



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 24 2019 00201 01
DEMANDANTE: JOSÉ DE JESÚS ARCE ÁRIAS
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 y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 29 de septiembre 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 14 de junio de 2012, en 14 mesadas al año, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que cumplió los 55 años el 14 de junio de 2012 y prestó servicios a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero en la oficina de Tuluá - Valle del Cauca, entre el 17 de

julio de 1978 y el 27 de junio de 1999, cuando el empleador finalizó el vínculo sin que mediara justa causa. Laboró por espacio de 20 años, 11 meses y 11 días, desempeñó como último cargo el de Oficial Comercial IV, Grado 06 y percibió como último salario la suma de \$1.079.077. Finalmente, que reclamó administrativamente el 15 de noviembre de 2018 (f.º 3 a 14).

Al dar respuesta a la demanda, la UGPP se opuso a la prosperidad de las pretensiones relacionadas con el reconocimiento de la pensión convencional. En cuanto a los hechos, aceptó la mayoría excepto que la demandada dio por terminado el contrato sin justa causa, frente al cual manifestó que no le constaba. En su defensa, propuso las excepciones de improcedencia del derecho alegado por derogatoria normativa, la prescripción, el principio de buena fe, la imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y las demás declarables de oficio (f.º 65 a 70).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 29 de septiembre de 2020 condenó a la UGPP a reconocer y pagar al demandante pensión de jubilación contenida en el artículo 41 de la convención colectiva vigente para los años 1998 – 1999 suscrita entre la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y Sintracreditario, a partir del 14 de junio de 2012, en cuantía de \$1.692.908 y en adelante por 14 mesadas al año, con los ajustes legales. Declaró probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 14 de noviembre de 2015. Condenó a la demandada a pagar las diferencias causadas a partir del 14 de noviembre de 2015 en cuantía de \$1.832.562,35. Declaró que la pensión restringida de jubilación es compartible con la pensión que reconoce Colpensiones, en consecuencia, condenó a la UGPP a pagar las diferencias correspondientes al mayor valor entre la mesada que paga Colpensiones y la otorgada en este proceso. Impuso costas a cargo de la demandada (f.º 99).

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

Inconformes las partes interpusieron recurso de apelación.

La demandante sostuvo que el pago de las diferencias pensionales entre la pensión que actualmente paga Colpensiones y la otorgada en la sentencia debe ordenarse de forma indexada.

Por su parte, la demandada argumentó que el actor 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 vigencia de dicho precepto acreditaba el tiempo de servicios, pero no la edad, por lo que apenas tenía la expectativa de acceder al derecho.

Alegó que el demandante ostenta la calidad de pensionado, por lo que está incurso en la prohibición prevista en el artículo 128 de la Constitución Nacional de recibir dos asignaciones del tesoro público. De todas maneras, como la prestación se causó con posterioridad a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, solo habría lugar a ordenar el pago de 13 mesadas al año.

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: *fi* el promotor del juicio prestó sus servicios personales a la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero a partir del 17 de julio de 1978 hasta el 27 de junio de 1999, según certificado emanado del Ministerio De Agricultura y Desarrollo Rural (f.º 17) y, *fi* nació el 14 de junio de 1957, por lo que cumplió 55 años el mismo día y mes de 2012, conforme copia de cédula de ciudadanía (f.º 16).

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 parágrafo 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, laudos arbitrales o acuerdos, que contenían condiciones pensionales más favorables que las previstas en la ley, salvo aquellas “suscritas antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 y al 29 de julio del mismo año se encontraban en curso” las

cuales *"mantendrá su eficacia por el término inicialmente pactado, aún con posterioridad al 31 de julio de 2010, hasta cuando se llegue al plazo acordado"* (CSJ SL3635-2020 y CSJ SL5116-2020). Ahora, se debe tener presente que 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, SL2297-2021 y SL2655-2021.

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 17 de julio de 1978 hasta el 27 de junio de 1999, esto es, por más de 20 años (f.º 17). Ahora al nacer el 14 de junio de 1957, alcanzó los 55 años el mismo día y mes del año 2012 (f.º 16 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 14 de junio de 2012, para esta época ya contaba con un derecho adquirido.

(i) De la liquidación de la pensión

A folio 17 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 \$1.079.077, que al aplicarle la tasa de remplazo del 75% prevista en la convención, arroja como mesada para el año 1999, la suma de \$809.307.

(ii) De la indexación de la primera mesada

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 17), 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 – 14

de junio de 2012 - 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 día 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 2012 asciende a \$1.693.057, esto es, una suma igual, por aproximación, a la determinada por el juzgado de conocimiento, que lo fue de \$1.692.908, por lo que el fallo consultado será confirmado en este punto.

INDEXACIÓN SALARIO						
Año Inicial	Año final	Salario Promedio	IPC Inicial	IPC Final	Factor de Indexación	Salario actualizado
1999	2012	1.079.077,0	36,42	76.190	2,092	\$ 2.257.410,12

Primera Mesada Pensional		
Ingreso Base Liquidación		\$2.257.410,12
Porcentaje aplicado		75%
Primera mesada		\$ 1.693.057,59
Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año	2012	\$ 566.700,00

La mesada pensional determinada, deberá ser incrementada año a año con los reajustes legales correspondientes y se pagará en 14 mesadas anuales 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 concurre 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 14 de junio de 2012 y el demandante reclamó ante la entidad el reconocimiento de la prestación el 14 de noviembre de 2018 (f.º 19 y 20), 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 marzo de 2019 (f.º 61). En consecuencia, las mesadas causadas con anterioridad al 14 de noviembre 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 corresponde 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, 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 confirmará 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

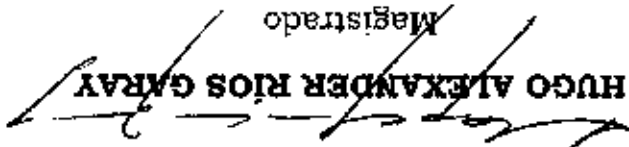
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 29 de septiembre de 2020.

SEGUNDO: Sin COSTAS en el grado de jurisdicción y en la apelación ante su no causación.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ANGELLA LUCIA 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 24 2018 00346 01.
DEMANDANTE: YEISSON OSORIO ÁLVAREZ
DEMANDADO: OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN
LIQUIDACIÓN JUDICIAL Y SERVICIOS POSTALES
NACIONALES S.A.

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

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron la parte demandante y la demandada Optimizar Servicios Temporales S.A. en Liquidación Judicial contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 14 de octubre de 2020.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la existencia de una relación laboral con Optimizar Servicios Temporales S.A. en Liquidación Judicial, desde el 6 de mayo de 2016 hasta el 30 de septiembre de 2016. En consecuencia, se condene solidariamente a las demandadas a reconocer y pagar prestaciones sociales y vacaciones causadas en vigencia del vínculo, la sanción por no consignación de cesantías a un fondo y los demás derechos en virtud de las facultades *ultra y extra petita*, más las costas del proceso. Subsidiariamente, aspira se declare que existió un contrato con la demandada Servicios Postales Nacionales en el periodo comprendido entre el 6 de mayo y el 30 de septiembre de 2016 y que Optimizar Servicios Temporales S.A. en

Liquidación Judicial fungió como simple intermediario, por tanto, es solidariamente responsable de las acreencias laborales.

En respaldo de sus pretensiones, narró que sostuvo una relación laboral con Optimizar Servicios Temporales S.A. en Liquidación Judicial desde el 6 de mayo de 2016 y hasta el 30 de septiembre de la misma anualidad. Servicios Postales Nacionales contrató a Optimizar EST, para el desarrollo de su actividad y en virtud de este vínculo se desempeñó al servicio de la primera como Operador Logístico en la parte de admisión, cumplió horario por turnos de 6:00 p.m. a 6:00 a.m., percibió como remuneración mensual \$689.545, dentro de sus funciones estaban las de cargar y descargar los camiones de correo, digitar el correo en el sistema, hacer el empaque y liquidar planilla. Adujo que recibió órdenes del personal de Servicios Postales Nacionales, desempeñó sus funciones en las instalaciones y con las herramientas de propiedad de esta demandada. Expuso que a la finalización del contrato las demandadas no le cancelaron prestaciones sociales, ni vacaciones (f.º 14 a 22 subsanación y 141 a 149 reforma).

Al dar respuesta, la demandada Optimizar E.S.T. S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, excepto a la declaración de responsabilidad solidaria y el pago de cesantías e intereses a las cesantías. En cuanto a los hechos, aceptó la existencia del contrato, sus extremos, el cargo desempeñado, la prestación de los servicios de forma personal a favor de Servicios Postales Nacionales y que a la finalización del contrato no cancelaron las prestaciones sociales y vacaciones. Manifiesto no ser ciertos o no constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de existencia de procedimiento concursal especial, preferente y prevalente en curso para el pago de las prestaciones sociales pretendidas por los demandantes, existencia de afectación de póliza para pago de prestaciones sociales objeto de la demanda y las demás declarables oficiosamente (f.º 74 a 84).

Al contestar, Servicios Postales Nacionales S.A. se opuso al éxito de las pretensiones. Respecto a los hechos aceptó que entre el accionante y el demandante existió un contrato de trabajo, en los extremos señalados en el libelo introductorio, que contrató a la empresa de servicios temporales para desarrollar su actividad. Manifestó no ser ciertos o no constarle los demás. Para enervar las pretensiones de la demanda, formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, la inexistencia de relación laboral entre las partes, inexistencia de solidaridad entre Servicios Postales Nacionales S.A. y Optimizar Servicios Temporales S.A., el cobro de lo no debido, la buena fe en el cumplimiento de sus actividades comerciales contractuales, la prescripción, la compensación y las demás declarables oficiosamente (f.º 157 a 176).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 14 de octubre de 2020 declaró que entre el demandante y Optimizar Servicios Temporales S.A. existió una relación laboral vigente entre el 6 de mayo y el 30 de septiembre de 2016, mediante la cual se desempeñó como Auxiliar Operativo Nivel I, para la empresa usuaria Servicios Postales Nacionales S.A. 4-72 con una asignación básica de mensual del \$689.455. Declaró que percibió como promedio salarial la suma de \$990.624 y condenó a Optimizar Servicios Temporales S.A. a pagar unas sumas de dinero por concepto de prestaciones sociales, vacaciones, recargos nocturnos, dominicales y festivos. Declaró no probadas las excepciones propuestas por esta demandada y probadas las formuladas por Servicios Postales Nacionales S.A. 4-72, por lo que absolvió a esta última de las pretensiones de la demanda. Condenó en costas a Optimizar EST (f.º 207).

Como sustento de su decisión, señaló que la demandada Optimizar Servicios Temporales S.A. aceptó la existencia del contrato de trabajo, sus extremos, el salario y que se encontraba pendiente de pago la liquidación final del contrato. Además, concluyó que como el vínculo finalizó en los términos del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, procedía declarar la existencia del contrato con la empresa de servicios temporales.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes la parte demandante y la demanda Optimizar Servicios Temporales S.A. interpusieron recurso de apelación.

La parte **accionante** argumentó que en el proceso se demostró que el actor prestó sus servicios para 4-72, hizo uso de su infraestructura, logística y recibió órdenes de personal de esta empresa, no obstante, como beneficiario de la obra no le fue impuesta condena alguna. De otro lado, sostuvo que, si bien Optimizar EST suscribió una póliza para garantizar las acreencias laborales, lo cierto es, que a la fecha el actor no ha recibido pago alguno. En consecuencia, no se puede predicar un actuar de buena fe de la demandada, la que además de haber constituido la póliza debió ocuparse de verificar que los pagos en virtud de la misma se efectuaran.

La demandada **Optimizar Servicios Temporales S.A.** suplico revocatoria de la sentencia en cuanto ordenó pagar prestaciones sociales, porque si bien no se vinculó al proceso a la Aseguradora Confianza como llamada en garantía, ello obedeció a que previamente se surtió un trámite administrativo ante el Ministerio de Trabajo. Preciso que aportó Resoluciones n.º 3863 y 922, con las cuales se determina que el siniestro fue declarado y que el accionante es beneficiario calidad que ya le fue comunicada mediante correo electrónico, por ello, la condena aquí impuesta constituye en un doble pago. Finalmente, que Optimizar envió un correo en el mes de marzo, sin indicar el año en el cual solicita a la

aseguradora, que coincide con la situación de pandemia para que acreditara el pago por lo que la situación se entiende saneada.

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

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, la Sala limitará su estudio a los argumentos que fueron materia de apelación, por tanto, verificará: *i)* si Servicios Postales Nacionales S.A. debe ser condenada al pago de las acreencias laborales por haber prestado el demandante sus servicios a esta empresa con uso de su infraestructura, logística y subordinación; *ii)* la procedencia de la sanción moratoria y *iii)* si Optimizar Servicios Temporales S.A. debe ser absuelta del pago de las prestaciones sociales, las vacaciones, los recargos nocturnos, dominicales y festivos, dado la suscripción de la póliza de seguro destinada a cubrir estos rubros.

1. Apelación del demandante

1.1 Del contrato con Servicios Postales Nacionales S.A.

En el presente caso, se encuentra probado que el actor estuvo vinculado mediante contrato con Optimizar Servicios Temporales EST S.A. a partir de 6 de mayo al 30 de septiembre de 2016, en el cual se desempeñó como Auxiliar Operativo Nivel I en la empresa usuaria Servicios Postales Nacionales S.A. y recibió como remuneración en promedio la suma de \$990.624, pues así lo declaró el Juzgado conforme a las pretensiones principales de la demanda y las partes no presentaron oposición a esta conclusión.

Ahora, al haberse despachado favorablemente las pretensiones principales de la demanda relacionadas con la declaración de existencia del contrato de trabajo con la empresa de servicios temporales el Juzgado y ahora el Tribunal no están llamados a analizar las pretensiones subsidiarias, por resultar excluyentes.

Con todo, el *a quo* determinó que en el presente asunto no se vulneraron los preceptos legales que regulan la contratación a través de empresas de servicios temporales, pues el vínculo existió en un periodo inferior a 6 meses, fue suscrito para la ejecución de una obra que terminó por solicitud de la empresa usuaria, sin que tales conclusiones hayan merecido reparo alguno en la apelación, por lo que no hay lugar a modificar la sentencia de primera instancia.

1.2 De la sanción moratoria.

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.* (negrilla y subrayas fuera del texto original)

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 asunto bajo examen con los elementos de prueba practicados, se encuentra demostrado que mediante Auto n.º 400-002370 del 15 de febrero de 2016, inscrito el 29 de febrero de la misma anualidad, la Superintendencia de Sociedades admitió el proceso de reorganización a la demandada (f.º 41 a 53), esto es, con anterioridad al 6 de mayo de 2016, calenda en que inició el contrato de trabajo. Además, mediante Acta n.º 400-002550 del 17 de noviembre de 2016, inscrita el 22 de noviembre del mismo año, la referida Entidad resolvió decretar la apertura del trámite de liquidación judicial de Optimizar Servicios Temporales S.A.

