º 152 a 154).

Como sustento de su decisión, señaló que conforme a la carga dinámica de la prueba le corresponde a la AFP demostrar que sus actuaciones al momento del traslado se ciñeron a la buena fe y al cumplimiento del deber de información veraz, precisa y clara, circunstancia que no acreditó en juicio con la simple presentación del formulario de afiliación suscrito por el demandante.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas interpusieron recurso de apelación.

La AFP **Porvenir S.A.**, argumentó que brindó al demandante la asesoría e información que la ley exigía para el momento en que se produjo

el traslado y precisó que no era obligatorio realizar proyecciones pensionales, las cuales sólo tendrían valor informativo, pues para esa época el derecho pensional no estaba consolidado. Sostuvo que el accionante no demostró que se haya configurado ningún vicio del consentimiento.

Manifestó que la única motivación que tiene el accionante para solicitar la nulidad es el monto de la mesada pensional, lo cual no es una causal prevista en la ley y en la jurisprudencia para tal fin. Finalmente, sostuvo que no procede la devolución de los gastos de administración por que estas sumas fueron descontadas por la AFP en virtud de mandato legal, al punto precisó, que la Superintendencia financiera en el año 2017 emitió concepto en tal sentido.

La demandada **Colpensiones** exteriorizó que el promotor del juicio en todo el tiempo en que estuvo afiliado no manifestó inconformidad alguna de pertenecer en el régimen de ahorro individual, por lo que el acto jurídico se perfeccionó y sancó cualquier eventual falencia o nulidad existente.

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 el actor.

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.

V. CASO CONCRETO

De conformidad con la historia laboral el promotor del juicio nació el 25 de noviembre de 1964, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 29 años y 26 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º95 CD expediente administrativo). Así las cosas, el actor no es beneficiario 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 9 de febrero de 2.000, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º 125).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante manifestó que se trasladó al régimen de ahorro individual porque los asesores del fondo le aseguraron que se pensionaría con el 100% de lo que ofrecía el entonces Instituto de Seguros Sociales. Adujo que solicita el traslado, como quiera que en el fondo privado le ofrecen pagarle una pensión equivalente al salario mínimo mientras que en Colpensiones la prestación sería más alta, acorde con el salario con el cual ha cotizado.

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 ante la inestabilidad del fondo público, 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. 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 lo que la decisión se mantendrá 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 del 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 hasta aquí 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 apelación ante su no causación.

VI.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 Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, el 7 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 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 *relacion de rot.*
28-2019-00488-01.

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: DIOGENES MUNCA LEAL

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 028 2019 00488 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 26 de febrero de 2021 con decisión igual a la que se emite en el fallo de hoy 30 de abril 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 26 de febrero de 2021 se postergó hasta el 30 de abril 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 26 de febrero 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 26 de febrero de

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.

2021 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 027 2015 00752 01
DEMANDANTE: JOSÉ FLAMINIO ACOSTA MAHECHA
DEMANDADO: MARCO ANTONIO RUBIO MORENO

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Analiza la Sala en el grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 20 de mayo de 2020.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se condene al demandado a pagar la indemnización por despido injusto al haber finalizado el contrato como consecuencia de un accidente de trabajo y sin que mediara autorización del Ministerio de Trabajo. Además, a indemnizar la pérdida de dos dedos de la mano derecha, pagar las primas, las vacaciones, los aportes a la seguridad social en salud y pensión, la sanción moratoria, los demás derechos a reconocer en virtud de las facultades *ultra* y *extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 13 de junio de 2013 mediante contrato de trabajo verbal a término indefinido empezó a prestar sus servicios al demandado y devengó como salario \$1.200.000. Refirió que el 14 de mayo de 2015 sufrió un accidente de trabajo que le ocasionó la pérdida de dos dedos de la mano derecha; como el empleador no lo afilió a seguridad social debió acudir al servicio médico que le proporcionó el

“Sisben”. Que a la terminación del contrato de trabajo no recibió el pago de las prestaciones o indemnización (f.º30 a 21).

Al dar respuesta a la demanda, el convocado a juicio se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, manifestó no ser ciertos o no constarle. En su defensa, propuso las excepciones de cobro de lo no debido y la inexistencia de la obligación (f.º46 a 49 y 59 a 64 subsanación).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 20 de mayo de 2020, negó las pretensiones de la demanda. Declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de o no debido, además condenó a la parte demandante a reconocer las costas del proceso (f.º 109).

Como sustento de su decisión, señaló que la parte accionante no demostró que el promotor del juicio prestó servicios personales al demandado.

Las partes no manifestaron inconformidad frente a la decisión.

III. 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 totalmente adversa a las pretensiones del demandante, es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

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

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo, en consecuencia, el accionante tiene derecho al reconocimiento y pago de acreencias laborales reclamadas.

(i) Del vínculo laboral

Para abordar el punto, se advierte que el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, señala que para que se estructure la existencia de un contrato de trabajo se requiere la concurrencia de tres elementos a saber: *i)* la actividad personal o prestación del servicio, que implica de quien reclama la existencia del contrato, demostrar que la actividad o servicio lo realizaba por sí mismo; *ii)* la dependencia o continuada subordinación, entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo, cantidad, calidad de trabajo e imponerle reglamentos, facultad que debe mantenerse por el tiempo de duración del contrato, y *iii)* la retribución de la prestación del servicio, pues el mismo tiene un carácter retributivo y oneroso.

Igualmente, ha decantado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia que una vez demostrada la prestación personal del servicio por parte del trabajador, a la demandada es a quien corresponde desvirtuar la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ya sea mediante la demostración de un nexo contractual diferente al de trabajo o bajo la acreditación de ausencia de subordinación. Es decir, que no es necesario que el empleado demuestre la subordinación jurídica o dependencia propia de una relación laboral, como tampoco la remuneración a la misma (CSJ rad. 24476 de 7 de julio de 2005; SL 16528-2016, SL2480-2018 y SL2608-2019).

De otro lado, a efectos de tenerse por desvirtuada la presunción de existencia del contrato de trabajo, no basta las denominaciones que una o ambas partes asignen al vínculo, o atenerse al rótulo que aparece en los

documentos suscritos o creados para tal fin, sino que es necesario acudir a la naturaleza misma de la relación y la forma como se ejecutó el servicio personal para hallar lo esencial del contrato en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas previsto en el artículo 53 de la Constitución Nacional.

Para demostrar la prestación personal del servicio el promotor del juicio aportó historia clínica emitida por el Hospital San Rafael de Fusagasugá, según la cual el demandante ingresó a urgencias el 05 de mayo de 2015 y refirió como motivo de consulta *"me corté los dedos"*; en tal documento en el aparte de enfermedad actual se puede leer: *"paciente quien refiere traumatismo con objeto cortocotundente <<trompo>> en mano derecha con posterior avulsión traumática de 4to dedo y fractura abierta de dedo ingresa con dolor y sangrado activo"* (f.º 22). Allegó historia clínica de seguimiento por dolor adelantado en el mismo hospital en el mes de mayo de 2015 (f.º 23 a 33) y las incapacidades médicas por un total de 93 días entre el 16 de mayo y el 16 de septiembre de 2015 (f.º 32 y 35).

Al absolver interrogatorio de parte el demandado manifestó que se dedica a alquilar formaletas y andamios para construcción, así como a fundir placas para casas de manera esporádica. Confesó que en esta labor el demandante le prestó servicios en los años 2013 y 2014 por días, en los cuales laboraba máximo 3 horas, por ello, como trabajaba por ratos no lo afilió al seguro. Dijo que, en enero de 2015 cambió su residencia a Bogotá y arrendó el negocio al señor Arnel Vega, quien tenía autonomía para vincular el personal que quisiera. También que se enteró del accidente sufrido por el actor porque el señor Vega lo llamó a contarle.

A solicitud de la parte demandada se practicaron los testimonios de Alma Lilibiana Romero Polanía, Luis Antonio Vergara Cornelio, Jesús Antonio Vergara Salazar y Angelino Perdomo González. La primera, esposa del demandado dijo que conoce al accionante porque esporádicamente les ayudaba en el negocio de alquiler de formaleta y maquinaria de construcción que tenían con su cónyuge en la ciudad de Fusagasugá. Aseguró que se le pagaba por el trabajo que realizará y de acuerdo con el

tamaño de la placa a fundir, explicó que máximo la labor se realizaba en tres horas. Dijo que en el año 2015 arrendaron su negocio a Arnel Vega.

Por su parte, Luis Antonio Vergara Cornelio manifestó que prestó sus servicios ocasionalmente al demandado hace seis años, hasta agosto de 2014 en Fusagasugá, en la fundición de planchas. Refirió que en este periodo en algunas oportunidades el señor José Flaminio Acosta prestó también servicios, pero era esporádico, no siempre lo llamaban y no todas las semanas había trabajo.

El deponente Jesús Antonio Vergara Salazar expuso que conoce al demandado aproximadamente hace siete años, porque le prestó servicios en fundición de placas cuando este lo llamaba, de una a tres veces al mes. Dijo que prestó servicios junto con el demandante en dos oportunidades en 2014 y eso sucedió por aproximadamente 2 o 3 horas. Manifestó saber que Arnel Vega fue la persona que tomó en arriendo el negocio del demandado a quien no prestó servicios porque lo llamaban de otras partes donde salían más trabajos, también que esta persona, pasado un mes, le contó del accidente sufrido por el demandante. Finalmente, el testigo Angelino Perdomo González narró que trabajó con el demandado hace siete años en la fundición de planchas, aproximadamente hasta diciembre de 2014. Refirió que en algunas oportunidades coincidió en la prestación del servicio con el actor, pero no era frecuente porque no siempre llamaban a las mismas personas a laborar.

En ese horizonte, analizadas en conjunto las pruebas obrantes en el plenario conforme el artículo 61 del Código de Procedimiento del Trabajo, estima la Colegiatura que la parte demandante no logra demostrar la prestación personal del servicio de manera continua e ininterrumpida, pues conforme al interrogatorio de parte surtido al demandado lo único que se colige es que el demandante fue contratado *“básicamente para fundir placas” “1, 2 o 3 veces al mes máximo; 2 o 3 horas”*. Igualmente, los testigos fueron coincidentes en señalar que en algunas oportunidades ellos y el promotor del juicio laboraron para el encartado en la fundición de planchas de manera esporádica.

Aquí es bueno precisar que, de conformidad con el artículo 167 del Código de General del Proceso, el demandante tiene la carga de probar los supuestos fácticos de sus pretensiones. Por ello, si se alega la existencia de una vinculación laboral y solicita los derechos derivados de esta, debe demostrar la prestación del servicio continua y las fechas entre las cuales ocurrió, para que el juez pueda determinar qué derechos le corresponde y su cuantía. Lo anterior no es un asunto insustancial, pues de esto pueden derivarse diferencias muy significativas en cuanto al monto de las liquidaciones de cada prestación social, la prescripción que pudo afectar algunos de los derechos y así mismo el valor de las sanciones o indemnizaciones por mora.

En este caso, no es suficiente demostrar la prestación del servicio esporádica, dado que es necesario corroborar además aquellas situaciones fácticas necesarias para llegar al convencimiento del juez, tales como los extremos temporales de la relación alegada, la asignación salarial y la jornada laboral, pues no puede el juzgador entrar a suponer tales situaciones, para llegar a una condena, por lo tanto, corresponde a la parte que alega, la carga de probarlos. La anterior línea de pensamiento se acompasa con la jurisprudencia sentada por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado n.º 36748 de 23 de septiembre de 2009, reiterada en SL4408-2014 y SL17135-2016, al señalar:

“Ahora, tiene razón la censura cuando afirma que al promotor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, entre ellos los extremos temporales de la relación de trabajo, salario devengado, jornada laboral etc., pues de antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa está obligado a probarla; pero establecer en el caso que nos ocupa, si tales aspectos aparecen o no demostrados, es un asunto puramente fáctico y por ende ajeno a la vía escogida para el ataque.”