En ese horizonte, es evidente que en vigencia del contrato la empresa tenía limitada la capacidad de disposición de sus recursos y una situación financiera compleja que conllevó finalmente al adelantamiento de la liquidación judicial, por lo que no denota la Colegiatura un actuar revestido de mala fe, de allí, que no sea procedente la sanción moratoria como como acertadamente lo concluyó la Jueza de primera instancia. En tal virtud, la sentencia no será revocada en este punto.

2. Del recurso de apelación de la parte demandada

Argumenta la demandada que debe ser absuelta de pagar las prestaciones sociales, las vacaciones, los recargos nocturnos, dominicales y festivos, al existir póliza de seguros destinada a cubrir estos rubros.

Al respecto, basta a la Colegiatura con señalar que, en el curso del proceso ante el Juzgado ni en esta instancia, la demandada ha allegado elemento de convicción alguno con el cual se verifique que la Compañía Aseguradora de Fianzas Confianza, quien no fue parte en este proceso, ha cancelado a la fecha las acreencias laborales del actor. En consecuencia, no es posible relevar a la demandada de las obligaciones a su cargo.

De conformidad con las anteriores consideraciones, la Sala
confirmar la sentencia de primera instancia.

No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

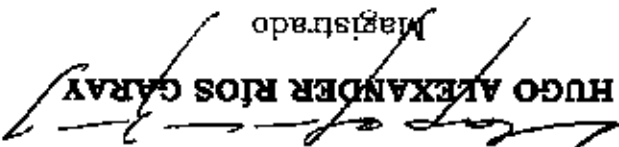
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado
Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 14 de octubre de
2020.

SEGUNDO: No se causan costas en la apelación.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ANGÉLICA 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 021 2019 00651 01
DEMANDANTE: NUBIA ELIZABETH BENAVIDES VARGAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

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

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Protección S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 10 de febrero de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

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

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

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

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

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

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Protección S.A y válidamente vinculada a prima media. En consecuencia, condenar a la AFP a liberarla de su base de datos a devolver a Colpensiones todos los valores de la cuenta individual incluidos cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses y rendimientos. A Colpensiones a recibirla como afiliada cotizante. Asimismo, se disponga a las demandadas 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 nació el 8 de octubre de 1964 y se afilió al Instituto de Seguros Sociales desde el 1º de marzo de 1983 hasta mayo de 1997, época en la que se trasladó al régimen de ahorro individual con la AFP Protección S.A. Adujo que el promotor del fondo le indicó que el ISS se liquidaría y sus aportes estaban en riesgo, mientras que en la podía pensionarse anticipadamente y con un monto superior, pero no le informó sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen, tampoco sobre las consecuencias que implicaría el cambio. Señaló que cuenta con 1.406 semanas cotizadas y un capital acumulado de \$94.540.607. La AFP le realizó proyección según la cual en el RAIS su mesada pensional sería de \$828.116, entre tanto, en Colpensiones ascendería a \$2.220.091, también le informó que no cuenta con copia del formulario de vinculación. Finalmente, que solicitó a las administradoras anular el traslado, pero fue negado (f.º 2 a 27).

Al dar respuesta **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió el natalicio de la accionante, el resultado de la proyección pensional, también la petición y su respuesta. Manifestó no constarle los demás. En defensa de sus intereses, 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 96 a 113 reverso).

Por su parte, la **AFP Protección S.A.**, también se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento y la de traslado de régimen, que en sus archivos no reposa el formulario de vinculación, las semanas cotizadas, el capital acumulado, la proyección pensional, al igual que la reclamación administrativa y su respuesta. Manifiesto no constarle o no ser ciertos los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, la buena fe, la prescripción, el aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, el reconocimiento de restitución en favor de la AFP; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de la administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, la inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declare la nulidad y/o ineficacia por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y las demás declarables oficiosamente (f.º 1 a 21, CD f.º 136 expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 10 de febrero de 2021, declaró ineficaz el traslado al régimen de ahorro individual efectuado por la demandante el 1º de abril de 1997, efectiva a partir del 1º de junio de 1997 a través de la AFP Protección S.A. En consecuencia, declaró válida la afiliación al régimen de prima media con prestación definida. Condenó a la AFP Protección S.A. a transferir a Colpensiones la totalidad de los aportes, cotizaciones y bonos pensionales incluyendo sus rendimientos y los dineros destinados a la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración que deberá asumir con cargo a su patrimonio para lo cual concedió el término de un mes. A Colpensiones a activar la afiliación y actualizar la historia laboral. Declaró

no probadas las excepciones propuestas y e impuso condena en costas a cargo de la AFP (f. º Expediente Digital).

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

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Colpensiones y AFP Protección S.A. Interpusieron recurso de apelación.

La **AFP Protección S.A.** suplicó revocar la sentencia en cuanto ordenó devolver gastos de administración, pues las sumas fueron descontadas por mandato legal, cubrieron la gestión de la AFP y también cubrieron las primas de seguros previsionales. Aseguró que no es coherente ordenar a la AFP retornar los referidos gastos con cargo a su patrimonio, pero nada se ordena respecto de los rendimientos que generó el fondo privado, sumas que deben ser compensadas, además porque Colpensiones no hubiera generado dividendos.

Colpensiones por su parte aduce que la sentencia debe ser revocada porque la afiliación se dio de forma libre y voluntaria como manifestación del deseo de la accionante. Precisó que la carga de demostrar las circunstancias en que se dio el traslado está en cabeza de la parte

demandante. Adujo que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado por estar a menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión. Además, que se genera una afectación en la sostenibilidad financiera de Colpensiones.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

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

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

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

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

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para

entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, accesos, 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 portadores 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 AFR 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 8 de octubre de 1964, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 29 años y cotizó 448,11 semanas a Colpensiones (f.º 52 114 CD expediente administrativo). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y la densidad de cotizaciones.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 1º de abril de 1997, así se colige conforme al reporte emitido por Asofondos, que además permite verificar que la actora estuvo afiliada a Colmena del 1º de junio de 1997 al 31 de marzo del 2000, a ING del 1º de abril del 2000 al 30 de diciembre del 2012; a partir del 31 de diciembre del 2012 en adelante a Protección S.A. (f.º 67 CD f.º 114 expediente digital).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que un asesor del fondo de pensiones visitó su lugar de trabajo y en una reunión le manifestó que le convenía trasladarse de régimen porque podría retirar todo el capital que ahorrara más el bono pensional, en el momento en que lo deseara. Admitió que esto le llamó la atención porque nunca tuvo la intención de acceder a la pensión, pese a ello, cuando se acercó a la AFP le dijeron que no podían devolverle el saldo, porque contaba con el número de semanas para acceder a la prestación de vejez. Refirió que aunque el promotor le informó que podría pensionarse de manera anticipada no le realizó proyección alguna en la que se le explicara como sucedería, también que firmó el formulario de vinculación voluntariamente.

Conforme a las pruebas allegadas al plenario, 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 a la demandante al momento de la afiliación 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 con el convencimiento que podría pensionarse anticipadamente u optar por retirar el capital acumulado en el momento que quisiera, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional en armonía con las condiciones particulares ostentadas por la actora al momento del traslado. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020). Conviene precisar que en el asunto puesto en consideración de la Sala la AFP admitió que ni siquiera cuenta con el formulario de afiliación.

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, bonos pensionales 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 rememora 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 confirmará 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 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 Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 10 de febrero de 2021, 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

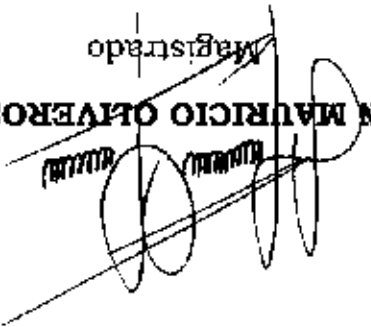
y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

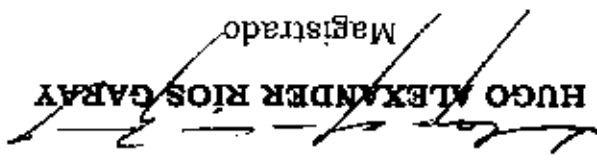
SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

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

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

Angela Lucía Murillo Varón

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: NUBIA ELIZABETH BENAVIDES VARGAS

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 021 2019 00651 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia para declarar 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 parágrafo anterior, se presentó a la sala por este despacho la ponencia el 29 de abril de 2021 con decisión igual a la que se emite en el fallo de hoy 31 de agosto 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, cumple 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; el fundamento jurisprudencial 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 que 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 29 de abril de 2021 se postergó hasta el 31 de agosto 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 29 de abril 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 29 de abril de 2021 sustentada en las sentencias de tutela que han dejado sin efectos sentencias

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.

del Tribunal por apartarse del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Cesación Laboral sobre la ineficacia del traslado.

Angela Lucia Murillo Varón
ANGELA LUCIA MURILLO VARON
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 2016 00687 01.
DEMANDANTE: NYDIA ISABEL TORRES BECERRA
DEMANDADO: BANCO CAJA SOCIAL S.A. B.C.S.C.

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

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 4 de agosto de 2020.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la existencia de un contrato laboral desde el 1° de julio de 2008 hasta el 18 de diciembre de 2013, en el cual pactaron comisiones equivalentes a un valor por millón desembolsado, cuyo techo era la suma de \$8.000.000 mensuales y que a la finalización del vínculo quedó pendiente su pago. En consecuencia, se condene a la demandada a cancelar las comisiones pendientes que se generaron por concepto de créditos hipotecarios aprobados por valor de \$509.877.107, desembolsados con posterioridad a su retiro. A reliquidar la liquidación final del contrato, a pagar la sanción moratoria, los intereses moratorios y la indexación. Asimismo, disponer los demás derechos en virtud de las facultades *ultra y extra petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 1º de julio de 2008 se vinculó a la demandada mediante contrato a término indefinido, para desempeñarse como Gerente de Canal de Ventas Externo y tenía a su cargo los canales de consumo e hipotecario, como remuneración se pactó un salario integral conformado por factor fijo y factor variable por concepto de comisiones por aprobación de créditos de consumo, desembolso de créditos hipotecarios y aprobación de tarjetas de crédito. Refirió que recibió como último salario promedio \$16.585.066,20 equivalente a un salario fijo integral de \$10.488.550 y un variable por concepto de comisiones de \$6.096.516,20, con el cual le fue cancelada la liquidación definitiva.

A partir del 1º de septiembre de 2009 se desempeñó como Gerente de Canal de Ventas Externas - Hipotecario dependía de la Vicepresidencia de Negocio Empresarial y Construcción, a partir de este momento las comisiones se causaban por aprobación de créditos hipotecarios y desembolso de los créditos aprobados

Señaló que el 18 de diciembre de 2013, le fue comunicada la terminación unilateral del contrato sin justa causa, cancelándole la indemnización correspondiente. Las comisiones debieron serle liquidadas de forma independiente por aprobación de créditos a partir del 70% de cumplimiento y en forma lineal, desembolsos a partir del 70% del cumplimiento con un techo de \$8.000.000 mensual. Adujo que gestionó créditos hipotecarios en vivienda nueva que fueron desembolsados con posterioridad a la terminación del contrato.

Expuso que para pagar los créditos hipotecarios el banco exigía el acta de entrega del inmueble dado en garantía por lo que el desembolso podía tardar dos años o más años según el tiempo de construcción del proyecto. En el año 2013 los créditos hipotecarios ascendieron a \$902.044.052, fueron desembolsados \$392.166.945 y quedó un saldo pendiente de \$509.877.107. En la liquidación final le fueron canceladas vacaciones causadas y no pagadas, además como las comisiones se

pagaban mes vencido, el banco realizó un ajuste a la liquidación definitiva por \$8.000.000 correspondiente a las causadas en diciembre de 2013.

Desde el 31 de enero de 2014 hasta noviembre de 2016, no recibió pago alguno, por lo que mediante derecho de petición el 4 de noviembre de 2016, solicitó a su empleador información sobre las comisiones causadas con ocasión del desembolso de créditos hipotecarios, la cual fue contestada con la indicación de existencia de reserva sobre datos y clientes, que ya había reliquidado el 31 de enero de 2014. Expuso el sufrimiento de una degradación en el nivel gerencial de la organización, pues inició con subordinación al Vicepresidente Comercial y terminó con subordinación a un Gerente quien si dependía del Vicepresidente. Sostuvo que convocó al Ministerio de Trabajo a la demandada, la que manifestó ausencia total de ánimo conciliatorio (f.º 32 a 38 y 255 a 269).

Al contestar el Banco Caja Social se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó los relacionados con la existencia del contrato, su modalidad, extremos, el salario pactado, la forma de liquidar las comisiones, los conceptos que las generaban, los cargos que desempeñó y los canales a su cargo. También que en el año 2013 cumplió las metas señaladas por el Banco en un 100%, que el contrato finalizó sin justa causa, le fue cancelada la indemnización correspondiente y canceladas en dinero las vacaciones causadas y no disfrutadas, equivalentes a 37 días de salario. Además, que canceló las comisiones causadas en el año 2013, le contestó de forma negativa el derecho de petición y que manifestó no tener ánimo conciliatorio ante el Ministerio de Trabajo.

En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, carencia de título y derecho reclamado, la prescripción, el pago, el cobro de lo no debido, la buena fe, falta de título y causa y las declarables de oficio (f.º 255 a 269 y 304 a 328)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 4 de agosto de 2020, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido a partir de 1º de julio de 2008 al 18 de diciembre de 2013. Condenó a la demandada a pagar \$152.062.682,38 por concepto de comisiones por desembolsos causadas con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo debidamente indexada a partir del 1º de abril de 2016 hasta cuando se verifique el pago. A pagar \$6.117.033 por concepto de reliquidación de la compensación de vacaciones. Declaró probada la excepción de buena fe, parcialmente probada la de pago y no probadas las restantes. Impuso condena en costas a la demandada (f.º 684).

Como sustento de su decisión, determinó que la demandante demostró haber prestado sus servicios personales y gestionado la concesión de créditos, además que las partes no acordaron ninguna limitación al pago de comisiones con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo, como sí sucedió con otros trabajadores del banco, tampoco que con posterioridad al año 2013 el régimen de pago de comisiones se hubiera modificado. Consideró que la demandada no actuó de mala fe, pues su conducta no se evidencia maliciosa ya que tenía el convencimiento que no debía pagar comisiones y de todas maneras a la terminación del contrato concurrió con el pago de salarios y prestaciones.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las partes interpusieron recurso de apelación.