En el asunto bajo examen, la parte accionante no acreditó los extremos entre los cuales se dio la prestación del servicio, en efecto, ninguno de los medios probatorios permiten a la Sala establecerlos ni

siquiera por aproximación, pues aunque el demandado y los testigos refirieron que el demandante laboró en algunos días en los años 2013 y 2014, no especificaron el mes o la semana en que ello ocurrió. En consecuencia, no se probó que la prestación personal del servicio haya sido continua e ininterrumpida. Así las cosas, es claro que el Tribunal no puede entrar a determinar condena alguna

De conformidad con las anteriores consideraciones, la Sala confirma la sentencia consultada, pero por las razones expuestas en precedencia.

No se causan costas en el grado de jurisdicción.

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 el 20 de mayo de 2020 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada 27-2015-00752-01



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 26 2019 00738 01.
DEMANDANTE: ANA FRANCISCA MARTÍNEZ QUINTERO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A..

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la demandada AFP Protección S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 15 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 una falta de congruencia en el proyecto inicialmente presentado, pues si bien se confirmaba la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del actor, 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 las 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.

En consecuencia, la ponencia presentada en estos términos presentaba una motivación *"incompleta"* y *"ambigua, dilógica o ambivalente"* como lo ha denominado la doctrina constitucional, lo que conllevaba al quebrantamiento de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia.

Según la H. Corte Constitucional *"la obligación de motivar las decisiones judiciales obedece a la necesidad de demostrar que el pronunciamiento no es un producto de la arbitrariedad del juez"*, por lo cual se exige que, en las sentencias, el juez realice 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, y, con ello, poder controvertirla y ejercer así 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).

Paralelamente, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021, al referirse a la congruencia interna de las sentencias, advirtió que esta *"(...) 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”.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad e ineficacia del traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media a través de la AFP Protección S.A. por existir engaño y asalto en su buena. En consecuencia, se ordene su regreso automático a Colpensiones y se condene a Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado. Ordenar a Colpensiones a recibir todos los aportes girados. Asimismo, se disponga a las demandadas 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 27 de octubre de 1963 y cotizó 458.71 semanas al régimen de prima media a través de diferentes entidades públicas y privadas desde el 7 de junio de 1988. Refirió que se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A., luego el 31 de julio de 2002 se trasladó a la AFP Porvenir S.A. y en el mes de mayo de 2003 regresó a la AFP Protección S.A.

Adujo que los asesores de la AFP Protección S.A. le dijeron que podría pensionarse con mayores beneficios, pero no le informó sobre las ventajas y desventajas de cambiarse, tampoco las características de cada régimen, no le comunicó que conforme a lo previsto en el artículo 2º. de la Ley 797 de 2003 y que podría trasladarse cuando le faltaran menos de 10 años para acceder a la pensión. Manifestó que reclamó administrativamente el 30 de octubre de 2018; sin embargo, al 11 de enero de 2019 no había obtenido respuesta (f.º 26 expediente digital).

Al contestar **Colpensiones** opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la vinculación y cotizaciones realizadas al régimen de prima media, también la reclamación administrativa. Manifestó no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, formuló las excepciones de prescripción, el cobro de lo no debido, la buena fe y la presunción de legalidad de los actos administrativos (f.º 100 a 108 expediente digital).

Al dar respuesta, la AFP **Protección** también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Respecto de los hechos, aceptó el natalicio de la accionante, el número de semanas cotizadas y la petición elevada. Manifestó que los restantes no eran ciertos, no le constaban o no eran hechos. En su defensa, formuló las excepciones inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; la buena fe; el aprovechamiento indebido de los recursos públicos y 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 prescripción y las demás declarables oficiosamente (f.º 129 a 154 expediente digital)

Por su parte, la AFP **Porvenir S.A.** rechazó las pretensiones. Respecto de los hechos, aceptó la data en que nació el accionante. Frente a los demás, expuso no constarles o no ser ciertos. Para enervar las pretensiones de la demanda, propuso las excepciones de prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, la inexistencia de la obligación a cargo de Porvenir, el cobro de lo no debido, la buena fe, la compensación y las demás declarables oficiosamente (f.º 204 a 217 expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 15 de octubre de 2020, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de marzo de 1997; condenó a Protección S.A. a transferir a Colpensiones la

totalidad de los aportes realizados junto con sus rendimientos financieros y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de gastos administración; dispuso a Colpensiones a que acepte dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas e impuso condena en costas a cargo de Protección S.A..

Como sustento de su decisión, señaló que la demandada AFP Protección no demostró haber brindado información oportuna, veraz, necesaria y eficaz a la demandante para que tomara una decisión debidamente informada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada AFP Protección interpuso recurso de apelación al argumentar que no es procedente ordenar la devolución de gastos de administración.

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 27 de octubre de 1963, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 31 años de edad. De otro lado, no demostró el número de semanas cotizadas (f.º25 expediente digital). 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 11 de marzo de 1997, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colmena hoy Protección S.A. (f.º163 expediente digital). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar

que la actora estuvo afiliada a Colmena desde el 1º de mayo de 1997 al 31 de marzo de 2000; a ING, del 1º de abril de 2000 al 31 de agosto de 2002; a Porvenir desde el 1º de septiembre de 2002 al 30 de abril de 2003, nuevamente en ING desde el 1º de mayo de 2003 al 30 de diciembre de 2012; a partir del 31 de diciembre de 2012 en adelante a Protección S.A., según historial de vinculaciones de folios 170 del expediente digital.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó a su lugar de trabajo se presentó un asesor de la AFP autorizado por el empleador, quien le informó que el Instituto de Seguros Sociales iba desaparecer y su dinero se iba a perder, por ello, lo mejor era trasladarse para recibir una mesada superior, fue así como le proporcionó todos sus datos, llenó el formulario y lo firmó. Adujo que solicita el traslado dado la mesada pensional que le ofrecen en la RAIS.

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 y de manera anticipada, o la referencia de que el fondo público se encontraba en crisis, 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 donde se 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 que la decisión se mantendrá en este punto.

Se precisa que no es posible eximir a las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A., de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración mientras la demandante estuvo vinculada a estos fondos, dado que 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 será adicionada 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 adiciona 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 hasta aquí expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura adicionará la decisión analizada en la forma anunciada.

No se causan costas en la consulta, ni 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 Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, el 15 de octubre de 2020, en el sentido de condenar a las AFP Porvenir S.A. A. a trasladar a Colpensiones debidamente indexadas las sumas de dinero que hubiesen descontado por conceptos de gastos de administración mientras la demandante estuvo vinculada a dichos fondo.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia 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 de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

CUARTO: 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 *relacionada de voto*

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ANA FRANCISCA MARTINEZ QUINTERO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 026 2019 00738 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 26 de febrero de 2021 con decisión igual a la que se emite en el fallo de hoy 30 de abril 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 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 26 de febrero de 2021 se postergó hasta el 30 de abril 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 26 de febrero 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 26 de febrero de

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.

2021 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 24 2019 00027 01
DEMANDANTE: ORLANDO OMAR DE JESÚS BARRERA GUERRERO
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 7 de julio de 2020. Igualmente, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP, entidad de la cual es garante la Nación.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se condene a la demandada a reconocer y pagar pensión de jubilación convencional por cumplir los requisitos establecidos en la convención colectiva de trabajo suscrita la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y el Sindicato de Trabajadores de la empresa, vigente para los años 1998 - 1999, a partir del 17 de noviembre de 2011, a razón de 14 mesadas al año. Asimismo, se declare que la prestación es de carácter compartida con la reconocida por Colpensiones. 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 nació el 17 de noviembre de 1956, por lo que cumplió los 55 años el mismo día y mes de 2011. Aduce que prestó servicios a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero en la oficina de Río Sucio – Caldas, en el cargo de Director III Grado 09 entre el 11 de septiembre de 1975 y el 27 de junio de 1999, cuando el empleador finalizó el vínculo sin que mediara justa causa. Laboró por espacio de 23 años y 287 días y percibió como último salario la suma de \$1.327.050.

Manifestó que solicitó el reconocimiento de la pensión convencional, la cual fue negada a través de Resolución RDP 047259 del 17 de diciembre de 2018. Además, que mediante Resolución GNR 115662 del 29 de mayo de 2013 Colpensiones le reconoció pensión de vejez en cuantía inicial de \$ 1.178.555 (f.º 2 a 17).

Al dar respuesta a la demanda, la UGPP se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó el natalicio del demandante, el periodo en que prestó servicios a la Caja Agraria y la negativa de la pensión convencional solicitada. Manifestó que no eran ciertos o no le constaban los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, la prescripción, la buena fe, y las demás declarables de oficio (f.º 86 a 91).

Al contestar Colpensiones, también rechazó el éxito de las pretensiones. Respecto de los hechos, admitió la fecha de nacimiento del accionante y que el reconocimiento de la pensión de vejez. Adujo que los restantes no le constaban. En defensa de sus intereses, formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, el cobro de lo no debido, la buena fe, la imposibilidad de condena en costas, la prescripción y as demás declarables oficiosamente (f.º 122 a 130).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 7 de julio de 2020, condenó a la UGPP a reconocer y

pagar al demandante pensión de jubilación convencional a partir del 17 de noviembre de 2011, en cuantía de \$2.007.245 y en adelante por 14 mesadas al año, con los ajustes legales. Declaró la compartibilidad pensional entre la pensión que actualmente percibe a cargo de Colpensiones y la prestación que se reconoce ahora. La condenó a pagar el mayor valor resultante si lo hubiere respecto de la que disfruta. Autorizó a la entidad a descontar los aportes destinados al sistema de seguridad social en salud. Declaró probada la excepción de prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 21 de agosto de 2015. Condenó en costas a la UGPP. Absolvió a Colpensiones de las pretensiones de la demanda (f.º 147).

Como sustento de su decisión, señaló que el demandante logró acreditar los requisitos previstos en la norma convencional para acceder al derecho pensional, el cual se causó una vez se produjo el retiro de la entidad, por lo que no le son aplicable las previsiones del Acto Legislativo 01 de 2005.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandada interpuso recurso de apelación, al argumentar que el demandante no tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación, toda vez que en virtud del Acto Legislativo 01 de 2005, la norma convencional perdió vigencia, que con anterioridad a la entrada en vigencia de dicho precepto el actor acreditaba el tiempo de servicios, pero no la edad, por lo que apenas tenía la expectativa de acceder al 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 la UGPP, entidad de la cual es garante la Nación, es procedente también abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

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

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si el actor tiene de derecho al reconocimiento de pensión prevista en la convención colectiva suscrita entre la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y Sintracreditario, vigente para los años 1998 - 1999.

Para dilucidar dicho problema jurídico, está demostrado que: **i)** el promotor del juicio prestó sus servicios personales a la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero a partir del 11 de septiembre de 1975 hasta el 27 de junio de 1999, pues tal circunstancia fue certificada por el Ministerio De Agricultura y Desarrollo Rural como consta a folio 31 y, **ii)** nació el 17 de noviembre de 1956, por lo que cumplió 55 años el mismo día y mes de 2011, según consta en copia de cédula de ciudadanía de folio 28.

En relación con las pensiones convencionales, recuerda la Sala que el Acto Legislativo n.º 01 de 2005 por el cual se reforma el artículo 48 de la Constitución Nacional, dispone en el tercer párrafo transitorio, que las reglas de carácter pensional que regían a la fecha de su vigencia contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrían por el término inicialmente estipulado. Y precisó que en los pactos, convenciones o laudos que se suscribieran entre la vigencia de dicho Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrían estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encontraran vigentes. En todo caso, dispuso el Acto Legislativo, que perderían vigencia el 31 de julio de 2010.

Lo anterior implica que, a partir del 31 de julio de 2010, perdieron vigencia todas las normas convencionales, de laudos arbitrales o acuerdos, que contenían condiciones pensionales más favorables que las previstas en la ley. Ahora bien, la referida enmienda constitucional no modifica, ni

desconoce los derechos adquiridos con anterioridad a su entrada en vigor (CSJ SL 2540 de 2020).