La parte demandante argumentó que las comisiones se generaron de manera escalonada, por ello, la indexación debe ser ordenada desde que cada una se hizo exigible y no a partir del 1º de abril de 2016. También que las vacaciones deben ser liquidadas con el promedio salarial del último año de servicios y no tienen incidencia alguna las comisiones que se causaron con posterioridad a la terminación del contrato, por tanto, la

indexación de este rubro debe ser ordenada a partir de la fecha de terminación del contrato.

Sostuvo que debe imponerse condena por concepto de sanción moratoria al obrar de mala fe la demandada conforme se infiere de los testimonios y el representante legal, ya que a otros trabajadores si les fueron canceladas comisiones con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo, el banco conocía la deuda, su obligación de pagar las comisiones y su incumplimiento se dio por rebeldía sin causa atendible.

Por su parte, la **demandada** suplicó la revocatoria de la sentencia en los puntos desfavorables, por cuanto el derecho laboral si bien es un estatuto autónomo y una rama independiente en el ordenamiento jurídico, no tiene unas reglas propias entorno a las obligaciones, de tal manera que deben aplicarse las del derecho civil siempre que no contradigan los principios que inspiran el derecho del trabajo. En consecuencia, debe entenderse que el contrato bilateral es ley para las partes, pero mientras tenga vigencia, por ende, cuando finaliza por una causa se pone fin al nacimiento o exigibilidad de nuevas obligaciones, surgidas con posterioridad a la fecha de terminación, por ello, no es acertado como concluyó el Juzgado imponer el pago de comisiones porque las partes no pactaron su no cancelación. Expuso que se ordena cancelar comisiones aun después de 3 años después de finiquitado el contrato de trabajo, lo que escapa a cualquier parámetro racional y genera inseguridad jurídica.

Sostuvo que con el dicho de los testigos quedó probado que solamente hasta tres meses después de terminado el contrato de trabajo el banco pagaba comisiones, por ello, no se causó ninguna comisión en favor de la accionante en los años 2014, 2015 y 2016. Finalmente, sostuvo que, al no configurarse el derecho al pago de comisiones, tampoco hay lugar a la reliquidación de vacaciones, la indexación y costas del proceso.

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

IV. CONSIDERACIONES

Conforme a los recursos de apelación formulados, corresponde a la Sala determinar: **1.** si la demandante tiene derecho al pago de comisiones por desembolsos de créditos realizados con posterioridad a la terminación del vínculo laboral. **2.** Si el actuar de la demandada es de mala fe que haga procedente la sanción moratoria del artículo 65 del CST. **3.** La exigibilidad de la indexación y **4.** El fenómeno prescriptivo.

En esta instancia no es materia de discusión: *ii*) entre las partes existió un contrato a término indefinido a partir del 1º de julio de 2008 al 18 de diciembre de 2013; *iii*) la demandante percibió una remuneración mixta, compuesta por un salario integral fijo y un factor variable por concepto de omisiones; *iiii*) con posterioridad a la terminación de vínculo se realizaron desembolsos de créditos hipotecarios gestionados por la actora en vigencia del contrato de trabajo y *iv*) el empleador negó el pago de comisiones por considerar que no existía acuerdo que le obligara a realizarlo.

1. De las Comisiones

La H. Corte Suprema de Justicia de vieja data ha señalado que, por regla general, las comisiones por ventas se generan por la efectiva prestación personal del servicio del trabajador en la gestión y materialización del respectivo negocio jurídico, con independencia que el pago o recaudo se materialice después que el vínculo laboral termine. Paralelamente, ha puntualizado que “Muy distinto es el caso de las ventas que, realizadas en vigencia del contrato, su pago sólo lo obtiene el patrono después de que éste ha terminado porque en ese caso, como claramente lo tiene definido la Sala, el trabajador ya ha prestado su servicio personal al empleador razón por la cual, el trabajador debe recibir” (CSJ SL, 16 jun. 1989, rad. 2963 y CSJ SL, 16 jun. 1989, rad. 2437, reiteradas en CSJ SL, 14 ag. 2012, rad. 37192, SL1005-2021).

Para demostrar el derecho al pago de comisiones la demandante aportó copia del contrato de trabajo celebrado el 1º de julio de 2008, según el cual las partes acordaron el pago de un salario fijo integral de \$8.207.650 y un salario integral variable por concepto de comisiones según las modalidades cuotas, valores y forma de percepción que mensual, bimestral, trimestral, semestral o anualmente señalara el banco *“mediante comunicaciones, cartas o circulares”*. Asimismo, establecieron que las comisiones se causarían con los porcentajes convenidos, se liquidarían sobre los valores indicados en los planes comerciales, se pagarían únicamente por productos cuya venta se hubiere autorizado en zonas y clientes asignados y finalmente pactaron que el empleador *“podrá revisar y modificar en cualquier tiempo el porcentaje y/o las modalidades para la liquidación y pago de las comisiones convenidas, cuando quiera que la situación del mercado y/o las necesidades comerciales y/o financieras del EMPLEADOR, así lo exijan”* (f.º 13 a 16).

Se aportó el *“ESQUEMA DE REMUNERACIÓN CVEH 2013 – GERENTE HIPOTECARIO”* en el que se indica que *“las comisiones se liquidarán de forma independiente por cada proceso así: aprobación de cupos a partir del 70% de cumplimiento y en forma lineal. Desembolsos a partir del 70% de cumplimiento. Con un techo de \$8.000.000 (f.º 47) y “ESQUEMA DE REMUNERACIÓN GERENTE CANAL DE VENTA EXTERNA HIPOTECARIO”* en el que se señala que el pago de la variable estará dado por el cumplimiento del 100% de las metas *“a partir de septiembre de 2009 debido a la separación de los Canales externos Consumo e Hipotecario el variable total se liquidará el 30% por aprobación de Cupos + Directos y el 70% por desembolsos (f.º 48).* Conviene señalar que en ninguno de estos documentos se indica que el pago de comisiones para el cargo desempeñado por la demandante tendrá un límite temporal con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo, aspecto que sí se encuentra claramente señalado para los cargos de Director Comercial y Asesor Comercial según se puede leer a folios 299 y 300, que indican:

“En caso de terminación del contrato de trabajo por cualquier causa, sólo se reconocerán las comisiones que se causen dentro de los treinta días posteriores a su retiro de acuerdo con las etapas de los productos radicados

durante la vigencia de su contrato. En este caso dichas comisiones se reconocen y paganán máximo 3 meses después de su retiro junto con la liquidación de prestaciones sociales"

A solicitud de la accionada fueron practicados los testimonios de Andrés Francisco Castaño Muñoz - jefe de la accionante en el último año - Diana Esperanza Rojas Contreras, en su calidad de Gerente de la Unidad de Servicios de Talento Humano y Nubia Astrid Cortés, Coordinadora de nómina de la Fundación Grupo Social y sus empresas. Estas personas fueron contestes al manifestar que la cláusula de limitación temporal del pago de comisiones no fue incluida en el contrato de la demandante, lo que coincide con lo confesado por el representante legal de la demandada señor Álvaro Diego Román Bustamante, quien expuso que la actora era la llamada a ordenar para sí misma el límite temporal en el que se pagaban comisiones después de terminado el contrato, pero no lo hizo y se limitó a implementar el asunto sólo a sus subordinados. Sobre el particular, tanto el representante legal como la testigo Rojas Contreras coincidieron en señalar que incluso fue la demandante quien propuso y promovió la suscripción de los otros si para modificar los contratos de sus colaboradores.

Ahora, analizados en conjunto los medios probatorios se considera que no es posible como se pretende en el recurso declarar que las obligaciones relacionadas con el pago de comisiones desaparecen cuando el contrato laboral termina, pues de lo que se trata aquí es de compensar el trabajo de la promotora que permitió a la empleadora concretar en su beneficio negocios jurídicos y así fue pactado.

Bajo este panorama, al haber aceptado la demandada que Nidia Isabel Torres cumplió con el 100% de las metas previstas en el año 2013, el a quo encontró probado que gracias a su gestión se concretaron negocios jurídicos consistentes en créditos hipotecarios desembolsados con posterioridad a la terminación del vínculo laboral, tal como puede verificarse en CD de folio 672, en el cual aparecen relacionados todos los créditos gestionados por la trabajadora en el año en que finiquitó el contrato las fechas en que fueron desembolsados. Por tal motivo, en

aplicación el precedente jurisprudencial fijado por la H. Corte Suprema de Justicia, es claro que tiene derecho al reconocimiento y pago de comisiones generadas con ocasión de la prestación personal de su servicio que exige la remuneración debida. Lo contrario, conllevaría a desconocer los derechos que en ejecución del contrato se causaron en favor de la trabajadora.

En línea con lo expuesto y dado que el argumento planteado por la demandada para solicitar la revocatoria de las demás condenas fue el no pago de las comisiones con posterioridad a la finalización del contrato laboral, lo cual no salió avante, la Sala se releva de su estudio, pues no se adujeron motivos adicionales.

Así las cosas, como quiera que tampoco se discutió la liquidación de comisiones fijada por el Juzgado, la Sala confirma la sentencia de primera instancia en este punto.

2. De la sanción moratoria

Conforme a la jurisprudencia sentada por la H. Corte Suprema de Justicia, acota la Sala que la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, 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; CSJ SL912-2018 y CSJSL1005-2021).

Estima la Sala que en el caso particular no es procedente imponer condena por este concepto, toda vez que a la finalización del contrato de trabajo la demandada canceló los salarios y prestaciones adeudados, además las comisiones que ahora se reconocen, se hicieron exigibles a partir de enero de 2014, cuando se realizó el desembolso de los créditos hipotecarios que las generaron.

Nótese que para el 18 de diciembre de 2013 – data de finalización del contrato de trabajo - el Banco no conocía cuáles, ni cuantos de los créditos hipotecarios gestionados por la accionante y su equipo de trabajo serían efectivamente desembolsados, tampoco el monto de cada uno de ellos, por lo que la obligación de pagar comisiones sólo se verificó cuando paulatinamente cada crédito fue pagado al consumidor financiero de conformidad con el esquema de remuneración (l.º 47 y 48).

Bajo este prisma, no se avizora actuar de mala fe de parte de la demandada por lo que no hay lugar a imponer condena por concepto de sanción moratoria.

3. De la indexación

Como quiera que la promotora del juicio no está llamada a sufrir las consecuencias negativas de la depreciación del dinero por el paso del tiempo, la reliquidación de la compensación de vacaciones deberá indexarse desde la fecha en que el contrato terminó – fecha de exigibilidad - esto es, 13 de diciembre de 2013 hasta que se verifique el pago de la obligación.

De otro lado, las comisiones se indexarán desde que cada una se hizo exigible conforme a la liquidación que el juzgado realizó y que explica de manera clara el valor de cada una y el periodo en el que se causó (l.º 682). En consecuencia, la sentencia de primera instancia será modificada en este punto.

4. De la prescripción

Finalmente, en lo tocante a la prescripción se advierte que la misma no operó dado que la finalización del vínculo lo fue el 18 de diciembre de 2013 y el derecho al pago de comisiones se generó mes a mes con posterioridad a esta calenda, según se puede leer de la liquidación de folio 682 elaborada en primera instancia.

Se advierte que la primera comisión se hizo exigible el 31 de enero de 2014 según fue determinado por el *a quo* y no discutido en esta instancia, además la accionante reclamó ante el banco su pago y las subsiguientes el 8 de noviembre de 2016 (f.º 52 y 53) e interpuso la presente demanda el 9 de diciembre de 2016 (f.º 29), esto es, dentro del término trienal previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo de Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

De conformidad con las anteriores consideraciones, la Sala modifica la sentencia apelada, en la forma expuesta en precedencia.

No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 4 de agosto de 2020, en el sentido de indicar que las comisiones deberán indexarse desde que cada una se hizo exigible conforme a la liquidación elaborada en primera instancia y hasta que se verifique el pago de la obligación.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia en el sentido de indicar que la condena por concepto de vacaciones deberá ser indexada desde el 18 de diciembre de 2013, cuando se hicieron exigibles hasta que se cumpla la obligación.

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

CUARTO: Sin COSTAS en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

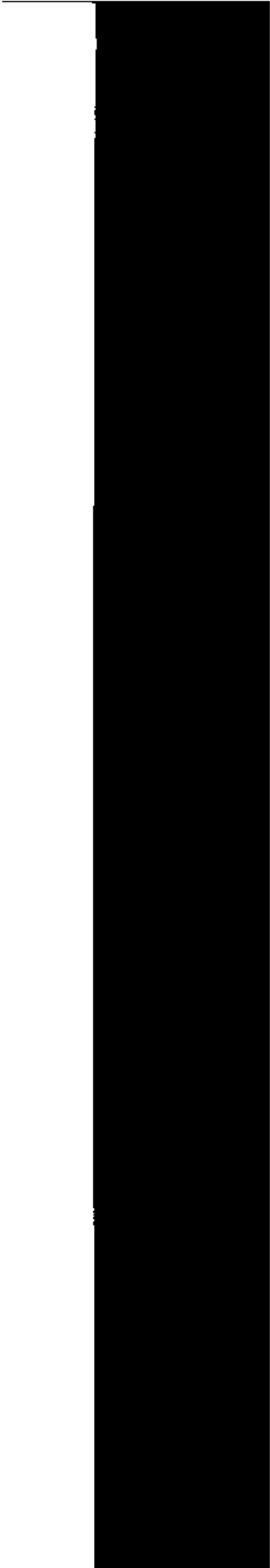
REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 018 2019 00199 01
DEMANDANTE: MARTHA PATRICIA HERNÁNDEZ BERMUDEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y
CESANTÍAS Y OLD MUTUAL PENSIONES Y
CESANTÍAS S.A.

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

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Colfondos S.A., Old Mutual y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C. el 7 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 que el proyecto inicial carecía de una armonía y concordancia entre la conclusión derivada de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Ello como quiera que, si bien se confirmaba la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la actora, la única explicación de procedencia de tal tesis se cimentó en que la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral y Penal por vía de tutela han dejado sin efectos algunas decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente jurisprudencial sentado sobre la materia, pese a que toda la



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

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

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

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

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual realizado el 29 de septiembre de 1995 a través de la AFP Colfondos S.A., y permaneció afiliada al régimen de prima media. En consecuencia, se condene a la AFP Old Mutual a trasladar a Colpensiones todos los aportes, rendimientos y bonos pensionales de cuenta individual. A Colpensiones a recibir los recursos. Asimismo, a las demandadas 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 nació el 16 de mayo de 1964, se afilió al Instituto de Seguros Sociales desde el 23 de junio de 1986 hasta septiembre de 1995 y cotizó 474.71 semanas. El 29 de septiembre de 1995 se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos S.A. Adujo que la promotora comercial, no le suministró información clara, cierta, suficiente y oportuna frente a las características, ventajas y desventajas del RAIS, tampoco le realizó una proyección pensional. Manifestó que actualmente está afiliada a la AFP Old Mutual la que le efectuó simulación pensional, según la cual en ahorro individual la mesada sería de \$2.493.518, entre tanto, en Colpensiones ascendería a \$8.401.000. Finalmente, que reclamó a las administradoras la anulación de la afiliación pero fue negada (f.º 4 a 36).