En el presente caso, la norma convencional sobre la cual edifica el actor la prestación señala que:

“ARTÍCULO 41o. PENSIÓN DE JUBILACIÓN. REQUISITOS. “A partir del dieciséis de enero de 1992, los trabajadores de la Caja Agraria, cuando cumplan veinte (20) años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones, tendrán derecho a que la Caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios”

Por su parte, el parágrafo 1º del mismo precepto extralegal, dispone que:

«PARAGRAFO 1. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 años si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de (20) años de servicios a la Institución».

Frente a dicha cláusula convencional, al resolver casos de contornos similares al presente, en reiterada jurisprudencia la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que la causación del derecho a la pensión se da únicamente con el tiempo de servicios prestados, dado que la edad es simplemente un requisito de exigibilidad, así lo refirió en sentencias CSJ SL289-2018, SL 526 de 2018, SL3197-2018.

En esa línea de pensamiento, se advierte en el presente asunto que el accionante prestó sus servicios a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero desde el 11 de septiembre de 1975 hasta el 27 de junio de 1999 esto es, por más de 20 años (f.º 17). Ahora al nacer el 17 de noviembre de 1956, alcanzó la edad de 55 años el mismo día y mes del año 2011 (f.º 28 copia cédula de ciudadanía). En consecuencia, el promotor del juicio si tiene derecho al reconocimiento de la prestación convencional implorada.

Así las cosas, tal como lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia, se concluye que el demandante adquirió el derecho a la pensión en la fecha en que terminó su contrato de trabajo con más de 20 años de servicios, lo cual, se estructuró el 27 de junio de 1999. Por tal motivo, la derogatoria prevista en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, no afecta el derecho, como tampoco lo hizo el Acto Legislativo 01 de 2005, pues si bien el accionante llega a la edad de 55 años el 17 de noviembre de 2011, para esta época ya contaba con un derecho adquirido.

(i) De la liquidación de la pensión

Ahora, a folio 38 del expediente fue allegada certificación emitida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, que da cuenta de los factores salariales convencionales devengados por el actor durante el último año de servicio. Realizadas las validaciones correspondientes se determina que en aplicación de lo dispuesto en el parágrafo 3º del artículo 41 de la norma convencional, es decir, con la inclusión de los factores fijos y variables certificados, el promedio para calcular la pensión asciende a \$1.327.050, que al aplicarle la tasa de remplazo del 75% prevista en la convención, arroja como mesada para el año 1999, la suma de \$995.287.

(ii) De la indexación de la primera mesada

Conviene anotar que en el presente caso no se discute que el demandante prestó sus servicios personales a la Caja De Crédito Agrario Industrial y Minero hasta el 27 de junio de 1999 (f.º 38), además que la pensión que se reconoce corresponde al 75% de promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios. Por tal motivo, entre el momento en que se retiró el promotor del juicio y aquel en el que se hizo exigible la prestación - 27 de noviembre de 2011 -, transcurrió un periodo de tiempo considerable, en el que la moneda por efectos del paso del tiempo ha perdido valor adquisitivo, por lo que debe indexarse el valor de

la primera mesada entre el momento en el que se produjo el retiro de la entidad y el momento en que se hizo exigible la prestación convencional.

Lo anterior, en aplicación a lo señalado por la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia a partir de la sentencia SL736-2013, reiterada en SL1144-2020, según la cual todas las pensiones deben ser indexadas, pues la corrección del valor del dinero no es un hecho jurídico sino económico, pues depende de la política monetaria y de las leyes del mercado, las que afectan por igual a todas las pensiones, por lo que su reconocimiento no es más que una consecuencia de la aplicación de los principios de justicia, equidad e igualdad.

En ese orden de ideas, una vez realizadas las operaciones aritméticas correspondientes con la ayuda del liquidador designado para esta Sala, se establece que la mesada para el año 2011 asciende a \$2.073.378, esto es, una suma superior a la determinada por el juzgado de conocimiento, que lo fue de \$2.007.245, por lo que el fallo consultado será confirmado en este punto, dado que la parte accionante no interpuso recurso de apelación.

Indexación Salario						
Año Inicial	Año final	Salario Promedio	IPC Inicial	IPC Final	Factor de Indexación	Salario actualizado
1999	2011	1.327.050,0	36,42	75,870	2,083	\$ 2.764.505,31

Primera Mesada Pensional	
Ingreso Base Liquidación	\$ 2.764.505,31
Porcentaje aplicado	75%
Primera mesada	\$ 2.073.378,98
Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año	2011 \$ 535.600,00

La mesada pensional determinada, deberá ser incrementada año a año con los reajustes legales correspondientes y se pagará en 14 mesadas al año como acertadamente concluyó la primera instancia, pues el derecho no se ve afectado por la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

(iii) De la indexación del retroactivo

Como quiera que el promotor del juicio no está llamado a sufrir las consecuencias negativas de la depreciación del dinero por el paso del tiempo, la demandada deberá cancelar debidamente indexadas las mesadas pensionales, desde que cada una de ellas se hizo exigible hasta que concurra con el pago de la obligación, como dispuso el juzgado.

(iv) De la prescripción

En el asunto bajo examen operó el fenómeno extintivo de la prescripción, como quiera que el derecho se hizo exigible el 17 de noviembre de 2011 y el demandante reclamó ante la entidad el reconocimiento de la prestación el 21 de agosto de 2018 (f.º 20 y 48), esto es, fuera del término trienal previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo de Trabajo y el 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, presentándose la demanda el 15 de enero de 2019 (f.º 082). En consecuencia, las mesadas causadas con anterioridad al 21 de agosto de 2015 se encuentran prescritas, como acertadamente concluyó la primera instancia.

(v) Del retroactivo pensional

Dado que el retroactivo pensional continuará causándose, que las mesadas deben ser indexadas y se deben efectuar los descuentos para el sistema de salud y, en todo caso, la entidad tendrá a su cargo únicamente el mayor valor entre la mesada que le reconoció Colpensiones y la que se otorga en virtud de este proceso, resulta inoficioso establecer un monto de retroactivo pensional, el cual deberá ser determinado por la entidad al momento de ingresar la novedad en la nómina de pensionados.

(vi) De los descuentos para salud

Conforme a lo consagrado en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el artículo 42 inc. 3º del Decreto 692 de

1994, la demandada se encuentra autorizada a efectuar descuentos de la suma reconocida como retroactivo pensional, por el valor constitutivo de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud a cargo de la demandante, a partir de la fecha del disfrute de la prestación económica, con el fin de que sea transferido a la E.P.S. a la que se encuentre afiliado, lo cual se indicará en la parte resolutive de esta providencia (CSJ SL2376-2018).

De conformidad con las anteriores consideraciones, surtido el grado de jurisdicción de consulta en favor de la entidad y atendido los argumentos de apelación, la Sala confirma la decisión analizada.

Sin costas en el grado de jurisdicción y en la apelación ante su no causación.

VI. 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 Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 7 de julio de 2020.

SEGUNDO: Sin COSTAS en el grado de jurisdicción 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 24-2019-00027 01



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ - SALA LABORAL - MAGISTRADO: DR. HERNAN MAURICIO OLIVEROS RADICADO: 11001310502420192701 DEMANDANTE : ORLANDO BARRERA DEMANDADO: UGPP			
FECHA SENTENCIA	1a. INSTANCIA	2a. INSTANCIA	CASACIÓN
OBJETO DE LIQUIDACIÓN: Realizar liquidación según instrucciones del despacho.			

Indexación Mesada Pensional						
Año Inicial	Año final	Salario Promedio	IPC inicial	IPC Final	Factor de Indexación	Salario actualizado
1999	2011	1.327.050,0	36,42	75,870	2,083	\$ 2.764.505,31

Primera Mesada Pensional	
Ingreso Base Liquidación	\$ 2.764.505,31
Porcentaje aplicado	75%
Primera mesada	\$ 2.073.378,98
Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2011	\$ 535.600,00

Tabla Mesada Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	N°. Mesadas	Subtotal
01/01/11	31/12/11	3,17%	\$ 2.073.378,00	0,00	\$ 0,0
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 2.150.715,00	0,00	\$ 0,0
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 2.203.192,00	0,00	\$ 0,0
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 2.245.934,00	0,00	\$ 0,0
01/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 2.328.135,00	0,00	\$ 0,0
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 2.485.750,00	0,00	\$ 0,0
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 2.628.681,00	0,00	\$ 0,0
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 2.736.194,00	0,00	\$ 0,0
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 2.823.205,00	0,00	\$ 0,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 2.930.487,00	0,00	\$ 0,0
01/01/21	31/12/21	1,60%	\$ 2.977.375,00	0,00	\$ 0,0

Fuente	Tabla del IPC - DANE, folios del proceso,
Observaciones	Se realiza la liquidación de acuerdo a las instrucciones del despacho.

Fecha liquidación jueves, 29 de abril de 2021 Recibe: _____



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 23 2019 00704 02.
DEMANDANTE: JULIO ENRIQUE FLOREZ DÍAZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y
CESANTÍAS S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de junio 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 una falta de congruencia en el proyecto inicialmente presentado, pues si bien se confirmaba la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del actor, 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 las 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.

En consecuencia, la ponencia presentada en estos términos presentaba una motivación *“incompleta”* y *“ambigua, dilógica o*

ambivalente” como lo ha denominado la doctrina constitucional, lo que conllevaba al quebrantamiento de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia.

Según la H. Corte Constitucional *“la obligación de motivar las decisiones judiciales obedece a la necesidad de demostrar que el pronunciamiento no es un producto de la arbitrariedad del juez”,* por lo cual se exige que, en las sentencias, el juez realice 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, y, con ello, poder controvertirla y ejercer así 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).

Paralelamente, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021, al referirse a la congruencia interna de las sentencias, advirtió que esta *“(…) 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”.*

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos S.A. En consecuencia, se ordene al fondo privado devolver los aportes de la cuenta de ahorro individual, incluidos rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración. Disponer a Colpensiones aceptarlo como afiliado, recibir los recursos trasladados y contabilizar en la historia laboral las semanas correspondientes. Se condene a las demandadas apagar los perjuicios morales, asimismo, se reconozcan los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra y petita*, más las costas del proceso. Subsidiariamente, solicitó declarar la ineficacia de los efectos del traslado de régimen y pagar debidamente indexada la pensión de vejez bajo los parámetros del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 28 de junio de 1954, cotizó al régimen de prima media y el 1º de marzo de 2.000 se trasladó al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A. Adujo que al momento del cambio no recibió información, ni fue asesorado de forma veraz, clara, oportuna, adecuada, suficiente, integral y cierta sobre las consecuencias del cambio, las características, diferencias, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, al no explicársele el monto de dinero que debía reunir para pensionarse anticipadamente, tampoco que no todo el aporte iría a parar a su cuenta individual, podía retractarse de su decisión y en todo caso, podría regresar a prima media antes de cumplir 52 años de edad. Expuso que solicitó a las demandadas declarar la nulidad del traslado en junio de 2019, lo cual fue negado (f.º 3 a 22).

Al contestar la AFP Colfondos S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Respecto de los hechos, manifestó que no son ciertos o no le constan. Para enervar las pretensiones de la demanda, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, la falta de legitimación en la causa por pasiva, la buena fe, la prescripción, la compensación y el pago y las demás declarables oficiosamente (f.º 110 a 131).

Al dar respuesta, Colpensiones también se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del demandante y que reclamó administrativamente ante la entidad. Manifestó no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, formuló las excepciones de legitimación en la causa por pasiva, el incumplimiento del afiliado con el deber legal de información como consumidor financiero; la prescripción, la inexistencia de la obligación, la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f.º 136 a 153).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 25 de junio de 2020, declaró la ineficacia del traslado que hiciera el demandante a través de la AFP Colfondos S.A. y la condenó a trasladar todas las sumas que hubiere recibido como consecuencia de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, frutos e intereses conforme lo dispone el artículo 1746 del Código Civil y sin lugar a descontar suma alguna por concepto de gastos de administración. Dispuso que para todos los efectos el accionante se encuentra vinculado al régimen de prima media administrado por Colpensiones. Declaró no probadas las excepciones propuestas e impuso condenas a la AFP Colfondos (f.º 215 y 216).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no logró demostrar que brindó información necesaria y relevante al demandante para que tomara una decisión informada de trasladarse de régimen en los términos fijados por la H. Corte Suprema de Justicia.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme, la demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones interpuso recurso de apelación al argumentar que la parte demandante no logró acreditar que se hayan configurado vicios del consentimiento. Alegó que no es procedente ordenar el traslado, pues el

demandante se encuentra incurso en la prohibición prevista en la Ley 797 de 2003.