Al responder **Colpensiones** se opuso a las pretensiones en su contra. En cuanto a los hechos, aceptó el natalicio de la accionante, el número de semanas cotizadas en prima media, la reclamación administrativa y su contestación. Manifestó no constarle los demás. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, la inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, la prescripción, la buena fe y las demás declaraciones oficiosamente (f.º 98 a 104).

Al contestar la **AFP Old Mutual**, también se opuso al éxito de las pretensiones. En relación con los hechos, aceptó la data de nacimiento de

la actora, la afiliación al ISS, las semanas cotizadas y la afiliación actual a la AFP. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En respaldo de sus intereses propuso las excepciones de prescripción, el cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la buena fe, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el actor y las demás declarables oficiosamente (f. º 121 a 130).

Por su parte, la **AFP Colfondos S.A.**, se allanó a las pretensiones de la demanda. (f. º 150).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 7 de septiembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado de la demandante a la AFP Colfondos S.A. realizado el 29 de septiembre de 1995. Por consiguiente, declaró que para todos los efectos legales nunca se cambió al RAIS, por lo que siempre permaneció en prima media. Condenó a las AFP Old Mutual a trasladar todos los dineros ahorrados por la demandante en la cuenta individual, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración. Ordenó a Colpensiones a recibir el traslado de dineros de la AFP. Declaró no probada la excepción de prescripción. Impuso condena en costas a la AFP Old Mutual (f. º 154 y 155).

Como sustento de su decisión, señaló que las AFP desde su creación tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria mediante la entrega de información suficiente y transparente que le permitiera al afiliado elegir entre las opciones del mercado aquella que se ajustara a sus intereses, lo cual no fue demostrado en juicio.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas AFP Old Mutual y Colpensiones interpusieron recurso de apelación.

Colpensiones implore revocar la sentencia de primera instancia dado que desconoce lo previsto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, que prohíbe el traslado para quienes se encuentren a menos de 10 años de acceder a la edad de pensión, pues decidir contra esta norma contribuye a la descapitalización del régimen de prima media. Sostuvo que la actora se trasladó de manera libre y voluntaria al RALIS, régimen en el que permaneció y además realizó cambios entre fondos privados.

La **AFP Old Mutual** suplico revocar la sentencia en cuanto ordenó trasladar gastos de administración, como quiera que los mismos ya fueron descontados que sirvieron para cubrir de un lado la gestión de la AFP y los seguros previsionales de invalidez y muerte. Sostuvo que tampoco procede la devolución de rendimientos pues al retrotraerse las cosas a su estado anterior el régimen de prima media no los hubiera reconocido y en consecuencia se genera un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones. Sostuvo que no es justo condenar únicamente esta AFP a pagar los gastos de administración y costas del proceso, pues no fue la administradora a la cual se afiló inicialmente la accionante, por tanto, no gestionó el traslado de régimen.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de

régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

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

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

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *"los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de*

la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado."

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte

Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico

a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional,

por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado

31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad

social, no se restringe "a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los

parámetros de libertad informada" la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica,

pues el asunto requiere conlugar 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

descriptas, 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 aliado 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 mayo 1964, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 29 años y 151.96 semanas a Colpensiones (f.º 37, 39 y 97 CD expediente administrativo). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y la densidad de cotizaciones.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 29 de septiembre de 1995, así se colige del formulario de afiliación a la AFP Colfondos S.A. (f. º38) Asimismo, con el formulario de vinculación de folio 131, se verifica que con posterioridad se trasladó a la AFP Old Mutual.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que el área de Recursos Humanos del Banco en el que laboraba para la época, la llamó, le informó que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y le hizo entrega del formulario de vinculación. Señaló que no se acercó al fondo de pensiones, pues estaba convenida que se pensionaría a los 57 años de edad y sólo en el momento en que sus amigas empezaron a reclamar la prestación, fue que se enteró de la diferencia en la mesada pensional.

Conforme a las pruebas allegadas al plenario, encuentra la Sala que la AFP Colfondos S.A., incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación 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 con el convencimiento que el fondo público se iba a liquidar, no es propio de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional en armonía con las condiciones particulares ostentadas por la actora al momento del traslado. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

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

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

Por tanto, la AFP Old Mutual S.A. a la cual se encuentra afiliada actualmente la accionante deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, bonos pensionales 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 adicionará 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 dichos fondos, pues la declaración de ineficacia, obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”*(SL 4360-2019). Por tanto, la sentencia analizada también 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).

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.

Finalmente, estima la Sala que no hay lugar a absolver a la AFP Colfondos S.A. de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, aunque la administradora se allanó a las pretensiones tal acto jurídico al tenor de lo dispuesto en el artículo 99 del Código General del Proceso resulta ineficaz, pues existe un *litis consorcio* necesario integrado por varias personas jurídicas quienes no exteriorizaron su voluntad de allanarse. En todo caso, además de declararse la ineficacia del traslado, esta Corporación le dispuso a la AFP devolver los gastos de administración que descontó a la demandante mientras estuvo afiliada a este fondo.

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 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 el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 7 de septiembre de 2020, el sentido de indicar que la AFP Old Mutual S.A., además, deberá trasladar a Colpensiones las sumas de dinero que

hubiesen descontado por conceptos de gastos de administración debidamente indexadas.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia para 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.

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

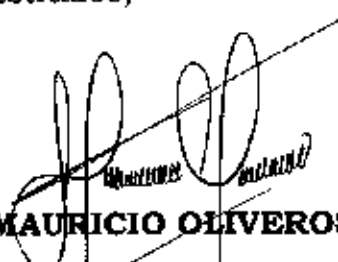
CUARTO: ADICIONAR el numeral quinto de la sentencia apelada en el sentido de condenar a la demandada Colfondos Pensiones y Cesantías S.A. a pagar las costas del proceso.

QUINTO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

SEXTO: 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

Angela Lucia Muriillo Varón
ANGELA LUCIA MURIILLO VARÓN
Magistrada *Colaboradora de la Sala IV*
18.07.19.01

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARTHA PATRICIA HERNANDEZ BERMUDEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS
RADICADO: 11001 31 05 018 2019 00199 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia para declarar 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, SL1964 2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado.

Teniendo en cuenta ese precedente jurisprudencial contenido en las sentencias de tutela y que hace relación, entre otras, a las sentencias del párrafo anterior, se presentó a la sala por este despacho la ponencia el 25 de junio de 2021 con decisión igual a la que se emite en el fallo de hoy 31 de agosto 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, cumple 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 resolutoria 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; el fundamento jurisprudencial 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 resolutoria 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 25 de junio de 2021 se postergó hasta el 31 de agosto 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 junio de 2021.

En ese orden de ideas, se reitera que la decisión emitida en la presente sentencia es idéntica a la presentada en la ponencia de 25 de junio de 2021 sustentada en las sentencias de tutela que han dejado sin efectos sentencias

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.

del Tribunal por apartarse del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre la ineficacia del traslado.

Angela Lucia Murillo Varón
ANGELA LUCIA 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 31 2020 00050 01.
DEMANDANTE: DORIS PRIETO MORALES.
DEMANDADO: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y LA NACIÓN –
MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO-
OFICINA DE BONOS PENSIONALES.

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

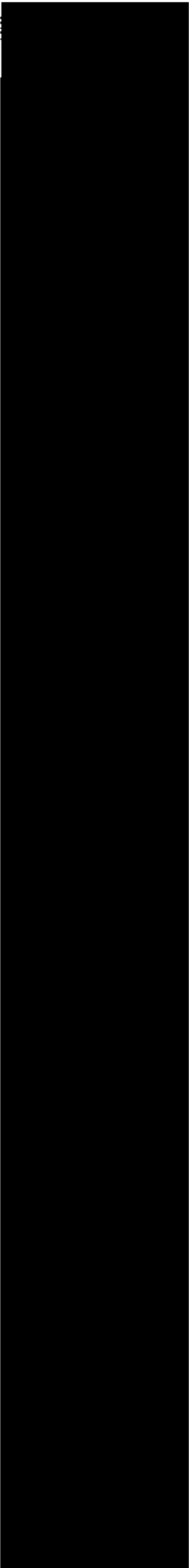
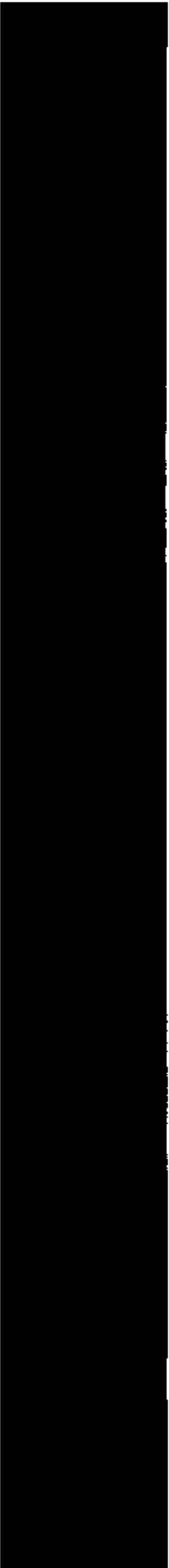
SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 19 de noviembre de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que le sea reconocida garantía de pensión mínima de vejez desde el 3 de enero de 2017, junto con los intereses moratorios y subsidiariamente a los mismos la indexación correspondiente. Asimismo, se disponga las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 3 de enero de 1960, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes del 2017. Se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad en julio de 1995 y cuenta con más de 1.3000 semanas cotizadas. El 12 de abril de 2017 solicitó a la AFP el reconocimiento y pago de la garantía de pensión mínima de vejez,



en respuesta la entidad el 22 de febrero de 2019 le indicó que la petición se encontraba en trámite (f.º 2 a 7).

Al contestar la **Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público** se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos admitió los relacionados con la fecha de nacimiento de la accionante y la de afiliación al RAIS. Manifestó no constarle los restantes. En defensa de sus intereses propuso las excepciones de buena fe y las demás declarables oficiosamente (expediente digital).

Al responder la AFP **Protección S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, admitió el natalicio de la actora, la edad con la que cuenta, el número de semanas cotizadas, la reclamación presentada y la respuesta emitida por la AFP. Puso de presente que en la actualidad la demandante no tiene la calidad de afiliada sino de pensionada en la modalidad de retiro programado. Manifestó no ser ciertos los demás. En su defensa, propuso las excepciones de buena fe, el hecho exclusivo de un tercero, a prescripción, el pago, la compensación, la inexistencia de la obligación y la falta de causa para pedir, la irretroactividad de las normas jurídicas y las demás declarables oficiosamente (f.º expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 19 de noviembre de 2020, condenó a la AFP Protección S.A. a reconocer a la demandada pensión de vejez en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente en aplicación de la garantía de pensión mínima a partir del 8 de noviembre de 2017, a pagar retroactivo pensional desde el 8 de noviembre de 2017 hasta el 9 de julio de 2020. Reconoció los intereses moratorios a la tasa más alta vigente sobre el valor de las mesadas pensionales adeudadas y no canceladas, a partir del 8 de marzo de 2018, más las costas del proceso. Dispuso a la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público contribuir al pago de la garantía de pensión mínima en caso de no haberlo realizado (f.º 38).

Como sustento de su decisión, señaló que la demandante demostró al momento de cumplir los 57 años de edad acreditar más de 1.150 semanas cotizadas, por lo que procede el reconocimiento de la prestación reclamada. Determinó que la AFP estaba en la obligación de otorgar la pensión con cargo a los recursos de la cuenta individual, sin importar si el bono pensional estaba constituido o no y tampoco si el Ministerio de Hacienda había girado la suma adicional, porque esta se aporta para financiar la pensión cuando los demás recursos se agotan. Expuso que la entidad superó el plazo de gracia que le otorga la ley para reconocer la pensión por lo que debe pagar intereses moratorios.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la demandada AFP Protección S.A. argumentó que la demandante era titular de un bono pensional y el Departamento de Boyacá para el momento en que se solicitó la pensión no lo había reconocido o mucho menos se había emitido o redimido, por lo que la administradora se vio obligada a adelantar gestiones con el fin de establecer el valor del mismo, dato necesario para proceder a reconocer la garantía de pensión mínima.

Sostuvo que no es posible desconocer que los bonos pensionales de las mujeres son redimibles a los 60 años, para el caso de la accionante el bono fue reconocido en marzo de 2020 y ya con el dinero en la cuenta individual, en junio se procedió a pagar la garantía de pensión mínima. Además, la demandante estuvo vinculada laboralmente y el salario que percibió fue superior al mínimo legal, por lo que no se le causó ningún perjuicio, pues obra carta del empleador en el que asegura que cesaría de cotizar una vez le fuera reconocida la pensión.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia

adversa a la Nación, es también procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

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

V. CONSIDERACIONES

Conforme a los argumentos expuestos en la apelación corresponde a la Sala determinar si la promotora del juicio tiene derecho al reconocimiento y pago de la garantía de pensión mínima a partir del 8 de noviembre de 2017.

Para resolver tal cuestionamiento, desde ya se indica que está demostrado y no es materia de controversia en esta instancia que: *i)* la demandante nació el 3 de enero de 1960 por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes del año 2017 (f.º 8); *ii)* el capital acumulado en cuenta individual no resulta suficiente para acceder a la pensión de vejez y *iii)* le fue reconocida garantía de pensión mínima a partir del 10 de julio de 2020 (f.º 37 expediente digital).

1. De la garantía de pensión mínima

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la citada Ley, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta semanas (1.150), tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión. Además, a efectos de contabilizar las semanas se dará aplicación a lo previsto en el artículo 33 de la misma norma y será la administradora o aseguradora la encargada de tramitar la garantía de pensión mínima de su afiliado (Art. 83 Ley 100 de 1993).