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 el actor.

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 el promotor del juicio nació el 28 de junio de 1954, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 39 años y 732.34 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º10 y 160 CD expediente administrativo). Así las cosas, el actor no es beneficiario 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 11 de enero de 2000, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colfondos S.A. (f.º75), el que se hizo efectivo el 1º de marzo del año 2.000 según historial de vinculaciones de folio 74.

Al absolver interrogatorio de parte el demandante manifestó que para el momento del traslado laboraba en el Banco Agrario, allí llegaron asesores del Colfondos y en una reunión muy pequeña le dijeron que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, que recibirían mejor servicio en el fondo privado, lo cual era su mejor opción porque recibiría mejores dividendos, mayor rentabilidad, luego pasó una mesa y allí firmó el formulario de afiliación.

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 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 como quiera que el trasladarse a un régimen ante la inestabilidad del fondo público, 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. 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 lo que la decisión se mantendrá 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 del 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 Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de junio 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 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 *abstención de voto*

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JULIO ENRIQUE FLOREZ DIAZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 023 2019 00704 02

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.

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 30 de abril 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 de la sentencia que se emite; 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 en sí misma considerada, 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.

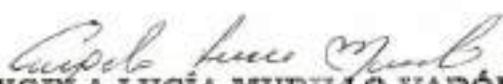
La diferencia entre las dos figuras genera consecuencias diferentes, la aclaración de voto da lugar a que la ponencia obtenga los votos necesarios para convertirse en decisión de la sala y se emita en la fecha correspondiente acompañada de los escritos en los que los magistrados sustentan los desacuerdos sobre la argumentación; 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 que por práctica judicial esa decisión es contraria a la presentada en la ponencia inicial.

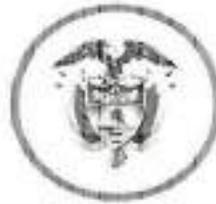
En el presente caso, pese a que no existía disidencia sobre la decisión, que valga reiterar es respecto de lo cual se genera el salvamento de voto, la decisión presentada en la ponencia de 25 de marzo de 2021 se postergó hasta el 30 de abril de 2021, generando además de los trámites administrativos que 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.

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.

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 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 21 2019 00327 01.
DEMANDANTE: MARTHA ISABEL ORTÍZ RODRÍGUEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y
COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril 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 20 de agosto 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 una falta de congruencia en el proyecto inicialmente presentado, pues si bien se confirmaba la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del actor, 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 las 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.

En consecuencia, la ponencia presentada en estos términos presentaba una motivación *"incompleta"* y *"ambigua, dilógica o ambivalente"* como lo ha denominado la doctrina constitucional, lo que conllevaba al quebrantamiento de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia.

Según la H. Corte Constitucional *"la obligación de motivar las decisiones judiciales obedece a la necesidad de demostrar que el pronunciamiento no es un producto de la arbitrariedad del juez"*, por lo cual se exige que, en las sentencias, el juez realice 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, y, con ello, poder controvertirla y ejercer así 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).

Paralelamente, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021, al referirse a la congruencia interna de las sentencias, advirtió que esta *"(...) 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”.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad absoluta del acto de afiliación por medio del cual se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad administrado por las AFP Porvenir y Colfondos. En consecuencia, se tenga como afiliada a prima media y se condene a la AFP Porvenir S.A. a trasladar el valor total de los dineros que reposan en su cuenta de ahorro individual, a pagar la indemnización económica por los perjuicios materiales y morales ocasionados. Disponer a Colpensiones a aceptar el traslado. 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 12 de mayo de 1966, prestó servicios a entidades del sector público a partir del 14 de junio de 1990 y desde el 9 de enero de 1992 al 30 de junio de 1998 realizó aportes al Instituto de Seguros Sociales. El 26 de mayo se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A., para septiembre de 2001 se cambió a la AFP Colfondos y regresó nuevamente a Porvenir S.A. el 19 de febrero de 2002, fondo al que se encuentra afiliada actualmente. A lo largo de su vida laboral acredita 1.125 semanas cotizadas.

Adujo que fue persuadida para trasladarse por los asesores de las AFP quienes le indicaron que el Instituto de Seguros Sociales estaba en quiebra por lo que sus aportes se perderían. Que en el RAIS se pensionaría a cualquier edad sin realizar ningún tipo de trámite y con un monto superior. No obstante, no le brindaron información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen pensional, tampoco le entregó proyecciones o comparativos que le permitieran evidenciar que la mesada que recibiría.

Manifestó que la AFP le realizó proyección pensional según la cual en el régimen de ahorro individual con solidaridad la mesada a los 57 años de edad sería de \$1.434.500 de seguir cotizando, en tanto, que en Colpensiones ascendería a \$5.722.432. Finalmente, manifestó que reclamó administrativamente ante las administradoras la nulidad del traslado (f.º 4 a 19).

Al dar respuesta, Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, admitió la fecha de nacimiento de la accionante y la de traslado de régimen, 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 122 a 141).

Al contestar, la AFP Colfondos también rechazó las suplicas del actor. En cuanto a los hechos, admitió la fecha de nacimiento y manifestó no ser ciertos o no constarle los demás. 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 innominada o genérica, 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, la prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, la compensación y el pago (f.º 178 a 193).

Por su parte, la AFP Porvenir S.A se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió el natalicio de la accionante, las fechas de vinculación a la AFP así como las cotizaciones realizadas al fondo, la proyección pensional, las peticiones presentadas y su respuesta. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. Para enervar las pretensiones

de la demanda, 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 196 a 229).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 20 de agosto de 2020, declaró la ineficacia del traslado al RAIS 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 y de traslado contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante. Dispuso a Colpensiones a activar la afiliación y a actualizar su historia laboral. Absolvió a la AFP Colfondos y condenó a la AFP Porvenir S.A. a pagar las costas del proceso (f.º 314 y 315).

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 se afilió de forma libre y voluntaria, lo que obliga a acatar las normas que regulan el régimen

de ahorro individual con solidaridad. Alegó que se imponen al fondo cargas probatorias adicionales que no se compadecen con las normas vigente para el momento en que se dio el cambio de régimen y se olvida que la demandante reconoció que se le informó sobre la opción de acceder a la pensión anticipada.

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 voluntad de permanecer en el RAIS se ratifica con los traslados entre AFP. Argumentó que la no restitución de los gastos de administración puesto que no se declaró la nulidad de la afiliación sino su ineficacia, situación que hace inviable la prosperidad de la afiliación. De todas maneras, mientras la accionante estuvo vinculada, la AFP realizó una gestión diligente y oportuna, por lo que en aplicación de la ley procedió a descontar las sumas que la administración del capital demandaba.

Colpensiones por su parte indicó que el precedente jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia 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 cual no contaba con una expectativa legítima que deba ser protegida y que implique la inversión de la carga de la prueba. Refirió 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, tanto a Porvenir como a Colfondos, lo cual constituyó una muestra de su intención de permanecer en el RAIS. 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. Por último, 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 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 12 de mayo de 1966 y 3.43 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 50 a 53 y 107). 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 26 de mayo de 1998, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º 230). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Porvenir S.A desde el 1º de julio de 1998 a 28 de febrero de 1999; del 1º de marzo de 1999 al 28 de febrero de 2000 a Colpatria; desde el 29 de septiembre de 2000 al 31 de marzo de 2002 a Horizonte y a partir del 1º de abril de 2002 en adelante a la AFP Porvenir S.A. (f.º 236).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que para el momento en que se produjo el traslado se desempeñaba como médico en el Hospital Materno Infantil y para esa época consiguió otro trabajo en Comfamiliar Aseguradores, cuando fue a firmar contrato le tenían listos todos los documentos incluido uno de afiliación a pensiones. Indicó que el asesor del fondo que estaba en ese momento le informó que todos los trabajadores de la empresa estaban vinculados a esta AFP, que era la mejor y allí iba a obtener una pensión mayor a cualquier edad, además le puso de presente que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar. Expuso que se trasladó entre fondos porque a las instalaciones de las empresas en las que trabajaba se presentaban los asesores con los formularios previamente diligenciados indicándole que en adelante operaba el cambio.

A solicitud de la parte actora fue escuchado el testimonio de Adriana Castillo quien fue compañera de estudio de la accionante. Manifestó que estuvo presente en el momento en que la demandante firmó el formulario de traslado, aseguró que el asesor de la AFP le informó que los trabajadores estaban afiliados al fondo privado, además que las posibilidades de pensionarse en el ISS eran muy bajas porque la entidad estaba muy mal. Refirió que los asesores de los fondos las buscaban en los pasillos del hospital y les decían que iban de parte de recursos humanos, le presentaban formularios ya diligenciados y les decían que debían firmar.

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. 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 Colfondos 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). 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 revoca y 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: REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 20 de agosto de 2020, para en su lugar, **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 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.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

CUARTO: 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 *actuación de voto*

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARTHA ISABEL ORTIZ RODRIGUEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 021 2019 00327 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.

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 26 de febrero de 2021 con decisión igual a la que se emite en el fallo de hoy 30 de abril 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 de la sentencia que se emite; 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 en sí misma considerada, 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 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 acompañada de los escritos en los que los magistrados sustentan los desacuerdos sobre la argumentación; 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 que por práctica judicial la decisión es contraria a la presentada en la ponencia inicial.

En el presente caso, pese a que no existía disidencia sobre la decisión, que valga reiterar es respecto de lo cual se genera el salvamento de voto, la decisión presentada en la ponencia de 26 de febrero de 2021 se postergó hasta el 30 de abril 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 26 de febrero 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.

En ese orden de ideas, se reitera que la decisión emitida en la presente sentencia es idéntica a la presentada en la ponencia de 26 de febrero de 2021 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 20 2019 00720 01
DEMANDANTE: CLAUDIA LUCIA RAMÍREZ BOCANEGRA
DEMANDADO: SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

Bogotá, D. C., veinticinco (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 16 de octubre 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 anulación por ineficacia de la afiliación y el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, por tanto, disponga como afiliada al régimen de prima media, con la consecuente devolución a Colpensiones de todos los dineros recibidos. Se condene a la administradora de fondos y pensiones Porvenir S.A. en caso de haberse otorgado previamente la pensión al momento de dictarse sentencia a seguir con el pago hasta tanto sean transferidos los recursos a Colpensiones para financiar la deuda pensional y sea incluido en nómina de pensionados, así como a reconocer los

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 fue afiliada al sistema de seguridad en pensiones a partir del 29 de junio de 1988 y como consecuencia de la publicidad y gestión realizada por los fondos privados efectuó su traslado el 30 de noviembre de 1995 al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde realiza los aportes. Adujó que el promotor se limitó a diligenciar un formato preestablecido sin suministrar información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto a las prestaciones económicas, beneficios que obtendría en el RAIS y sus consecuencias.

Indicó que, solicitó a Colpensiones, a Colfondos S.A. y Porvenir S.A, la nulidad de la afiliación al RAIS y el retorno a prima media, lo cual fue negado. De no haber realizado el cambio de régimen según el cálculo actuarial la mesada pensional en prima media sería de \$7.683.552.00, en tanto, que en el RAIS lo es de \$2.785.600.00, lo que genera una diferencia notoria de \$4.924.951.00. Finalmente, refiere que actualmente cotiza a Porvenir S.A. (f.º 2 a 39 expediente virtual).

Al dar respuesta a la demanda, Colfondos S.A. se allanó a las pretensiones en atención al artículo 98 el Código General del Proceso, por lo que pidió no ser condenada en costas (f.º 339 expediente virtual).

Por su parte, Colpensiones S.A. se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, admitió las solicitudes elevadas y la negativa del retorno a prima media. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. Para enervar las pretensiones, 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.º340 a 379 expediente virtual).

La demandada Porvenir S.A. también rechazó las aspiraciones del actor. Respecto de los hechos, aceptó el traslado, las solicitudes encaminadas a devolver a prima media y su negativa. Adujo no ser ciertos o no constarle los restantes. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de prescripción, la prescripción de la acción de nulidad, el cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (f.º387 a 407 expediente virtual).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 16 de octubre de 2020, declaró la ineficacia de la afiliación o el traslado del régimen de régimen pensional de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por la demandante el 30 de noviembre de 1995 a Colfondos S.A. y el posterior traslado o afiliación a Porvenir S.A. el día 27 de septiembre de 1999. Declaró como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a Colpensiones. Ordenó a Porvenir S.A. devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la de la demandante junto con los rendimientos financieros causados con destino a Colpensiones y los bonos pensionales si los hubiere a su respectivo emisor. Ordenó a Colfondos S.A. en caso de existir aportes deberán ser trasladados a Colpensiones. Finalmente, condenó en costas a las demandadas. (f.º462 a 466 expediente virtual).

Como sustento de su decisión, señaló que las demandadas AFP Colfondos S.A.S y Porvenir S.A. no demostraron haber brindado la información completa. Asimismo, consideró que la sola firma de forma voluntaria del formulario no era demostrativa del cumplimiento del deber de información que la ley impuso a las AFP desde su creación.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada Colpensiones interpuso recurso de apelación.

Inconforme la demandada **Colpensiones** interpuso recurso de apelación, a través del cual, precisó que el traslado no estaba precedido por vicios del consentimiento. Asimismo, la parte actora no probó que se presentó una omisión de información. Finalmente, indica que el condenar en costas y agencias en derecho procede a un detrimento patrimonial a la entidad representada, dado que esta última única y exclusivamente realizó el traslado de conformidad a la voluntad de la demandante.

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 30 de octubre de 1964, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 30 años de edad y 100.51 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 409 y expediente administrativo Colpensiones). 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 30 de noviembre de 1995, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colfondos S.A. (f.º 57 expediente virtual). Asimismo, es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Colpatria S.A. desde el 1º de noviembre de 1999 al 28 de septiembre de 2000; a Horizonte a partir del 29 de septiembre de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2013 y del 1º de enero de 2014 en adelante a Porvenir S.A., según historial de vinculaciones de folios 436 del expediente digital.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que se afilió a Colfondos S.A. en noviembre de 1995 de forma individual cuando laboraba para la empresa de Sistema de Tecnología Avanzada, que no suscribió de manera libre y voluntaria el formulario de Colfondos S.A. dado que se le informó que el Instituto de Seguros Sociales se estaba acabando. Refirió que el fondo no suministró la información necesaria para

la toma de su decisión. Narró que su traslado de Colfondos S.A a Colpatria se dio en 1999 como resultado de la presión de su empleador.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que las AFP Colfondos S.A y Porvenir S.A, incumplen 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 por 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 las reglas sentadas por 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 adicionará la decisión en este punto, pues si bien se indicó que no podría hacerse ningún descuento, no se ordenó de manera específica la devolución de gastos de administración.

Se precisa que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Colfondos S.A. de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo. Dado que 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 será adicionada 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 de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

Finalmente, estima la Sala que no hay lugar a absolver a Colpensiones 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, Colpensiones resultó derrotada, pues esta se opuso a la totalidad de pretensiones y fue declarada la ineficacia del traslado.

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

Sin costas en el grado jurisdiccional de 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 la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 16 de octubre de 2020, en el sentido de condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliada a dicho fondo privado.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia analizada en el sentido de condenar a la AFP Colfondos S.A a trasladar a Colpensiones debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliada a dicho fondo privado.

TERCERO: ADICIONAR la decisión de primera instancia 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.

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 *asociación de retiro*

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: CLAUDIA LUCIA RAMIREZ BOCANEGRA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

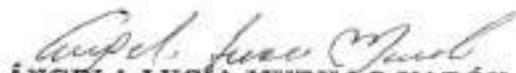
RADICADO: 11001 31 05 020 2019 00720 01

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 020 2016 00565 01
DEMANDANTE: JORGE ELIECER CASTRO LÓPEZ
DEMANDADO: INDUSTRIA HIDROVAPOR LTDA

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 13 de marzo de 2020.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la existencia de un contrato a partir del 3 de mayo del 2012 hasta el 3 de mayo de 2015. En consecuencia, se condene a la demandada a pagar los salarios o reajustes pendientes de los meses de marzo, abril y mayo de 2015, las prestaciones sociales y vacaciones causadas del 1º de enero al 3 de mayo de 2015, las horas extras, 100 dominicales y festivo laborados no cancelados, los descansos compensatorios, los aportes a seguridad social, la sanción por no consignación de cesantías y moratoria, la indemnización por despido injusto, los demás derechos a reconocer en virtud de las facultades *ultra* y *extra petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 3 de mayo de 2012 se vinculó a Industrias Hidrovapor Ltda mediante contrato verbal, para desempeñar el cargo de electricista en el que debía realizar el mantenimiento y revisión de motores y calderas, en horario de lunes a

domingo de 7:00 a.m. a 6:00 p.m., además que recibió como remuneración \$1.800.000.

Adujo que la demandada lo afilió al sistema de seguridad social integral, no obstante, no realizó pagos entre el 1º de febrero y el 3 de mayo de 2015, tampoco canceló los salarios causados desde el 1º de marzo de 2015 hasta el 3 de mayo de la misma anualidad. A la terminación del contrato no pagó las prestaciones sociales y vacaciones causadas en el 2015, ni la indemnización por despido injusto. Refirió que reclamó el pago de sus acreencias laborales y la empresa le giró cheque sin fondos, razón por la que citó a audiencia de conciliación ante el Ministerio de Trabajo, sin que se hiciera presente (f.º 2 a 9).

Al dar respuesta, **Industrias Hidrovapor Ltda** se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, manifestó no ser ciertos o no constarle. En su defensa, propuso la excepción previa de falta de integración del litisconsorcio necesario por pasiva con el Hotel Parque Royal y la empresa de servicios temporales Productividad Empresarial SAS. Como excepciones de fondo formuló la de pago total, el cobro de lo no debido, la buena fe y la prescripción (f.º25 a 30).

En audiencia celebrada el 4 de julio de 2017 se ordenó vincular a Hotel Parque Royal y Productividad Empresarial S.A.S. en calidad de litis consorcio necesario (f.º 97).

El **Hotel Parque Royal** no admitió las pretensiones. En cuanto a los hechos, manifestó que ninguno de ellos le consta. En defensa de sus intereses, propuso la excepción previa de prescripción y las de fondo de inexistencia de la obligación objeto de cobro, el pago, la prescripción, la compensación y las demás declarables oficiosamente (f.º 121 a 126).

Por su parte, la sociedad **Productividad Empresarial SAS** también rechazó la prosperidad de las pretensiones. Respecto de los hechos, adujo no constarles unos y no ser ciertos otros. Para enervar las pretensiones, formuló la excepción previa de prescripción y las de fondo de inexistencia

de las obligaciones reclamadas y cobro de lo no debido, el pago, la compensación, la prescripción, la buena fe y las demás declarables de oficio (f.º 221 a 236).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 13 de marzo de 2020, absolvió a las demandadas de las pretensiones elevadas en su contra y condenó en costas a la parte demandante (f.º 306).

Como sustento de su decisión, señaló que probada la prestación personal del servicio la demandada desvirtuó la presunción revista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo, respecto del último periodo de servicio correspondiente al año 2015. Concluyó que la accionada no estaba llamada a realizar aportes a pensiones porque el demandante ostenta la calidad de pensionado. De otro lado, estableció que el actor no demostró las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio la terminación del contrato por lo que no era procedente imponer sanción por despido injusto. También consideró que no fue probado el trabajo suplementario cuyo pago se reclama.

Las partes no manifestaron inconformidad frente a la decisión.

III. 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 totalmente adversa a las pretensiones del demandante, es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

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

IV. CONSIDERACIONES

Conforme a la fijación del litigio y al contenido de la demanda corresponde a la Sala determinar si entre el actor y la Industria Hidrovapor Ltda existió un contrato de trabajo a partir del 3 de mayo de 2012 hasta el 3 de mayo de 2015, por consiguiente, si tiene derecho al reconocimiento y pago de salarios insolutos, las prestaciones sociales y vacaciones causadas en el año 2015, así como al pago de los aportes a la seguridad social de esta anualidad. Al pago de trabajo realizado en dominicales y festivos, la sanción moratoria e indemnización por despido injusto.

1. Del contrato realidad

Para abordar el punto, se advierte que el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, señala que para que se estructure la existencia de un contrato de trabajo se requiere la concurrencia de tres elementos a saber: i) la actividad personal o prestación del servicio, que implica de quien reclama la existencia del contrato, demostrar que la actividad o servicio lo realizaba por sí mismo; ii) la dependencia o continuada subordinación, entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo, cantidad, calidad de trabajo e imponerle reglamentos, facultad que debe mantenerse por el tiempo de duración del contrato, y iii) la retribución de la prestación del servicio, pues el mismo tiene un carácter retributivo y oneroso.

Igualmente, ha decantado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia que una vez demostrada la prestación personal del servicio por parte del trabajador, a la demandada es a quien corresponde desvirtuar la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ya sea mediante la demostración de un nexo contractual diferente al de trabajo o bajo la acreditación de ausencia de subordinación. Es decir, que no es necesario que el empleado demuestre la subordinación jurídica o dependencia propia de una relación laboral, como tampoco la remuneración a la misma. Criterio reiterado por

la Corte Suprema de Justicia en sentencia (CSJ rad. 24476 de 7 de julio de 2005; SL 16528-2016, SL2480-2018 y SL2608-2019).

De otro lado, a efectos de tenerse por desvirtuada la presunción de existencia del contrato de trabajo, no basta las denominaciones que una o ambas partes asignen al vínculo, o atenerse al rótulo que aparece en los documentos suscritos o creados para tal fin, sino que es necesario acudir a la naturaleza misma de la relación y la forma como se ejecutó el servicio personal para hallar lo esencial del contrato en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas previsto en el artículo 53 de la Constitución Nacional.

Paralelamente, es pertinente recordar que de conformidad con lo preceptuado por el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, las *“empresas de servicios temporales son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador.”* Asimismo, el artículo 73 *ibídem* señala quienes son los terceros beneficiarios al expresar que *“Se denomina usuario, toda persona natural o jurídica que contrate los servicios de las empresas de servicios temporales.”*

De lo anterior emerge que las empresas de servicios temporales tienen un objeto previamente delimitado en la norma, lo que hace que las contrataciones o envío de trabajadores en misión se ejecuten bajo casos o situaciones específicas, las cuales han sido desarrolladas por esta ley y establecidas de la siguiente manera:

“Artículo 77. *Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:*

1. *Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo.*
2. *Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.*

3. *Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más.*"

Disposición que se acompaña con lo regulado en el artículo 6º del Decreto 4363 de 2006.

Conviene precisar, que las empresas de servicios temporales no pueden ser instrumentalizadas para cubrir necesidades permanentes de la empresa usuaria o sustituir personal permanente, sino para cumplir las actividades excepcionales y temporales previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, que pueden o no ser del giro habitual de sus negocios. Al respecto, la H. Corte Suprema de Justicia sentencia SL3520-2018 reiterada en la SL 467 de 2019, adoctrinó:

"[...] cabe recordar que conforme al artículo 77 de la Ley 50 de 1990, las empresas de servicios temporales (EST) «son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas (sic) el carácter de empleador».

Son pues empresas cuyo objeto consiste en el suministro de mano de obra con el fin de ponerla a disposición de una tercera persona, natural o jurídica (empresa usuaria), quien determina sus tareas y supervisa su ejecución. De esta forma, los empleados en misión son considerados como trabajadores de la empresa de servicio temporal, pero por delegación de esta, quien ejerce la subordinación material es la usuaria.