Paralelamente, frente al reconocimiento de la garantía de pensión mínima los artículos 4º y 7º del Decreto 832 de 1996, compilado en el Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, establecen en su orden lo siguiente:

Artículo 4º. RECONOCIMIENTO DE LA GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA. Corresponde a la Oficina de Obbligaciones Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el reconocimiento de la garantía de pensión mínima, acto que se expedirá con base en la información que suministre la AFP o la aseguradora, entidades a las cuales, de acuerdo con el artículo 83 de la Ley 100 de 1993, les corresponde adelantar los trámites necesarios para que se hagan efectivas las garantías de pensión mínima.

Artículo 7º. FINANCIACIÓN DE LA PENSIÓN MÍNIMA DE VEJEZ EN EL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL. En el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la Pensión Mínima de Vejez se financiará con los recursos de la cuenta de ahorro individual, incluyendo los aportes voluntarios si los hubiere, con el valor de los bonos y/o títulos pensionales cuando a ello hubiere lugar y, cuando éstos se agotaren, con las sumas mensuales adicionales a cargo de la Nación.

La misma norma regula en su artículo 9º que si un afiliado reúne los requisitos previstos en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, pero no puede acceder a una pensión de vejez porque el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual con la inclusión del bono pensional es insuficiente, iniciará los pagos mensuales de la respectiva pensión con cargo a la cuenta de individual, previo reconocimiento de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público del derecho a la garantía de pensión mínima.

Sobre el particular, la H. Corte suprema de Justicia en sentencia SL 4531 de 2020 señaló:

"De lo expuesto, se colige que: (i) la garantía de pensión mínima causada en favor de un afiliado, se financia con el capital obrante en la cuenta de ahorro individual y con los recursos que suministra La Nación en virtud del principio de solidaridad; (ii) a partir de la información que suministre el fondo privado de solidaridad, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público reconoce el capital faltante para la prestación, esto es, la garantía de pensión mínima; (iii) la encargada de gestionar la concesión de tal prerrogativa ante la cartera ministerial, es la administradora de fondos de pensiones en representación del asegurado; y (iv) una vez esta cumple con los requisitos para acceder a la garantía, la entidad pensional debe comenzar el pago con cargo a los recursos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual, y al agotarse, La Nación concurre con los que faltan para

subvencionarla según lo establecido en el artículo 9.º del Decreto 832 de 1996

En el asunto puesto en consideración de la Sala, la demandante ya disfruta del pago de la garantía de pensión mínima a partir de julio de 2020, por tanto, de conformidad con el artículo 9º del Decreto 832 de 1996, para todos los efectos se da por demostrado que la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público reconoció el derecho a la garantía de pensión mínima. En tal virtud, el Tribunal no se detendrá en este punto, por lo que corresponde determinar si la promotora del juicio tiene derecho al pago del retroactivo pensional a partir del 8 de noviembre de 2017.

2. Del disfrute de la garantía de pensión mínima

El artículo 84 de la Ley 100 de 1993 disponía que *“Cuando la suma de las pensiones, rentas y remuneraciones que recibe el afiliado o los beneficiarios, según el caso, sea superior a lo que le correspondería como pensión mínima, no habrá lugar a la garantía estatal de pensión mínima”*. No obstante, esta norma fue derogada por el artículo 336 de la Ley 955 de 2019 que entró en vigor el 25 de mayo de 2019.

En el *sub examine* se encuentra demostrado que la accionante solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez el 8 de noviembre de 2017 (f. 60 carpeta contestación AFP expediente digital), sin embargo, continuó con aportes a pensiones a través del empleador Hernán Robles y Cia Ltda hasta enero de 2019 con un ingreso base de cotización de \$1.446.000, es decir, superior al salario mínimo que para la época fue fijado en \$828.116.

Ahora, frente al disfrute de la prestación económica de garantía de pensión mínima, en aquellos eventos en que el afiliado percibe ingresos superiores al mínimo legal mensual vigente, la H. Corte Suprema de Justicia al resolver un caso de contornos fácticos similares en sentencia SL4531 de 2020, puntualizó que:

"En tal panorama, se tiene que esa prerrogativa pensional –garantía de pensión mínima– tiene un momento cierto de causación y disfrute, de manera que su retroactivo se generará desde el momento en que se verifique el cumplimiento de los requisitos de que trata el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, salvo que el afiliado reciba otros ingresos que superen el salario mínimo conforme al artículo 84 ibidem.

En ese contexto ha de tenerse en cuenta, que la actora cumplió con los requisitos previstos en la primera de las disposiciones en cita el 8 de septiembre de 2014, puesto que en ese momento arribó a la edad de 57 años, tenía cotizadas más de 1.150 semanas y no poseía en su cuenta de ahorro individual el capital suficiente para acceder a una pensión de vejez, incluso si se sumaba el valor del bono pensional que emitió a su favor el Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, supuestos que no se discuten en sede del recurso extraordinario.

Posteriormente, el 1º de octubre de 2014 la actora solicitó el reconocimiento de la garantía de pensión mínima (f.º 101 a 102); en respuesta, el 14 de noviembre de esta anualidad la AFP le negó la prestación y, en su lugar, le concedió la devolución de saldos (f.º 111); no obstante continuó cotizando interinmediatamente hasta octubre de 2016 (f.º 51 a 78), con ingresos que, aunque en poco, superaban el salario mínimo mensual vigente de la época, lo cual incide en el disfrute de la pensión a la luz del artículo 84 de la Ley 100 de 1993, tal como pasa a explicarse.

Si bien Porvenir S.A. no ha debido recibir los aportes realizados por la demandante después de otorgada la devolución de saldos, lo cierto es que demuestran que, aunque muy bajos, percibía ingresos superiores al salario mínimo legal vigente para entonces (f.º 61 a 78), de manera que no pueden convalidarse para percibir la prestación desde el 8 de septiembre de 2014. Por tanto, tal como lo expone la AFP recurrente, si dichos ingresos se reportaron desde ese mes y año hasta octubre de 2016, es claro que el reconocimiento de la garantía de pensión mínima solo se hará efectivo desde el instante en que la accionante dejó de recibirlos, es decir, a partir del 1º de noviembre de 2016.

En conclusión, cuando la actora cumplió los requisitos de que trata el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, quedó garantizado el financiamiento de la prestación con el capital de la cuenta de ahorro individual y con los recursos que debe asumir La Nación según lo estatuido en el Decreto 832 de 1996; **pero su disfrute solo es posible desde cuando dejó de recibir los ingresos salariales que superaban el valor de la referida prestación, según lo estatuye el artículo 84 ibidem** (Negrilla fuera del texto)

Puestas las cosas de esta manera, resulta claro que no es procedente reconocer mesadas pensionales causadas con anterioridad al 31 de enero de 2019, pues para esta época la demandante percibía ingresos superiores al salario mínimo. Por tal motivo, la sentencia analizada debe ser modificada para ordenar el pago del retroactivo pensional de las mesadas causadas entre el 1º de febrero de 2019 y el 9 de julio de 2020, como quiera que la prestación fue reconocida a partir del 10 de julio de 2020.

según certificó la AFP (expediente digital) y así se indicará en la parte resolutive de esta sentencia.

3. De los intereses moratorios

De conformidad con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

De acuerdo con lo anterior, se causan intereses moratorios a cargo de la entidad obligada al pago de la pensión cuando ésta se ha tardado en el pago de la mesada, o cuando hay una solución tardía en el reconocimiento de la pensión, para lo cual debe tenerse en cuenta en este tipo de pensiones, el período de gracia de cuatro (4) meses que concede el artículo 9º la Ley 797 de 2003 contados contados a partir de la radicación de la solicitud por el petitionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho.

En este caso, se considera procedente el reconocimiento y pago de intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, pues, para el 31 de enero de 2019 - día en que la accionante dejó de cotizar en pensión - ya acreditaba el requisito de semanas para acceder a la garantía de pensión mínima.

Por las anteriores razones, los intereses moratorios no pueden pagarse a partir del momento en que lo consideró el juzgado, sino desde el 1º de marzo de 2019, además porque la primera mesada reconocida a la demandante corresponde a la causada en el mes de febrero de 2019.

4. De los aportes a 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 afiliada (CSJ SL2376-2018).

5. Del pago a cargo de la Nación Ministerio de Hacienda y

Crédito Público

Como quiera que en el asunto puesto en consideración de la Colegiatura ya fue reconocida la garantía de pensión mínima, pero no se tiene certeza si el Ministerio de Hacienda ya realizó el giro de los recursos faltantes para financiar la pensión mínima, es procedente tal como estableció el Juzgado de conocimiento disponer el pago correspondiente, en todo caso, sin incurrir en doble pago, por lo que la sentencia será confirmada en este punto.

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

No se causan costas en el grado de consulta, ni en la apelación.

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: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 19 de noviembre de 2020, únicamente en el sentido de indicar que la garantía de pensión mínima debe ser reconocida a partir del 1º de febrero de 2019.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia apelada para indicar que la AFP Protección S.A. deberá reconocer y pagar el retroactivo correspondiente a las mesadas causadas desde el 1º de febrero de 2019 hasta el 9 de julio de 2020.

TERCERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia apelada en el sentido de ordenar a la demandada a reconocer y pagar intereses moratorios a partir del 1º de marzo de 2019 sobre todas las mesadas causadas a partir del 1º de febrero de 2019, desde que cada una se hizo exigible y hasta que se verifique el pago de la obligación.

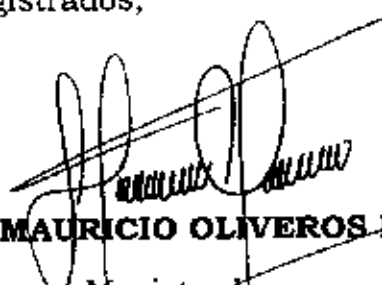
CUARTO: ADICIONAR la sentencia analizada con el fin de autorizar a la demandada a descontar del retroactivo pensional el porcentaje a cargo de la pensionada con destino al sistema de seguridad social en salud, la que deberá ser transferida a la EPS a la que se encuentre afiliado el demandante.

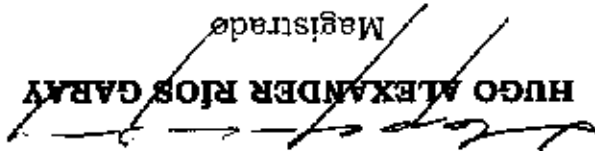
QUINTO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

SEXTO: No se causan costas en la consulta, ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ANGÉLICA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 31-2020-CCCTE-01



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 30 2019 00134 01.
DEMANDANTE: MARÍA HILDA PARRA PEÑA Y ALEXANDER VÁSQUEZ CONTRERAS.
DEMANDADO: COLFONDOS S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de agosto 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 Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 de septiembre de 2020.

I. ANTECEDENTES

Los accionantes promovieron demanda laboral para que les sea reconocida la pensión de sobrevivientes a partir del 25 de septiembre de 2017, con ocasión del fallecimiento de su hijo Cristian Camilo Vásquez Parra, junto con los intereses moratorios y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narraron que contrajeron matrimonio el 20 de octubre de 1998, procrearon cuatro hijos de nombres Cristian Camilo, Jhon Alexander, Laura Valentina y Salomé Vásquez Parra. Su hijo mayor Cristian Camilo falleció el 25 de abril de 2017, cuando contaba con 22 años de edad.

Adujeron que su hijo prestó servicio militar desde el 10 de diciembre de 2014 hasta el 4 de diciembre de 2015, luego trabajó al servicio de la

Caja de Compensación Familiar CAFAM desde el 17 de diciembre de 2015 hasta el 25 de abril de 2017, cuando se produjo su deceso. Refirieron que para el momento de la muerte el causante era soltero, no tenía hijos, esposa, ni compañera permanente y convivía con sus padres, tampoco estudiaba, ni tenía deuda alguna por lo que aportaba de forma, cierta, periódica y permanente para el sostenimiento del hogar familiar con un aproximado del 50% de su salario destinado a cubrir el canon de arrendamiento del lugar en que residían y la alimentación de la familia. El porcentaje restante del salario lo compartía con sus hermanos y padres en el día a día.

Adujeron que los gastos mensuales de la familia ascendían en \$1.577.000, que está siendo solventado con dificultad por Alexander Vásquez Contreras quien para el momento en que falleció su hijo se desempeñaba como guarda de seguridad y para el año 2018 devengó en promedio \$1.167.000, que no le permite satisfacer las necesidades del núcleo familiar, pues la demandante María Hilda Parra Peña nunca ha laborado, lo que le permitió acompañar al causante en el periodo en que padeció la enfermedad que le produjo la muerte. Expresaron que el deceso del progenitor ha traído un desequilibrio económico a la familia, toda vez el salario del actor no es suficiente para el sostenimiento del hogar.

Relataron que el 23 de octubre de 2017 solicitaron a la AFP el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, petición que fue trasladada a la Compañía de Seguros Bolívar S.A., la que manera inmediata le informó que ACIR Ltda sería la encargada de verificar los datos de la solicitud. El 10 de diciembre de 2017 la referida empresa los entrevistó, pero no diligenció completamente el *"Formato para verificación de dependencia"*, en especial los campos en los que debían ser anotadas las cifras. No obstante, el 19 de diciembre de 2017 la aseguradora emite comunicado en el cual informa que con base en la entrevista no es posible reconocer la prestación, al argumentar que los gastos de la familia ascendían a \$1.720.000 de los cuales el asegurado aportaba \$700.000, sin embargo, ese aporte era invertido para los medicamentos que necesitaba

por la enfermedad que padecía y el excedente los usaba para sufragar sus propios gastos de manutención.

Expusieron que contrario a lo concluido por la aseguradora los tratamientos fueron cubiertos en su totalidad por la EPS Salud Vida, tampoco requería de dinero para transportarse, pues su lugar de trabajo estaba muy cerca a al domicilio y la alimentación que se cubría no era solamente la del causante, sino la del grupo familiar. Por estar razones requirieron a la AFP para que revisara su decisión, en respuesta Colfondos les indicó que no era congruente señalar que su hijo aportaba al sostenimiento del hogar \$700.000, pues percibía como salario \$762.000, monto que estaba sometido a descuentos de ley y adjunta informe de dependencia, el cual ahora si se encuentra diligenciado, pero con una caligrafía diferente. Ante nuevas solicitudes la AFP Colfondos reiteró su negativa de reconocer la prestación por no encontrar acreditada la dependencia económica (f.º 218 a 229).

Al contestar Colfondos Pensiones y Cesantías S.A. se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió la fecha de deceso del afiliado, las solicitudes y los recursos presentados por los accionantes, así como las respuestas dadas por la AFP y la aseguradora. Manifiesto no ser ciertos o no constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de dependencia económica, la falta de causa, la buena fe, el pago y la compensación, la prescripción, la petición antes de tiempo y las demás declarables oficiosamente (f.º 251 a 275).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 11 de septiembre de 2020, condenó a la demandada a reconocer a los demandantes en calidad de padres de Cristian Camilo Vasquez Parra, la pensión de sobrevivientes a partir del 25 de abril, en cuantía inicial de \$737.717, en un 50% para cada uno. Dispuso, a cada accionante como retroactivo pensional causado desde el 25 de abril de 2017 hasta el 31 de

agosto de 2020, la suma de \$17.354.471, previo el descuento de los aportes al sistema de salud. Ordenó a la AFP pagar los intereses moratorios a partir de 23 de diciembre de 2017 hasta que se verifique el pago de la obligación. Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a Colfondos (f.º 330 a 331).

Como sustento de su decisión, señaló que el aporte económico que realizó el afiliado era necesario para el desarrollo y manutención del núcleo familiar y asegurar la vivienda digna, es decir, que no se trataba simplemente del apoyo de un buen hijo de familia sino de un aporte importante necesario para la subsistencia de sus padres.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte demandada argumentó que conforme a la investigación adelantada por Seguros Bolívar los demandantes no dependían económicamente de Cristian Camilo Vásquez Parra, por tanto, no acreditaron los requisitos legales para acceder a la pensión de sobrevivientes. Alegó que conforme a la jurisprudencia de la H. Corte Suprema cada caso debe ser analizado en particular y si los ingresos que reciben los padres fruto de su propio trabajo y recursos son suficientes para satisfacer sus necesidades básicas no se configura el presupuesto previsto en la norma para acceder a la prestación.

Mencionó que el demandante Alexander Vásquez Contreras es la cabeza de la familia, quien lleva las riendas del hogar y según quedó certificado labora hace 5 años en el que percibe un salario muy superior al que devengaba el hijo, que si bien desde que laboró aportó al sostenimiento de la familia no se probó que lo hiciera de manera importante, tampoco que cubriera la totalidad del arrendamiento o que fuera necesaria para la subsistencia de sus padres o les permitiera atender en gran medida sus necesidades básicas. En consecuencia, la ayuda del buen hijo en manera alguna puede tenerse como demostrativa de dependencia económica. Sostuvo que al absolver interrogatorio de parte los

demandantes manifestaron que el causante contribuía con los gastos del hogar porque vivía con ellos.

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

IV. CONSIDERACIONES

Conforme a los argumentos expuestos en la apelación, corresponde a la Sala determinar si los promotores del juicio tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, con ocasión del fallecimiento de su hijo Cristian Camilo Vasquez Parra.

Para resolver tal cuestionamiento, desde ya se indica que está demostrado y no es materia de controversia en esta instancia que: *ii*) Cristian Camilo Vasquez Parra era hijo de los demandantes y falleció el 25 de abril de 2017, conforme se verifica con los registros civiles (f.º 12 y 14); *iii*) la solicitud de pensión de sobrevivientes presentada por los accionantes fue negada (f.º 79 y 80) y *iiii*) el afiliado dejó cotizadas más de 50 semanas dentro de los tres años anteriores a su deceso (f.º 276).

1. De la pensión de sobrevivientes

La norma aplicable a efectos del reconocimiento pensional es la vigente para la fecha en que se produce la muerte del afiliado. Así lo adoctrinado la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en reiterados pronunciamientos, entre otras, en SL10146-2017 reiterada en SL450-2018, en la que puntualizó que:

“Sobre este punto, la jurisprudencia de esta Sala, de manera reiterada y pacífica, ha sostenido que la norma aplicable en materia de pensión de sobrevivientes es la que se encuentra vigente al momento del fallecimiento del afiliado o del pensionado, pues justamente este beneficio prestacional busca amparar o proteger al núcleo familiar del riesgo de muerte, de suerte que no puede remitrse el fallador a una normatividad posterior o futura, pues el artículo 16 del C.S.T. dispone expresamente que las normas del trabajo, al tener efecto general inmediato, no producen consecuencias

retroactivas, es decir, no pueden afectar situaciones ya definidas o consumadas conforme a leyes anteriores (...).

En el presente caso, Cristian Camilo Vásquez Parra falleció el 25 de abril de 2017(f.º14), por lo que la prestación debe ser estudiada de conformidad con la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, la cual en su artículo 73, dispone para el régimen de ahorro individual que:

ARTÍCULO 73. REQUISITOS Y MONTO. *Los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes en el régimen de capitalización individual con solidaridad así como su monto, se regirán por las disposiciones contenidas en los artículos 46 y 48, de la presente Ley.*

Es decir, que tendrá derecho a la referida prestación económica, los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento. Entendiéndose como beneficiarios conforme el artículo 13, literal D, de la Ley 797 de 2003, a falta de cónyuge o compañera permanente, e hijos con derecho, **"los padres del causante si dependían económicamente"** del afiliado.

Aquí es oportuno señalar que el texto de la norma en cita, exigía la dependencia económica **"de forma total y absoluta"**, no obstante, este aparte fue declarado inexecutable por la H. Corte Constitucional, mediante sentencia C-111 de 2006, al argumentarse que corresponde a *"los jueces de la República quienes en cada caso concreto determinen si los padres son o no autosuficientes económicamente, para lo cual se deberá demostrar la subordinación material que da fundamento a la pensión de sobrevivientes prevista en la norma legal demandada."*

Sobre el punto, también la H. Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que esta dependencia no tiene que ser total y absoluta, es decir, que si bien debe existir una relación de sujeción de aquellos con respecto a la ayuda del hijo, tal situación no excluye que puedan percibir rentas o ingresos adicionales, siempre y cuando, estos no los convierta en autosuficientes desde el punto de vista económico, que es lo que debe

analizarse a la hora de determinar la existencia de la dependencia económica (CSJ SL6390-2016, SL11155-2017, SL1804-2018, SL3085-2021 y SL3173-2021).

En el presente asunto, para demostrar la calidad de beneficiarios, los actores allegaron registro civil de nacimiento que da cuenta que Cristian Camilo Vasquez Parra es hijo de Maria Hilda Parra Peña y Alexander Vasquez Contreras (f.º 12). Aportaron declaración extra proceso suscrita por Omar Enrique Beltrán Gil y Elizabeth Páez en la que manifestaron que conocieron al causante por lo que saben que era soltero, no constituyó unión marital, ni tuvo hijos y su señora madre Maria Hilda Parra Peña dependía en todo de él (f.º 16 y 17).

Trajeron copia de contrato de arrendamiento de bien inmueble ubicado en la *"vereda aguita Media parte de la Granya"* (Melgar) suscrito el 6 de diciembre de 2015 por la demandante como arrendataria y el accionante como codeudor, el valor fijado como canon de arrendamiento fue \$250.000 y la duración se pactó para un año entre el 6 de diciembre de 2015 y el 6 de diciembre de 2016 (26 y 27). Obra certificado según el cual la demandante estuvo vinculada en salud al régimen subsidiado desde el 13 de agosto de 2013 hasta el 30 de julio de 2017, a través de la EPS Saludvida (f.º 199). Historia Clínica que describe que el causante desde septiembre de 2016 fue valorado por oncología con confirmación de *"sarcoma de Bwing, en progresión metastásica renal, pulmonar e intervascular"* (f.º 45 a 50). Fórmulas médicas y autorización de entrega de insumos y realización de procedimientos al causante por parte del Instituto Nacional de Cancerología expedidas entre el 13 de octubre de 2016 y el 29 de marzo de 2017 (f.º 36 a 42). Relación de incapacidades que le fueron prescritas de manera continua al joven Cristian Camilo entre el 27 de septiembre de 2016 y el 14 de mayo de 2017 (f.º 43 y 44).

Se solicitó la práctica del testimonio de Jhon Alexander Vasquez Parra en la condición de hijo de los demandantes quien manifestó que su hermano falleció cuando tenía 22 años, época para la cual ya laboraba, vivía con sus padres y les colaboraba aproximadamente con \$400.000 que

eran destinados a pagar el arriendo y la comida, con el salario restante invitaba a sus hermanitas a comer helado a ir al parque. Adujo que con el deceso la economía de la familia se ha visto afectada, incluso su padre se *"ha visto colgado en el arriendo"* razón por la cual les pidieron el inmueble en el que vivían cuando falleció Cristian Camilo. Aseguró que fue él quien por solicitud del asesor de Seguros Bolívar diligenció el formato para verificar la dependencia económica y el espacio correspondiente a los gastos mensuales quedó en blanco, porque el asesor indicó que lo diligenciaría, todo este trámite se dio en una panadería después y así estaba cuando el documento fue autenticado. Relató que su hermano murió a causa de un cáncer de riñón y los medicamentos fueron suministrados por la EPS, explicó que en la entrevista que les hicieron a sus padres nada se dijo sobre este asunto.

Se aportó *"FORMATO PARA VERIFICAR LA DEPENDENCIA ECONÓMICA"* con logo de Seguros Bolívar S.A., suscrito por los accionantes y con nota de presentación personal, en el cual quedó consignado que el afiliado murió en el Instituto Nacional de Cancerología en la ciudad de Bogotá, donde estaba hospitalizado desde el 20 de abril de 2017, no tenía hijos, no adelantaba ningún estudio, se relacionaron gastos familiares que sumados arrojan la suma de \$1.720.000, los que eran asumidos en un 51% por el accionante y en un 49% por su hijo fallecido, utilizados para pagar el arriendo, los alimentos y otros gastos.

Allí además se asegura que además del salario del actor, no cuenta con otros ingresos y no poseen otros bienes que los electrodomésticos más una moto, que los recursos que en vida aportaba su hijo los suplen con el pago de las prestaciones sociales que les hizo CAFAM como empleadora de Cristian Camilo y con un seguro de vida que les pagaron por \$20.000.000. Desde hace 3 años tienen una deuda con Bancolombia (f.º 85 a 100). Finalmente, existe declaración extra proceso suscrita por María Gloria Saavedra Cruz, quien indicó que arrendó a los accionantes una casa ubicada en la vereda El Águila Media de Melgar – Tolima y era el causante quien le cancelaba el canon de arrendamiento en la suma de \$250.000

hasta el día en que se enfermó, declaró que le constaba que ayudaba económicamente a sus padres (f.º 326).

Por su parte, la demandada anexó comunicación de 19 de diciembre de 2017, emitida por Seguros Bolívar S.A. y dirigida a Colfondos en la cual determina que no existió dependencia económica de los demandantes porque "la manutención de los reclamantes era soportada por el señor ALEXANDER VÁSQUES CONTRERAS (Padre del afiliado) con los ingresos que percibía como empleado y si bien es cierto que el afiliado fallecido aportaba para los gastos del hogar, de este hecho no se puede concluir que los reclamantes dependieran económicamente de este, por cuanto la responsabilidad económica del hogar ha estado radicada siempre en cabeza del padre del señor Vásquez Parra, constituyéndose la contribución de este último, en simplemente eso, un mero aporte o contribución para los padres" (f.º 283 a 285).

También remitió comunicación de 26 de mayo de 2018 en donde la AFP Colfondos al resolver solicitud de reconsideración de la prestación de los gastos familiares reportados al momento de la investigación por parte de la aseguradora, indicó que no era congruente que señalaran que el causante aportaba \$700.000, pues su salario era de \$762.000, más las deducciones legales, además debía cubrir sus propios gastos tales como tratamiento médico, alimentación y transporte, fuera de eso, se encontraba incapacitado desde el 21 de septiembre de 2016 por lo que su salario se vio disminuido. Preciso que inicialmente se reportaron dentro de los gastos \$200.000 para medicamentos que después no fueron relacionados por lo que se podía pensar que los medicamentos eran del afiliado, allí, concluyó que el aporte del hijo era una "mera ayuda del buen hijo de familia" y que en consecuencia los reclamantes no dependían económicamente del causante (f.º 286 a 288).

Al absolver interrogatorio de parte los demandantes fueron coincidentes en manifestar que para la época en que Cristian Camillo falleció vivían en un inmueble arrendado cuyo canon ascendía a \$270.000, cubierto mes a mes por su hijo quien aportaba para la compra de

alimentos con \$180.00 o \$200.000 y otros gastos de la casa. El accionante al contestar el interrogatorio refirió que su hijo no gastaba en transporte porque como trabajaban en el mismo lugar él lo llevaba y cuando no tenía el mismo turno le prestaba la moto para que fuera, tampoco pagaba plan de celular. Confesó que mientras el causante no trabajó o estuvo prestando el servicio militar fue él quien se encargó del sostenimiento del hogar y lo hizo desde que lo constituyó en 1998, explicó que hasta que recibió la ayuda de su hijo y con posterioridad a su deceso se ha “*vistió alcanzado*” para atender los gastos del hogar, pues su sueldo no le alcanza y ha tenido que acudir a los vecinos, por ejemplo, para comprar el gas en pipeta.

Ahora bien, del análisis en conjunto de los medios probatorios allegados, se concluye que los demandantes vivían con su hijo para el 25 de abril de 2017, cuando se produjo su deceso (f.º 14), igualmente, el descendiente contribuía de manera importante con el sostenimiento del hogar compuesto por él, los padres y sus tres hermanos menores de edad, pues era quien se encargaba de cubrir gastos como el arriendo y alimentación de conformidad con lo declarado ante notario por la propietaria del inmueble donde la familia residía y el dicho del testigo Jhon Alexander Vásquez Parra.

Es oportuno advertir que el ordenamiento jurídico no contempla como requisito de procedencia de la pensión de sobrevivencia la prueba de un monto exacto con que el afiliado contribuya a los gastos del hogar. En el presente caso, basta el relato de los testimonios practicados para colegir la ayuda del descendiente a los progenitores mediante el pago de arriendo y el mercado, lo que comporta una inversión importante y resultan determinantes o necesarios para la subsistencia de aquellos.

Aunque en la investigación administrativa adelantada por la aseguradora se concluyó que el aporte que el causante otorgaba a sus padres no concuerda con el salario que percibía, incluso con las incapacidades médicas que le fueron prescritas, ello no puede servir de excusa para la negativa de la prestación, dado que la H. Corte Suprema de

Justicia ha puntualizado que no es necesario demostrar el origen de los recursos con los que el afiliado o pensionado fallecido ayudaba, sino que basta con acreditar la dependencia económica. Sobre el particular, en sentencia CSJ SL, 20 oct. 2010, rad. 38399, reiterada en la SL650-2020, SL529-2020 y SL 2022- 2021, indicó:

"El Tribunal no se ocupó de examinar si el fallecido señor Tirado Agudelo contaba con ingresos que le permitieran sostener económicamente a sus progenitores, por manera que no pudo haber cometido el segundo de los yerros fácticos que le endilga la censura, entre otras cosas porque, a la norma jurídica que gobierna el caso litigado, no le interesa si el causante demuestra o no el origen de los recursos que invierte en la manutención de aquellas personas a las que por razones simplemente naturales les debe agradecimiento. Para el legislador lo importante es la prueba de que el hijo provea en un porcentaje más o menos importante para el sostenimiento de sus padres, signo inequívoco de un natural sentimiento afectivo, que no la acreditación de si el afiliado, para la fecha de su deceso, tenía una relación laboral de orden formal, porque esos recursos bien pueden provenir de otra fuente no necesariamente dependiente."