Según el artículo 77 ibidem, el servicio a cargo de las EST solo puede ser prestado para: (1) la ejecución de las labores ocasionales, transitorias o accidentales de las que trata el artículo 6.º del Código Sustantivo del Trabajo; (2) para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, y (3) para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por un periodo igual.

Conforme a lo anterior, las EST tienen a su cargo la prestación de servicios transitorios en la empresa cliente, en actividades propias o ajenas al giro habitual de la misma por tiempo limitado. Suele pensarse que las usuarias pueden contratar con las EST cualquier actividad permanente siempre que no exceda el lapso de 1 año; sin embargo, esta visión es equivocada dado que solo puede acudir a esta figura de intermediación laboral para el desarrollo de labores netamente temporales, sean o no del giro ordinario de la empresa, determinadas por circunstancias excepcionales tales como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios.

En torno al punto, la doctrina más extendida ha estipulado que «si bien [las empresas de servicios temporales] se ubican dentro de los mecanismos de flexibilidad organizativa, no pueden considerarse estrictamente como una manifestación de la descentralización porque en principio no pueden cubrir necesidades permanentes de la empresa, no pueden sustituir personal permanente. La empresa usuaria o cliente no descentraliza actividades, sino que, al contrario, contrata con una empresa de trabajo temporal el suministro de personal temporal para actividades excepcionales o para un incremento excepcional de su actividad ordinaria»¹.

Por estas razones, las empresas usuarias no pueden acudir fraudulentamente a esta contratación para suplir requerimientos permanentes. De allí que el artículo 6.º del Decreto 4369 de 2006, les prohíba «prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales», cuando al finalizar el plazo de 6 meses, prorrogable por otros 6, aún subsistan incrementos en la producción o en los servicios.

Al respecto, esta Sala en sentencia CSJ SL17025-2016 adujo que las empresas usuarias no pueden «encubrir una necesidad indefinida en el desarrollo de sus actividades bajo la apariencia de una necesidad temporal, con el objeto de aprovecharse ilimitadamente de los servicios personales» de los trabajadores en misión, tal como ocurriría cuando la contratación no encuadra en ninguna de las causales del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 o cuando exceden el término máximo previsto en el numeral 3.º del precepto citado.»

Ahora bien, en cuanto a la descentralización productiva y la tercerización, entendidas como una de las formas de organización de la producción en virtud de la cual se hace un encargo a un tercero de ciertas partes u operaciones del proceso productivo, éstas son legítimas en el orden jurídico; no obstante, frente a su utilización, la jurisprudencia ha señalado que *“(…)no puede ser utilizada con fines contrarios a los derechos de los trabajadores, bien sea para deslaborarlos o alejarlos del núcleo empresarial evitando su contratación directa o, bien sea, para desmejorarlos y debilitar su capacidad de acción individual y colectiva mediante la segmentación de las unidades. La externalización debe estar fundada en razones objetivas técnicas y productivas, en las que se advierta la necesidad de transferir actividades que antes eran desarrolladas internamente dentro de la estructura empresarial, a un tercero, para amoldarse a los cambios de mercado, asimilar las revoluciones tecnológicas y aumentar la competencia comercial.”* (CSJ SL 467 de 2019).

¹ ERMIDA URIARTE, Oscar y COLOTUZZO, Natalia, *Descentralización, Tercerización y Subcontratación*. Lima: OIT, Proyecto FSAL, 2009, p. 29.

Por eso, cuando la descentralización no se realiza con estos propósitos organizacionales y técnicos sino para evadir la contratación directa, se presenta la intermediación laboral ilegal.

Claro lo anterior, se advierte que la parte actora para demostrar que Industrias Hidrovapor fue realmente su empleador aportó copia de carné de inducción HSEQ con el logo HUPECOL expedido el 22 de mayo de 2015 con fecha de vencimiento del 22 de octubre de 2018, Así como la copia del cheque girado a nombre del actor por \$1.370.000 adiado el 25 de junio de 2015 (f.º 14 y 15).

Por su parte, la demandada Hidrovapor Ltda allegó comprobantes de egreso que dan cuenta de pagos realizados al accionante por prestación de servicios en febrero, marzo y abril de 2015 (f.º 42 a 47); la historia laboral emitida por Colpensiones en la que no se evidencia pago de aportes de ninguna de las demandadas (f.º 49 a 53); la comunicación dirigida al Juez Laboral del Circuito de Bogotá (Reparto) mediante la cual pone a disposición título judicial por valor de \$1.370.000 correspondiente al pago de servicios prestados por el demandante entre el 9 y el 30 de abril de 2015 (f.º 54). También anexó el contrato de trabajo por duración determinada por la obra o labor contratada que presenta logo de Productividad Empresarial con fecha de inicio de 15 de mayo de 2014, salario de \$1.800.000 y empresa usuaria Hidrovapor Ltda (f.º 55 y 56); contrato celebrado entre Hupecol Operating CO LLC e Industria Hidrovapor Ltda para la construcción de obras civiles de infraestructura petrolera cuyo término de duración se pactó por 1 año a partir del 1º de mayo de 2013, vencido el cual terminaría automáticamente, salvo prórroga mediante otro sí (f.º 57 a 78); las planillas de aportes a seguridad social en salud, riesgos laborales y caja de compensación para los meses de junio a noviembre de 2013, febrero a julio y septiembre a noviembre de 2014 (f.º 79 a 93).

Por su parte la demandada Hotel Parque Royal S.A.S, trajo al proceso contrato individual de trabajo a término indefinido suscrito con el demandante el 3 de febrero de 1997, para desempeñarse como auxiliar de

mantenimiento (f.º 127 a 130); la Resolución GNR 019724 del 13 de diciembre de 2012 a través de la cual Colpensiones reconoce al accionante la pensión de vejez a partir del 1º de diciembre de 2012, en cuantía inicial de \$1.026.148, con fundamento en 1.498 semanas cotizadas (f.º 131 a 135). Allegó carta de aceptación de renuncia presentada por el demandante y autorización de examen médico de egreso calendada el 9 de julio de 2013 (f.º 136 y 137), la certificación expedida por Radisson Royal Bogotá Hotel, según la cual el promotor del juicio le prestó servicios desde el 3 de febrero de 1997 hasta el 12 de junio de 2013 (f.º 138); la copia de liquidación final del contrato y cheque de pago (f.º 140 y 141); los comprobantes de pago a la seguridad social (f.º 154 a 173) y comprobantes de nómina (f.º 174 a 203).

La demandada sociedad Productividad Empresarial S.A.S. allegó los contratos de trabajo por duración determinada por la obra o labor contratada desde el 3 de mayo de 2013 hasta el 15 de mayo de 2014, que relaciona como salario la suma de \$1.800.000 y empresa usuaria Hidrovapor Ltda (f.º 237 y 256); los comprobantes de pago de nómina de mayo de 2013 a abril de 2014 (f.º 239 a 250), la carta de terminación del contrato por finalización de la obra para la cual fue contratado a partir del 3 de mayo de 2014 (f.º 251); la liquidación definitiva del contrato (f.º 252); el certificado de aportes a la seguridad social en salud, riesgos laborales y caja de compensación (f.º 253 a 255); los comprobantes de pago de nómina de mayo a noviembre de 2014 (f.º 257 a 264); la carta de terminación del contrato de 19 de diciembre de 2014 (f.º 265); la liquidación final del contrato y pago de aportes a seguridad social (f.º 266 a 269); copia de contrato de prestación de servicios suscrito entre Productividad Empresarial Ltda e Industria Hidrovapor Ltda el 24 de febrero de 2012, para el suministro de personal (f.º 273 a 280).

A solicitud de Productividad empresarial fue practicado el testimonio de Jhon Wilson Aguasaco quien manifestó estar vinculado a esta sociedad, actualmente es el Gerente de Operaciones y antes fue Director de Nómina y Contratación. Refirió que el demandante estuvo vinculado mediante contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada en dos

oportunidades, primero del 3 de mayo de 2013 al 3 de mayo de 2014 y, luego, entre el 15 de mayo al 19 de diciembre de 2014, periodos en los cuales fue enviado en misión a la empresa usuaria Hidrovapor para desempeñarse como electricista.

En ese orden de ideas, una vez analizadas en conjunto las pruebas obrantes en el plenario conforme el artículo 61 del Código de Procedimiento del Trabajo, se concluye que: **i)** que el demandante estuvo vinculado mediante contrato de trabajo a término indefinido con el Hotel Parque Royal S.A.S a partir del 3 de febrero de 1997 al 12 de junio de 2013, el cual terminó como producto del reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones mediante Resolución GNR 019724 del 13 de diciembre de 2012 a partir del 1º de diciembre de 2012 (f.º 127 a 138); **ii)** prestó sus servicios a la Industria Hidrovapor Ltda como trabajador enviado en misión por Productividad Empresarial S.A.S a partir del 3 de mayo de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2013 (f.º (f.º237 y 252) y desde el 15 de mayo de 2014 al 19 de diciembre de 2014 (f.º 256 y 265) y, **iii)** también suministró sus servicios con Industrias Hidrovapor Ltda de febrero a abril de 2015, al haber sido aceptado por esta demandada al contestar el libelo introductorio, lo que se verifica con las cuentas de cobro y comprobantes de egreso de folios 42 a 47.

Así las cosas, respecto de la prestación de servicios a Hidrovapor a través de Productividad empresarial se considera que el accionante falta 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, pues no demuestra los supuestos en que funda sus pretensiones, ello como quiera que no aporta medios de prueba que permitan concluir que pese a haber prestado sus servicios a través de un tercero, su verdadero empleador fue Industria Hidrovapor Ltda, por haber recibido órdenes, instrucciones o remuneración de parte de esta. Así las cosas, carece la Sala de elementos de convencimiento que permitan verificar las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se dio la prestación del servicio a Hidrovapor en los periodos comprendidos entre el 3 de mayo de 2013 al 31 de diciembre de 2013 y desde el 15 de mayo de

2014 hasta el 19 de diciembre de 2014. Conviene precisar que, si bien la prestación se dio en dos oportunidades, estas no fueron consecutivas, pues medió un espacio de más de 4 meses entre una y otra. En igual sentido, no existe elementos probatorios que permita verificar que ninguna de ellas superó el término máximo de 12 meses, como tampoco se probó que las vinculaciones se dieron para cubrir una necesidad indefinida de Hidrovapor Ltda.

Con todo, verifica el Tribunal que la demandada Productividad Empresarial S.A.S. no desconoció el vínculo laboral, sin embargo, el accionante no demostró por ningún medio que esta relación haya sido aparente y que la empresa vinculada hubiese fungido como mera intermediaria, pues se reitera ningún esfuerzo probatorio adelantó para acreditar las condiciones de la prestación personal del servicio, en consecuencia, no hay lugar a declarar la existencia de un contrato realidad con la demandada Industria Hidrovapor Ltda.

De otro lado, se encuentra probado que el accionante prestó sus servicios personales a Industria Hidrovapor, de febrero a abril de 2015, por lo que se configura la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo, lo cual no puede entenderse desvirtuada con las cuentas de cobro y los comprobantes de egreso allegados, al tener la entidad que corroborar que su ejecución se dio de forma autónoma e independiente.

Ahora, si bien el Juzgado consideró que debía entenderse desvirtuado la presunción legal respecto de este periodo por la no asistencia del demandante a la audiencia obligatoria de conciliación y la práctica del interrogatorio de parte, lo cierto es que el juez no podía proceder con esa declaración, dado que omitió en la conciliación y en el momento del interrogatorio indicar de manera individualizada cuáles serían los hechos susceptibles de presumirse como ciertos, pese a que los apoderados de Productividad Empresarial S.A.S solicitaron al director del proceso los efectos procesales correspondientes, quien en las dos

oportunidades se limitó a señalar que la conducta del accionante sería valorada en la sentencia junto con los demás medios probatorios.

Lo anterior, reviste importancia porque frente a la confesión ficta o presunta por la inasistencia de algunas de las partes a la conciliación la práctica del interrogatorio de parte, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha puntualizado que para que la misma tenga efectos, es deber del juez en ese instante procesal indicar de manera individualizada cuáles serán los hechos susceptibles de presumirse como ciertos (CSJ SL4741-2019 y SL468-2019).

En consecuencia, en el asunto bajo examen no es posible dar aplicación a la confesión ficta, pues los hechos susceptibles de aceptación no fueron individualizados por el juzgado pese a la solicitud elevada por los apoderados. En consecuencia, al verificarse probada la prestación del servicio debe ser declarada la existencia de un contrato de trabajo entre el accionante e Industrias Hidrovapor Ltda a partir del 1º de febrero hasta el 30 de abril de 2015. Extremos aceptados en la contestación de la demanda.

2. De los salarios insolutos

Se reclama el pago de salarios de los meses de febrero, marzo, abril y mayo de 2015, no obstante, se evidencia según comprobantes de egreso suscritos por el demandante y no desconocidos o tachados, que recibió el pago de los meses de febrero y marzo (f.º 42 y 44).

De otra parte, aunque Industrias Hidrovapor Ltda señala que realizó pago mediante título de depósito judicial de los servicios del mes de abril de 2015 y que notificó tal situación al demandante el 17 de mayo de 2016, para lo cual aporta a folio 54, lo que parece ser la notificación al Juez Laboral del Circuito, lo cierto es que no allegó copia del título y constancia de su depósito, tampoco la comunicación mediante la cual informa al demandante y el oficio dirigido al juzgado no presenta sello de recibido alguno. En consecuencia, se ordenará a la demandada pagar el salario

correspondiente al mes de abril de 2015 en la suma de \$1.370.000 relacionada por la demandada en comprobante de egreso de folio 46.

Ahora, aunque también implora el pago de salario insoluto del mes de mayo, ello no es posible como quiera que desborda el extremo final hallado por esta Sala, que lo fue el 30 de abril de 2015.

3. De las horas extras y los dominicales y festivos

Frente a este tópico, se recuerda que el trabajador que pretende el reconocimiento de trabajo realizado en horas extras, dominicales y festivos tiene la carga probatoria de comprobar cuántas horas y en qué días laboró en tiempo adicional a su jornada de trabajo ordinaria. Así las cosas, no le basta únicamente con afirmarlo, pues el juez no puede hacer estimativos o aproximaciones respecto del número de horas extras laboradas, tal como lo ha dejado sentado la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3009- 2017.

Bajo esa línea de pensamiento, en el caso bajo estudio no es procedente reconocer y ordenar el pago de trabajo realizado más allá de la jornada legal o en dominicales y festivos, puesto que el promotor del juicio incumple con la carga demostrativa 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.

4. De las prestaciones sociales y vacaciones

Realizadas las validaciones correspondientes teniendo como salario para febrero \$1.721.129 (f.º 42), en marzo la suma de \$1.821.013 (f.º 44) y para abril de 2015 el monto de \$1.370.000, la demandada adeuda al accionante las siguientes sumas de dinero por los conceptos que a continuación se relacionan:

<i>Auxilio Cesantías</i>	\$ 409.345,17
<i>Intereses Sobre las Cesantías</i>	\$ 4.093,45

<i>Prima de Servicios</i>	\$ 409.345,17
<i>Vacaciones</i>	\$ 204.672,58

5. De la sanción moratoria

Al respecto, dispone el artículo 65 del Código sustantivo de Trabajo que *“Si a la terminación del contrato, el [empleador] no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.*

Del anterior precepto legal, es dable concluir que la indemnización sólo procede ante la conducta omisiva del empleador de cancelar al trabajador a la finalización del contrato los salarios y las prestaciones sociales. Además, conforme a la jurisprudencia la misma 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 presente caso, se advierte según los elementos de prueba antes relacionados que la sola presunción de certeza de los servicios prestados de febrero a abril de 2015 (art. 24 CST) no resulta suficiente o demostrativo de una mala fe del empleador en darle una naturaleza diferente al laboral, dado que la Sala carece de elementos probatorios que permitan dilucidar realmente como se ejecutaron esos servicios, por lo que se absuelve a la encartada de esta sanción.

6. De la indemnización por despido injustificado

En relación con este asunto la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que al trabajador le corresponde probar el hecho del despido y al empleador la justa causa para exonerarse de indemnizar los perjuicios (SL284-2018).

En ese horizonte, no es posible condenar a Industria Hidrovapor al pago de la indemnización, como quiera el promotor del juicio no demuestra la terminación del contrato de trabajo y tampoco expuso las circunstancias de tiempo modo y lugar en que el hecho se produjo, por lo que falta a su carga probatoria al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso.

7. De la sanción por no consignación de cesantías

No es procedente el reconocimiento de la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dado que el contrato inició el 1º de febrero de 2015 y finalizó el 30 de abril de la misma anualidad, por lo que la encartada no tenía la obligación de consignar las cesantías a un fondo, sino que debía pagarlas directamente al trabajador a la terminación del contrato.

8. De la prescripción

Estima la Sala que el fenómeno extintivo no ha operado, como quiera que la relación laboral finalizó el 30 de abril de 2015 y la demanda fue presentada el 3 de noviembre de 2016 (f.º 16), esto es, dentro del término trienal previsto en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo y el 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social. Es importante precisar que la demanda fue admitida mediante auto del 9 de noviembre de 2016 (f.º 17) y su notificación personal a Industrias Hidrovapor Ltda se realizó el 6 de abril de 2017 (f.º 24), esto es, dentro del año siguiente, razón por la cual la interrupción de la prescripción mantuvo sus efectos (artículo 94 CGP). Además, no puede obviarse que Industrias Hidrovapor Ltda fue la única demandada en el proceso, ya que las demás intervinientes fue por solicitud de esta.

9. De los aportes a seguridad social

El artículo 17 de la Ley 100 de 1993 dispone que durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen. La norma además dispone que *“la obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente”*.

Así las cosas, la demandada no está llamada a reconocer y pagar los aportes correspondientes a los meses de febrero a abril de 2015, pues para esta época el actor no solamente acreditaba más de 62 años de edad como quiera que nació el 11 de septiembre de 1952, sino que contaba con 1.498 semanas de aportes, lo cual generó que Colpensiones mediante Resolución GNR 019724 de 13 de diciembre de 2012, le reconociera la prestación de vejez a partir del 1º de diciembre de 2012, en cuantía inicial de \$1.026.148 (f.º 131 a 135).

10. De la indexación

Estima la Sala que el promotor del juicio no está llamado a sufrir las consecuencias negativas de la depreciación del dinero por el paso del tiempo, por lo que la demandada será condenada a pagar el salario, prestaciones y vacaciones adeudadas debidamente indexadas.

No pasa por alto la Sala que la actualización de las condenas no fue incluida como pretensión en la demanda. No obstante, la H. Corte Suprema de Justicia en reciente jurisprudencia señaló que es procedente la imposición de la indexación en forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa (SL815-2021 y SL359-2021).

De conformidad con las consideraciones expuestas, la Sala revoca la decisión de primera instancia, para en su lugar, imponer las condenas anunciadas.

No se causan costas en el grado de jurisdicción.

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 la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el 13 de marzo de 2020, para en su lugar, declarar que entre el demandante Jorge Eliecer Castro López y la Industria Hidrovapor Ltda, existió un contrato de trabajo a partir del 1º de febrero hasta el 30 de abril de 2015.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada Industria Hidrovapor Ltda a reconocer y pagar al demandante las sumas de dinero por los conceptos que a continuación se relacionan, debidamente indexados desde que se hicieron exigibles, esto es, a partir del 30 de abril de 2015 hasta que se verifique el pago de la obligación.

<i>Salario abril 2015</i>	<i>\$1.370.000</i>
<i>Avalío Cesantías</i>	<i>\$ 409.345,17</i>
<i>Intereses Sobre las Cesantías</i>	<i>\$ 4.093,45</i>
<i>Prima de Servicios</i>	<i>\$ 409.345,17</i>
<i>Vacaciones</i>	<i>\$ 204.672,58</i>

TERCERO: ABSOLVER a la demandada Industria Hidrovapor Ltda de las demás pretensiones elevadas en su contra.

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas Hotel Parque Roya S.A.S. y Productividad Empresarial S.A.S. de las pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: Sin costas en la consulta.

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 Cuarta de Decisión Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 19 2019 00634 01.
DEMANDANTE: MAURO AMAYA ANGARITA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y COLFONDOS PENSIONES Y
CESANTÍAS S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 14 de agosto de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Se advierte que el presente proceso ha pasado al suscrito Magistrado por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a una falta de congruencia en el proyecto inicialmente presentado, pues si bien se confirmaba la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del actor, 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 las 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.

En consecuencia, la ponencia presentada en estos términos presentaba una motivación *"incompleta"* y *"ambigua, dilógica o*

ambivalente” como lo ha denominado la doctrina constitucional, lo que conllevaba al quebrantamiento de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia.

Según la H. Corte Constitucional *“la obligación de motivar las decisiones judiciales obedece a la necesidad de demostrar que el pronunciamiento no es un producto de la arbitrariedad del juez”*, por lo cual se exige que, en las sentencias, el juez realice 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, y, con ello, poder controvertirla y ejercer así 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).

Paralelamente, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021, al referirse a la congruencia interna de las sentencias, advirtió que esta *“(…) 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”*.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con la AFP Colfondos S.A y que para todos los efectos legales siempre ha estado afiliado al régimen de prima media. En consecuencia, se ordene el traslado de los aportes realizados en la cuenta individual, asimismo se disponga a las demandadas 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 6 de septiembre de 1958, cotizó al Instituto de Seguros Sociales un total de 156 semanas y el 1º de julio de 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Colfondos S.A., en la cual ha cotizado 1.085 semanas. Adujo que la AFP no le brindó información completa, integral, transparente y veraz que le permitiera conocer las consecuencias de trasladarse de régimen.

Señaló que en respuesta a petición radicada el 24 de enero de 2019, Colfondos le informó que no tenía soporte de la asesoría que le fue brindada al momento del traslado y que el acto jurídico era válido con la simple suscripción del formulario correspondiente; también le comunicó que su mesada pensional sería de \$828.116, que equivale al 29.26% de su salario base (f.º 4 a 15).

Al dar respuesta, Colfondos S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, manifestó no ser ciertos o no constarles. En defensa de sus intereses, formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, 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; ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, la compensación, el pago y las demás declarables oficiosamente (f.º 59 a 74).

Por su parte, Colpensiones se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, admitió el natalicio del demandante, la fecha de afiliación al Seguro Social, la petición elevada ante la entidad y su respuesta. Manifestó no ser ciertos o 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 caducidad; la inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada y las demás declarables oficiosamente. (f.º 79 a 96).

La AFP Colfondos en audiencia celebrada el 10 de agosto de 2020 se allanó a las pretensiones de la demanda (f.º 119).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 14 de agosto de 2020, declaró la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por AFP Colfondos y realizado el 23 de mayo de 1996, por lo que estimó válidamente vinculado al demandante al régimen de prima media desde el 16 de julio de 1979, como si nunca se hubiese efectuado el traslado. Condenó a Colfondos a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como las cotizaciones, los aportes adicionales, los bonos pensionales, junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones, sin descontar gastos de administración. Se abstuvo de imponer costas (f.º 129 y 130).

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

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones interpuso recurso de apelación y, para ello, argumentó que el promotor del juicio suscribió formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, además no es beneficiario del régimen de transición para trasladarse en cualquier momento. Adujo que ordenar el traslado es una decisión que afecta la sostenibilidad financiera del régimen de prima media, ya que los saldos trasladados no alcanzan para el pago de la pensión vitalicia del demandante.

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 el actor.

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 16 de septiembre de 1958, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 35 años y 54 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º12 y CD f.º 97). Así las cosas, el actor no es beneficiario 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 mayo de 1996, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Santander, hoy AFP Colfondos S.A. (f.º 77), el cual se hizo efectivo el 1º de julio de 1997, según historial de vinculaciones de folio 76.