Del mismo modo, debe tenerse en cuenta que la referencia de \$7000 registrada por los demandantes, es un simple estimado, una aproximación del aporte, cuya cuantificación se calcula a priori, sin que ello represente en estricto sentido, una afirmación pormenorizada o rigurosa de las cargas reales que imponen el sostenimiento de un hogar. Sobre el punto, la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que la información que se obtiene como resultado de las investigaciones adelantadas por las administradoras de pensiones "vincula a la entidad enjuiciada para reconocer o negar la prestación deprecada, pero no sucede lo mismo frente a los jueces en el interior de un proceso laboral, en tanto estos, de conformidad con el artículo 60 del CPTSS, deben decidir los asuntos puestos a su consideración con fundamento en todas las pruebas allegadas en tiempo, estando facultados para darle preferencia a cualquiera de ellas sin sujeción a tarifa legal alguna, salvo cuando la ley determina que prueba solemne para casos determinados." (CSJ SL 2022-2021).

Con todo, estima la Sala que, como quiera que el accionante, para el 25 de abril de 2017, cuando su hijo falleció, percibía como remuneración un salario mínimo, más auxilio de transporte y los recargos de ley (f.º 19), estos últimos que podían o no causarse, no es descabellado entender que

su hijo mayor de edad y único descendiente vinculado laboralmente, con quien convivía, le ayudara de manera importante al sostenimiento del hogar conformado por los progenitores y sus tres hermanos menores de edad. Así las cosas, de conformidad con el dicho del testigo y las declaraciones extra proceso el aporte del causante estaba lejos de ser una simple ayuda esporádica, por lo que los argumentos de apelación no están llamados a prosperar.

De conformidad con las consideraciones expuestas, la Sala confirma la sentencia apelada.

No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

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

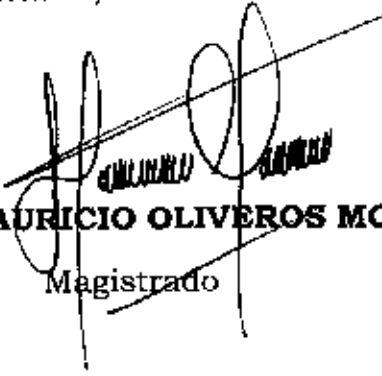
RESUELVE

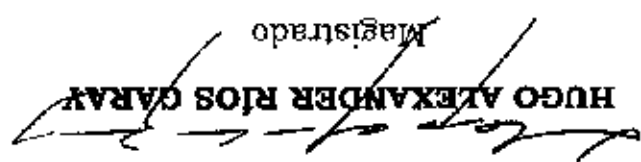
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de septiembre de 2020.

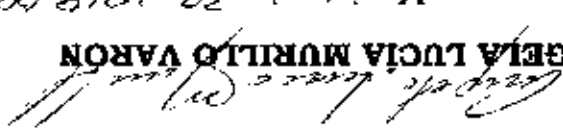
SEGUNDO: No se causan costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada 30. 2019. 00134. 01



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

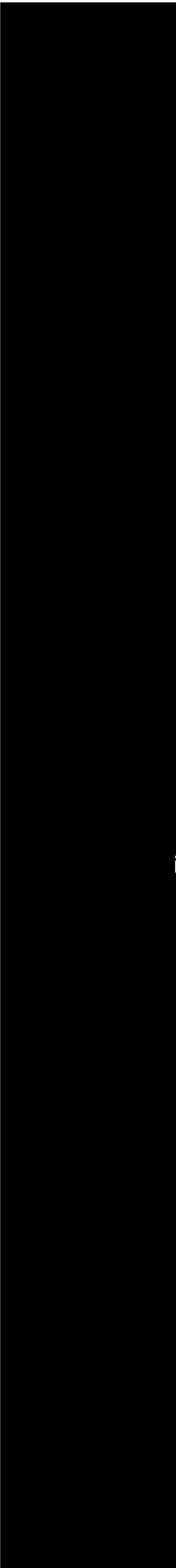
REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 29 2019 00063 01
DEMANDANTE: RUBIELA OSORIO RAIrán
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la demandada AFP Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 7 de octubre de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Se advierte que este proceso ha pasado al suscrito Magistrado por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de una armonía y concordancia entre la conclusión derivada de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Ello como quiera que, si bien se confirmaba la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la actora, la única explicación de procedencia de tal tesis se cimentó en que la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral y Penal por vía de tutela han dejado sin efectos algunas decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente jurisprudencial sentado sobre la materia, pese a que toda la argumentación legal y probatoria allí relacionada estuvo dirigida a exponer motivos por los cuales no debía declararse ineficaz el acto del traslado (art. 280 del CGP).



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

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

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

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. realizado el 1º de mayo de 1999. En consecuencia, condenar a la AFP Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones el valor del bono pensional debidamente indexado desde el momento en que fue recibido a hasta que se verifique su pago, junto con los intereses moratorios. Asimismo, a las demandadas a reconocer los demás derechos en virtud de las facultades *ultra y extra petita*, más las costas del proceso. Subsidiariamente, solicitó declarar la nulidad de la afiliación al RAIS y condenar al fondo privado a trasladar a Colpensiones el bono pensional debidamente actualizado junto con los intereses moratorios.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 19 de marzo de 1960 y se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 1º de noviembre de 1990, se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir en el año 1999. Adujo que la AFP no le brindó información sobre las características de cada régimen, sus ventajas y desventajas, ni las consecuencias que el mismo traería a su futuro pensional o la posibilidad de retractarse de su decisión. Finalmente, que solicitó a las administradoras anular el traslado (f.º 13 a 17).

Al dar respuesta, **Colpensiones** se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, el nacimiento de la accionante, la calenda de afiliación al Instituto de Seguros Sociales y la de traslado al RAIS, 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; la presunción de legalidad de los actos administrativos y las demás declarables oficiosamente (f.º 34 a 43).

Al contestar la AFP **Porvenir S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Respecto de los hechos admitió que la fecha de traslado al RAIS y la actual afiliación a esa AFP, también la solicitud de anulación de la afiliación. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. Para

enervar las pretensiones, propuso las excepciones de prescripción, la falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, la inexistencia del perjuicio alegado, la ausencia de responsabilidad, la compensación, la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f. º71 a 87).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 7 de octubre de 2020, declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual realizado por la accionante a través de la AFP Porvenir el 14 de abril de 1999, que para todos los efectos legales no cambió de régimen y permaneció en prima media. Ordenó a la AFP Porvenir S.A. transferir a Colpensiones en el término de 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, todos los valores recibidos con motivo de la afiliación como cotizaciones, rendimientos y gastos de administración. A Colpensiones a recibir los dineros y actualizar la historia laboral. Se abstuvo de imponer costas (f.º 114 a 115).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber cumplido con el deber de informar a la demandante las características propias de cada régimen pensional, las ventajas y desventajas de su decisión por lo que al seguir la línea jurisprudencial sentada por la H. Corte Suprema de Justicia es procedente declarar la ineficacia de la afiliación.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada AFP Porvenir S.A. imploró revocar la sentencia al argumentar que la afiliación de la demandante fue válida, libre y espontánea. La accionante no es beneficiaria del régimen de transición ni tenía una expectativa legítima de adquirir algún derecho que debiera ser observada por el fondo. De otro lado, sostuvo que no es procedente remitir los gastos de administración, pues no fueron objeto de la fijación del litigio, además no hacen parte de las restituciones mutuas

derivadas de la declaración de ineficacia. Finalmente, que no es dable devolver los rendimientos, porque estos no se causan en prima media.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

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

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

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

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

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica,

pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y SL3050-2021).

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, STL3200-2020 y SL3050-2021. 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 copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 19 de marzo de 1960, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 34 años y no demostró el número de semanas cotizadas con anterioridad (f. º2 y 44 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 14 de abril de 1999, pues así se observa en formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º62). El que se hizo efectivo el 1º de junio de 1999 según reporte de Asofondos de folio 62.

Pese a que la AFP Porvenir S.A. solicitó decretar el interrogatorio de parte a la demandante, luego desistió de su práctica.

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, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

Conforme al escrito de demanda ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que 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, STL3200-2020 y SL3050-2021).

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

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. administradora en la que se encuentra actualmente vinculada deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por lo que la decisión se adicionará 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 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 el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 7 de octubre de 2020, en el sentido de condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente indexadas las sumas de dinero que hubiese descontado por conceptos de gastos de administración mientras la demandante estuvo vinculada a dicho fondo.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia analizada, en el sentido de declarar que 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.

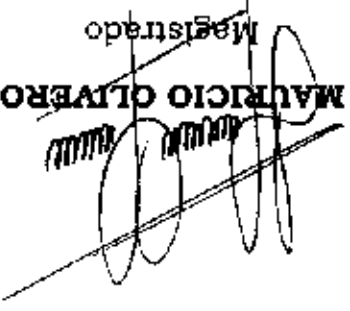
TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

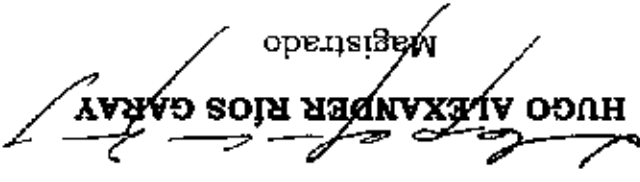
CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no

causación.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ANGÉLICA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

Carabobo, 29 de mayo de 2019

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: RUBIELA OSORIO RAIKÁN

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 029 2019 00063 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia para declarar 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.

Tomando 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 29 de abril de 2021 con decisión igual a la que se emite en el fallo de hoy 31 de agosto 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 excepciones: 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; el fundamento jurisprudencial 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 aprobada”².

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

En el presente caso, pese a que no existía disidencia sobre la decisión, que valga reiterar es respecto de la cual se genera el salvamento de voto, la decisión presentada en la ponencia de 29 de abril de 2021 se postergó hasta el 31 de agosto 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 29 de abril 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 29 de abril de 2021 sustentada en las sentencias de tutela que han dejado sin efectos sentencias

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.

del Tribunal por apartarse del precedente jurisprudencial de la Corte
Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre la ineficacia del
traslado.

Angela Lucia Murillo Varón
ANGELA LUCIA 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 2019 00424 01
DEMANDANTE: DANIEL AUGUSTO CASTILLO CÁRDENAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de agosto 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 Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 9 de febrero de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Se advierte que este proceso ha pasado al suscrito Magistrado por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de una armonía y concordancia entre la conclusión derivada de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Ello como quiera que, si bien se confirmaba la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la actora, la única explicación de procedencia de tal tesis se cimentó en que la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral y Penal por vía de tutela han dejado sin efectos algunas decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente jurisprudencial sentado sobre la materia, pese a que toda la argumentación legal y probatoria allí relacionada estuvo dirigida a exponer motivos por los cuales no debía declararse ineficaz el acto del traslado (art. 280 del CGP).

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

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

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

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad de la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual en diciembre de 1995 a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se ordene al fondo privado trasladar a Colpensiones los valores de la cuenta individual incluidas cotizaciones, bonos pensionales, así como las sumas adicionales con todos los frutos, intereses y rendimientos.. Se disponga a Colpensiones recibirlo y mantenerlo como su afiliado desde el 1º de abril de 1985 sin solución de continuidad. Asimismo, se condene a las demandadas a 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 21 de abril de 1958 y cotizó 311 semanas al Instituto del Seguro Social desde el 1º de abril de 1985 hasta el 30 de noviembre de 1995, data en que se trasladó de régimen pensional a través de la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A. Adujo que el esposo de la jefe de personal, remitió al promotor de la AFP, quien le indico que el ISS estaba quebrado y las posibilidades de pensionarse eran mínimas, asimismo, le manifestó que los fondos privados eran más seguros, estables y ofrecían mesadas pensionales más altas, no obstante, no le realizó proyección pensional, ni le ilustró sobre los requisitos para pensionarse, tampoco el capital que se requería para tal fin.

Adujo que la AFP le realizó proyección según la cual en el RAIS la mesada sería de \$1.591.600, entre tanto, en Colpensiones ascendería a \$4.519.696. Finalmente, refirió que reclamó ante las administradoras el cambio de régimen, el cual fue negado (f. º 4 a 25).

Al contestar la AFP **Porvenir S.A.** se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, manifestó no ser ciertos o no constarle. Con el fin de enervar las pretensiones, planteó las excepciones de prescripción, la buena fe, la compensación, la inexistencia de la obligación y las demás declarables oficiosamente. (f. º 113 a 136).

Al dar respuesta a la demanda, **Colpensiones** se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la accionante, su afiliación en el Instituto de Seguro Social y la reclamación administrativa junto con su respuesta. Manifiesto 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, 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 declaraciones oficiosamente (f.º 169 a 185).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 9 de febrero de 2021 declaró la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A.. Condenó a la AFP devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación tales como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados. A Colpensiones a afiliar nuevamente al demandante en prima media y a recibir las cotizaciones provenientes del fondo privado. Condenó a la AFP Porvenir S.A a pagar las costas del proceso. (f.º 193 a 195).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no cumplió con la carga de acreditar la correcta y clara asesoría dada al afiliado, tal como lo ha dejado claro la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, pues no obra en el plenario prueba alguna que así lo determine ya que la simple suscripción del formulario de afiliación no es demostrativa de tal circunstancia.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas interpusieron recurso de apelación.

La AFP **Porvenir S.A.** suplicó revocar la sentencia, pues para la época en que produjo el traslado la ley no imponía la obligación de brindar asesoría en los términos señalados por el Juzgado, además probó que informó de forma verbal al afiliado sobre las consecuencias del traslado y cumplió así con la totalidad de responsabilidades a su cargo. Sostuvo que el accionante ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS, pues conservó el estado de afiliación con el paso del tiempo, realizó cotizaciones y traslados entre administradoras. De otro lado, se opuso a la devolución de los gastos de administración ya que generarían un enriquecimiento ilícito a favor de la demandada, pues estos recursos no están destinados a financiar la pensión, razón por la cual además son susceptibles de prescribir su reclamación, al igual que el de las primas de seguro. Señaló que los gastos de administración retribuyeron la gestión de la AFP y mantuvieron cubierto al actor para los riesgos de invalidez y muerte.