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que firmó de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación convencido que no tendría esta decisión ningún impacto en su futuro pensional, por el contrario, se pensionaría de manera anticipada y con mejor monto.

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 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 Colfondos 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 donde se 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 hasta aquí expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura adicionará la decisión analizada en la forma anunciada.

No se causan costas en la consulta, ni 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, el 14 de agosto 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 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 *relacionada de voto*

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MAURO AMAYA ANGARITA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 019 2019 00634 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 26 de febrero de 2021 con decisión igual a la que se emite en el fallo de hoy 30 de abril 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 26 de febrero de 2021 se postergó hasta el 30 de abril 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 26 de febrero 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 26 de febrero de

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.

2021 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 00455 01.
DEMANDANTE: BLANCA LEONOR MORENO MORENO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A..

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril 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 Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 3 de septiembre 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 una falta de congruencia en el proyecto inicialmente presentado, pues 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 las 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.

En consecuencia, la ponencia presentada en estos términos presentaba una motivación *“incompleta”* y *“ambigua, dilógica o ambivalente”* como lo ha denominado la doctrina constitucional, lo que conllevaba al quebrantamiento de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia.

Según la H. Corte Constitucional *“la obligación de motivar las decisiones judiciales obedece a la necesidad de demostrar que el pronunciamiento no es un producto de la arbitrariedad del juez”*, por lo cual se exige que, en las sentencias, el juez realice 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, y, con ello, poder controvertirla y ejercer así 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).

Paralelamente, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021, al referirse a la congruencia interna de las sentencias, advirtió que esta *“(…) 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.

1. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida y siempre ha permanecido afiliada a prima media. En consecuencia, se ordene el traslado de aportes existentes en la cuenta individual. Asimismo, se reconozcan 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 2 de julio de 1958, cotizó al régimen de prima media con prestación definida desde el 10 de junio de 1981 hasta el 31 de octubre de 2.000 un total de 1.004 semanas en el Foncep y al Instituto de Seguros Sociales. El 25 de septiembre de 2000 se trasladó al régimen de ahorro individual con la AFP Porvenir S.A.

Adujo que la decisión no fue tomada de manera autónoma, informada y consiente, pues el fondo privado no le proporcionó información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto de las características, ventajas, desventajas e implicaciones de cada régimen. Expuso que la AFP le realizó proyección pensional según la cual la mesada pensional en el RAIS sería de \$781.242, en tanto, en Colpensiones ascendería a \$3.867.121. Finalmente, que reclamó administrativamente ante las administradoras la nulidad del traslado de régimen (f.º 3 a 11).

Al dar respuesta, Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas en su contra. Frente a los hechos, admitió la fecha de nacimiento de la accionante, la data en que se afilió al régimen de prima media, las cotizaciones al Foncep y al ISS, también la reclamación administrativa. Manifestó no ser cierto 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; inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; la prescripción; la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f.º 53 a 58).

Al contestar, la AFP Porvenir S.A también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó el natalicio de la accionante, la fecha de vinculación a la AFP, las peticiones presentadas y su respuesta. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. Para enervar las pretensiones de la demanda, formuló las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad y la buena fe (f.º. 90 a 111).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 3 de septiembre de 2020 declaró la ineficacia del traslado de la demandante a la AFP Porvenir S.A. realizado el 25 de septiembre de 2.000. En consecuencia, para todos los efectos legales nunca se cambió al RAIS, por lo que siempre permaneció en prima media. Condenó a la AFP Porvenir S.A., a trasladar todos los dineros ahorrados por la demandante en su cuenta individual, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración. Ordenó a Colpensiones a recibir el traslado de dineros de la AFP. Declaró no probada la excepción de prescripción. Impuso condena en costas a la AFP Porvenir S.A. (f.º 166).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP demandada desde su creación tenía la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria mediante la entrega de información suficiente y transparente que le permitiera al afiliado entre las opciones del mercado aquella que se ajustara a sus intereses. No obstante, no logró demostrar en juicio que cumplió con esta obligación, pues tal efecto no se cumple con la acreditación de la suscripción del formulario de vinculación.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas interpusieron recurso de apelación.

La AFP Porvenir S.A. argumentó que para el momento del traslado se dio a la demandante la información verbal que la ley exigía y además se acredita con la suscripción del formulario que el cambio se dio de manera libre y voluntario. Señaló que no es dable exigir ahora a la AFP que acredite requisitos y formalidades como proyecciones que sólo se hicieron exigibles con posterioridad a la afiliación, pues, con ello se somete a las AFP a acreditar requisitos imposibles.

Alegó que el deber de información únicamente es exigible desde el año 2004, pero la demandante solo acude o apela al mismo cuando siente desventaja en el monto de la pensión. Expuso que debe ser absuelta de devolver los gastos de administración como quiera que este rubro se descontó en virtud de la ley y como consecuencia de la actividad de la AFP.

Por su parte, **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. Sostuvo que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, por lo que no tenía una expectativa legítima que deba ser protegida. Señaló que no es posible afectar a la AFP por la falta de cuidado de la demandante quien durante más de 18 años de afiliación no solicitó información alguna, tampoco adelantó gestión alguna para cambiar 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 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 2 de julio de 1958, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 35 años y 710.10 semanas cotizadas a Colpensiones y al Foncep (f.º 11 y 13 a 18). 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 25 de septiembre de 2000, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A., el cual se hizo efectivo el 1º de noviembre de 2.000 (f.º149).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que para el momento en que se produjo el traslado una asesora la visitó insistentemente, en la que le dijo que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y que en el fondo privado quedaría mejor pensionada porque le pagarían una mesada superior, que podía negociar la fecha en que quería pensionarse y que si llegaba a fallecer su pensión pasaría a su esposo y sus hijos. Confesó que siempre recibió extractos, pero aclaró que no los miraba porque no los comprendía.

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. 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. En consecuencia, la sentencia analizada se mantendrá 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 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 Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 3 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 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 *advisoria de voto*

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ANA ELVIA QUINTERO VILLA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 018 2019 00455 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.

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 30 de abril 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 de la sentencia que se emite; 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 en sí misma considerada, 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 aprobada².

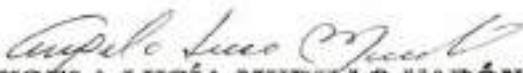
La diferencia entre las dos figuras genera consecuencias diferentes, la aclaración de voto da lugar a que la ponencia obtenga los votos necesarios para convertirse en decisión de la sala y se emita en la fecha correspondiente acompañada de los escritos en los que los magistrados sustentan los desacuerdos sobre la argumentación; 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 que por práctica judicial es contraria a la presentada en la ponencia inicial.

En el presente caso, pese a que no existía disidencia sobre la decisión, que valga reiterar es respecto de lo cual se genera el salvamento de voto, la decisión presentada en la ponencia de 25 de marzo de 2021 se postergó hasta el 30 de abril 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.

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.

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 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 15 2018 00633 01.
DEMANDANTE: LUCY ESTHER GAMBOA OROZCO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril 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 Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 15 de septiembre 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 una falta de congruencia en el proyecto inicialmente presentado, pues si bien se confirmaba la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del actor, 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 las 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.

En consecuencia, la ponencia presentada en estos términos presentaba una motivación *“incompleta”* y *“ambigua, dilógica o ambivalente”* como lo ha denominado la doctrina constitucional, lo que

conllevaba al quebrantamiento de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia.

Según la H. Corte Constitucional *"la obligación de motivar las decisiones judiciales obedece a la necesidad de demostrar que el pronunciamiento no es un producto de la arbitrariedad del juez"*, por lo cual se exige que, en las sentencias, el juez realice 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, y, con ello, poder controvertirla y ejercer así 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).

Paralelamente, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021, al referirse a la congruencia interna de las sentencias, advirtió que esta *"(...) 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"*.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Protección S.A. hoy Protección S.A., así como la nulidad del traslado al régimen de Ahorro Individual con Protección S.A. y, en consecuencia, se ordene el retorno a prima media, con el traslado de todos sus aportes, los gastos de administración y los rendimientos financieros. Asimismo, se disponga a las demandadas 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 febrero de 1961, al 1º de abril de 1994 contaba con 33 años y 234 semanas cotizadas al régimen de prima media. Que en julio de 1995 se trasladó al RAIS. Adujo que el asesor comercial del fondo no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las características, ventajas y desventajas de cada régimen pensional, se limitó a indicarle que tendría derecho a un bono pensional, a acceder al derecho a la pensión a cualquier edad y con un monto mayor, que en el evento en que falleciera la prestación sería heredada a sus hijos. Refirió que la AFP no le realizó proyección pensional antes de llegar a los 46 años y el 9 de agosto de 2018 solicitó el traslado de régimen, lo cual fue negado (f.º 2 a 19).

Al contestar Colpensiones se opuso al éxito de las pretensiones, salvo la relacionada con el traslado de recursos de la cuenta individual más los gastos de administración. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, el número de semanas cotizadas, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, formuló las excepciones de prescripción, la presunción de legalidad de los actos administrativos, la inexistencia de la obligación y las demás declarables oficiosamente (f.º 79 a 85).

Al dar respuesta, la AFP Protección S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas en su contra. Respecto de los hechos, admitió

los relacionados con el natalicio de la demandante, la creación de los fondos privados, la asesoría y la petición elevada. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP; la buena fe; 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; la prescripción y las demás declarables oficiosamente (f.º 113 a 119).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 8 de septiembre de 2020, declaró la ineficacia de la afiliación efectuada el 1º de junio de 1995 a la AFP Protección y, como consecuencia, ordenó a esta AFP a trasladar todos los recursos o sumas que obren en la cuenta de ahorro individual. Ordenó a Colpensiones activar la filiación, recibir los recursos y para todos los efectos tener a la demandante como si nunca se hubiere trasladado de régimen. Se abstuvo de imponer condena en costas (f.º 160 y 161).

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.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación con la finalidad que sea condenada la parte demandada a pagar las costas del proceso.

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 25 de febrero de 1961, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 29 años y 234.86 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º20 y 86 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 1º de julio de 1995, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Protección S.A. (f.º120), el cual se hizo efectivo el 1º de agosto de 1995 según reporte de afiliaciones de folio 142.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que se trasladó de régimen porque la asesora del fondo privado le dijo que la Caja de Previsión a la que se encontraba afiliada iba a desaparecer, por lo que podía perder los recursos allí acumulados, que al cambiarse de régimen recibiría un bono pensional que podría utilizar en lo que quisiera. Confesó que firmó el formulario, pero no proporcionó los datos allí consignados. Señaló que cuando sus conocidos empezaron a manifestar que habían quedado mal pensionados en los fondos privados se acercó a la AFP y le dijeron que el capital que tenía acumulado no le permitía acceder a pensión, no obstante, la AFP completaría el dinero para poder pagarle un salario mínimo.

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.

Pues, 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 fondo público desaparecería 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 Protección 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, SL 4989-2018, SL 4360-2019 donde se 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, pues si bien se indicó que no podría hacerse ningún descuento, no se ordenó la devolución 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 pensión.

(i) Del recurso de apelación de la parte demandante

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a la AFP Protección 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, la AFP resultó forzada a través de la decisión judicial a trasladar los recursos existentes en la cuenta individual junto con los gastos de administración que descontó a la demandante mientras estuvo afiliada a este fondo. En consecuencia, se revoca en este punto la sentencia apelada y, en su lugar, se condena a la AFP a pagar las costas de primera instancia.

De conformidad con las consideraciones expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura modifica 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 primero de la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, el 15 de septiembre de 2020, en el sentido de 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.

SEGUNDO: REVOCAR el punto segundo de la sentencia apelada, para en su lugar, condenar a la demandada AFP Protección S.A. a pagar las costas de primera instancia.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia 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 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 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: LUCY ESTHER GAMBOA OROZCO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 015 2018 00633 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 26 de febrero de 2021 con decisión igual a la que se emite en el fallo de hoy 30 de abril 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 26 de febrero de 2021 se postergó hasta el 30 de abril 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 26 de febrero 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 26 de febrero de

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.

2021 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