A su turno, **Colpensiones** imploró revocar la decisión al argumentar que el accionante no cumplió con los deberes a su cargo como consumidor financiero. Asimismo, que no es posible exigir a los fondos privados proyecciones o documentación adicional a la que ya fue presentada dentro del proceso, para demostrar que cumplió con el deber de informar al afiliado, pues la ley vigente no lo contemplaba. Alegó que la entidad es ajena al negocio jurídico que se cuestiona, por ello, no puede asumir el error de la AFP, porque atentaría contra la estabilidad financiera del fondo común.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Colegiatura determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al 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 de la demandante, prevé 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 aliados 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, STL3200-2020 y SL3050-2021).

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, STL3200-2020 y SL3050-2021. 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 21 de abril de 1958, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 35 años y cotizó 216,68 semanas a Colpensiones (l.º 27, 29 y 190 CD expediente administrativo).

Así las cosas, el actor no es beneficiario del régimen de transición en razón a la edad y la densidad de cotizaciones.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 27 de noviembre de 1995, así se observa en el formulario de afiliación a Colpatria, hoy AFP Porvenir S.A. (f. º 138). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que el accionante estuvo afiliado a Colpatria S.A. desde el 1º de diciembre de 1995 hasta el 31 de marzo de 1999, a Porvenir S.A. 1º de abril de 1999 hasta el 31 de enero de 2001, a Horizonte desde el 1º de febrero de 2001 hasta el 31 de diciembre de 2013 y desde el 1º de enero de 2014 en adelante a la AFP Porvenir S.A (f. º 137).

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante señaló que en diciembre de 1995 llegó a su lugar de trabajo un asesor quien era el esposo de la jefe de personal y en una charla muy corta le dijo que el Seguro Social iba a desaparecer, que en el fondo privado la pensión sería mucho mejor y en mejores condiciones, razones que lo llevaron a suscribir el formulario que había sido previamente diligenciado por el promotor de la AFP. Refirió que no se enteró que el Instituto de Seguros Sociales permaneció y luego se transformó en Colpensiones, también recibió extractos periódicamente de Horizonte y de Porvenir y que no se acercó a las oficinas del fondo privado a verificar la información, solo hasta que cumplió los 60 años, momento en el cual le realizaron una proyección y pudo verificar el verdadero panorama de su pensión. Manifestó que se trasladó al RAIS porque creyó que obtendría una mesada superior.

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, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las

características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

Conforme al escrito de demanda, ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para tener una mesada pensional superior y de manera anticipada o la referencia que el fondo público desaparecería, 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 RALS o el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. al cual se encuentra actualmente afiliado 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 rememora 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 el fallo analizado, en el sentido de condenar a la AFP Porvenir a trasladar al Colpensiones debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliado a dicho fondo privado.

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 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 el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 9 de febrero de 2021, en el sentido de condenar a la AFP Porvenir a trasladar al Colpensiones debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliada a dicho fondo privado.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia analizada, en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales

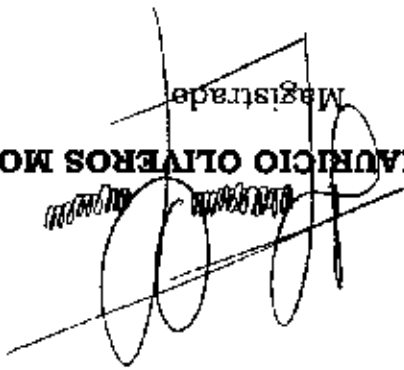
pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

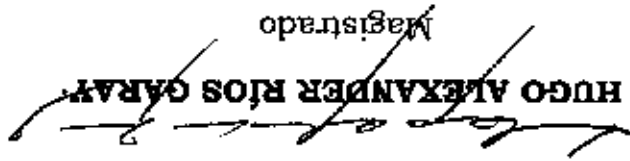
TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada

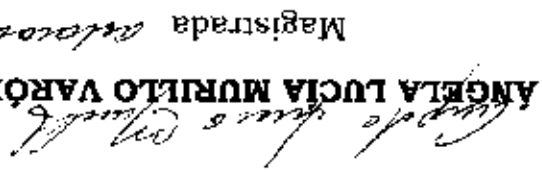
CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ANGELA LUCIA MURILLO VARÓN
Magistrada

Magistrado

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: DANIEL AUGUSTO CASTILLO CARDENAS

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 027 2019 00424 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia para declarar 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 del 27 de mayo de 2021 con decisión igual a la que se emite en el fallo de hoy 31 de agosto 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, cumple 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; el fundamento jurisprudencial constituye una premisa completa y no generaba dudas en su comprensión ni diversas interpretaciones. La congruencia externa refrenda 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 libre a las argumentaciones de la ponencia que sustentaban la decisión y no frente a la decisión, lo cual de conformidad a la práctica judicial colombiana daba lugar a una aclaración de voto y no a un salvamento de voto.

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

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

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

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

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

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

En el presente caso, pese a que no existía disidencia sobre la decisión, que valga reiterar es respecto de la cual se genera el salvamento de voto, la decisión presentada en la ponencia de 27 de mayo de 2021 se postergó hasta el 31 de agosto 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 27 de mayo 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 27 de mayo de 2021 sustentada en las sentencias de tutela que han dejado sin efectos sentencias

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.

del Tribunal por agerarse del precedente jurisprudencial de la Corte
Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre la ineficacia del
traslado.

Angela Lucia Murillo Varón
ANGELA LUCIA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Cuarta de lo Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 25 2017 00247 01.
DEMANDANTE: LUZ MERY NIÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES

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

Conforme al memorial de folio 110, se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES identificada con Cedula de ciudadanía No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. JOHANNA ANDREA SANDOVAL identificada con Cedula de ciudadanía número 38.551.125 y T.P. No. 158.999 del C.S. de la J., quien funge como apoderada general de la demandada, según Escritura Pública No. 3390 de 4 de septiembre de 2019 (f.º 112 a 124).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 30 de octubre de 2020. Igualmente, se analizará el grado de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se condene a la demandada a reconocer la pensión de sobrevivientes a partir del 23 de

marzo de 2013, al amparo del Decreto 758 de 1990, con ocasión del fallecimiento de Gustavo Rojas Estupíñan junto con los intereses moratorios. Asimismo, se dispongan los demás derechos en virtud de las facultades *ultra y extra petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, nació que el 23 de marzo de 2013 falleció Gustavo Rojas Estupíñan quien en vida cotizó 881.86 semanas, de las cuales 755.15 fueron aportadas antes de la vigencia la Ley 100 de 1993. Refirió que el 28 de junio de 2013, en calidad de compañera permanentemente solicitó a Colpensiones la pensión de sobrevivientes (f.º 3 a 8).

Al contestar **Colpensiones**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió la fecha de deceso del causante, el número de semanas cotizadas y la reclamación administrativa. Manifiesto no ser cierto los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de prescripción y caducidad, el cobro de lo no debido, la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f.º 56 a 59).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 30 de octubre de 2020, condenó a Colpensiones a reconocer a la actora la pensión de sobrevivientes en aplicación del principio de la condición más beneficiosa a partir del 13 de febrero de 2018, en cuantía de \$781.242, junto con los intereses legales anuales, a razón de trece mesadas al año. Dispuso como retroactivo la suma de \$27.728.142 y a pagar las costas del proceso (f.º 100).

Como sustento de su decisión, señaló que en aplicación del criterio jurisprudencial fijado por la H. Corte Constitucional es procedente buscar dentro de las normas anteriores aquella en la cual el causante hubiese configurado una expectativa de pensionarse, por tanto, estimó procedente

reconocer la prestación al amparo del Decreto 758 de 1990, por encontrar probada la convivencia.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que en aplicación del criterio jurisprudencial sentado por H. Corte Suprema de Justicia la ley aplicable para reconocer la pensión de sobrevivientes es aquella vigente al momento en que se produce la muerte, que, para el presente caso, no es otra que la Ley 797 de 2003. No obstante, revisada la historia laboral del afiliado se verifica que no cotizó ninguna semana en los tres años anteriores como lo exige el precepto legal.

Adujo que no es posible reconocer la pensión en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, pues el deceso no ocurrió entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006, tal como ha señalado la H. Corte Suprema de Justicia en su más reciente pronunciamiento, en los cuales señala que ese principio solo permite la aplicación de la norma inmediatamente anterior, eso sí, en un periodo de tránsito legislativo.

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 en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su cónyuge Gustavo Rojas Estupiñán.

1. La norma aplicable a efectos del reconocimiento pensional es la vigente a la fecha en que se produce la muerte del afiliado. Así lo ha adoctrinado la Sala laboral de la Corte Suprema de justicia en reiterados pronunciamientos, entre otras, en SL10146-2017 reiterada en SL450-2018, en la que puntualizó que:

Sobre este punto, la jurisprudencia de esta Sala, de manera reiterada y pacífica, ha sostenido que la norma aplicable en materia de pensión de sobrevivientes es la que se encuentra vigente al momento del fallecimiento del afiliado o del pensionado, pues justamente este beneficio prestacional busca amparar o proteger al núcleo familiar del riesgo de muerte, de suerte que no puede remitirse el fallador a una normatividad posterior o futura, pues el artículo 16 del C.S.T. dispone expresamente que las normas del trabajo, al tener efecto general inmediato, no producen consecuencias retroactivas, es decir, no pueden afectar situaciones ya definidas o consumadas conforme a leyes anteriores (...).

En el presente caso, Gustavo Rojas Estupíñan, falleció el 23 de marzo de 2013 por causas de origen común (f.º 13), por lo que la prestación debe ser estudiada de conformidad con el artículo 46 y siguientes de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, la cual establece que para obtener la pensión de sobrevivientes se requiere además de ser miembro del grupo familiar del afiliado al sistema, que éste haya cotizado 50 semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores al deceso, o conforme al parágrafo hubiere cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento.

En ese sentido, conforme a la relación de aportes se verifica que el afiliado en los 3 años anteriores a su fallecimiento, esto es, entre el 23 de marzo de 2010 y el 23 de marzo de 2013, no cotizó semana alguna. Además, no cumple las condiciones previstas en el parágrafo del citado artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, dado que a lo largo de su vida laboral apenas cotizó 1.071,71 semanas, por tal motivo, no se cumplen los presupuestos necesarios para la causación de la prestación.

2. En relación con la aplicación del principio de la condición más beneficiosa la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha atenuado en ciertos casos la rigurosidad del principio de la aplicación de la ley vigente, con el fin de permitir cobrar efectos jurídicos a la norma inmediatamente anterior derogada. También tiene establecido como regla armonizadora de las expectativas legítimas de los afiliados y la no perpetuidad de las leyes derogadas y otros principios, la imposibilidad de los efectos de la llamada «*plusultraactividad*» consistente en una búsqueda histórica de la norma que más favorezca al afiliado (CSJ SL3867-2017; CSJ SL17720-2017; CSJ SL2358-2017; CSJ SL 034-2018; CSJ SL149-2018; CSJ SL353-2018 y CSJ SL 2843-2021).

Sobre este principio, la referida Corporación advierte que *“es un mecanismo que: (i) busca minimizar la rigurosidad propia del principio de la aplicación general e inmediata de la ley; (ii) protege a un grupo poblacional con expectativa legítima, no con derecho adquirido, que goza de un situación jurídica concreta, cual es, la satisfacción de las semanas mínimas que exige la reglamentación derogada para acceder a la prestación que cubre la contingencia de la invalidez; y (iii) al ser excepcional su aplicación necesariamente es restringida y temporal.* (CSJ SL 2358-2017).

En esa línea de pensamiento el Tribunal de Casación ha acentuado una zona de paso con reglas precisas para lograr la aplicación de la norma anterior a la Ley 797 de 2003, es decir, la Ley 100 de 1993 original, la cual establecía como requisitos: *a)* Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte o *b)* que una vez dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte. (CSJ SL4650-2017; SL2121-2019 y SL2119-2019).

En las referidas citas jurisprudenciales, se puntualiza que es procedente el análisis de tales requisitos siempre y cuando se cumplan algunas de las siguientes hipótesis:

Affidavit que se encontraba cotizando al momento del cambio
normativo

- a) Que al 29 de enero de 2003 el afiliado estuviese cotizando.
b) Que hubiese aportado 26 semanas cualquier tiempo anterior, anterior al 29 de enero de 2003.
c) Que la muerte se produjera entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006.
d) Que al momento del fallecimiento no estuviese cotizando, y
e) Que hubiese cotizado 26 semanas en cualquier tiempo, antes del deceso.

Affidavit que no se encontraba cotizando al momento del cambio
normativo

- a) Que al 29 de enero de 2003 el afiliado no estuviese cotizando.
b) Que hubiese aportado 26 semanas en el año que antecede a dicha data, es decir, entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2002.
c) Que la muerte se produjera entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006.
d) Que al momento del deceso no estuviese cotizando, y
e) Que hubiese cotizado 26 semanas en el año que antecede al fallecimiento.

Al amparo de las anteriores reflexiones, luego del estudio de la documental aritmada al presente proceso, se advierte que el principio de la condición más beneficiosa no le resulta aplicable, por cuanto el fallecimiento del afiliado fue posterior al 29 enero de 2006, dado que ocurrió el 23 de marzo de 2013. De allí, que no sea procedente verificar los demás requisitos.

3. Ahora, en relación con el principio de la condición más beneficiosa, la H. Corte Constitucional a partir de la sentencia SU-05 de 2018 determinó que para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de quienes fallecieron en vigencia de la Ley 797 de 2003, pero no cotizaron 50 semanas de aportes en los 3 años anteriores al deceso para dejar causado el derecho a la prestación, sólo es razonable aplicar de manera ultractiva las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990 cuando los beneficiarios se encuentran en situación actual de vulnerabilidad y estableció un test de procedencia en los siguientes aspectos: *4) Debe establecerse que el accionante pertenece a un grupo de especial protección constitucional o se encuentra en uno o varios supuestos de riesgo tales como analfabetismo, vejez, enfermedad, pobreza extrema, cabeza de*

familia o desplazamiento. *ii)* Debe establecerse que la carencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que solicita el actor afecta directamente la satisfacción de sus necesidades básicas, esto es, su mínimo vital y, en consecuencia, una vida en condiciones dignas. *iii)* Debe acreditarse que el accionante dependía económicamente del causante antes del fallecimiento, de tal manera que la pensión de sobreviviente sustituye el ingreso que aportaba el causante al beneficiario. *iv)* Debe verificarse que el causante se encontraba en circunstancias en las cuales no le fue posible cotizar las semanas previstas en el Sistema General de Pensiones para adquirir la pensión de sobrevivientes. *v)* Debe comprobarse que el actor tuvo una actuación diligente en adelantar las solicitudes administrativas o judiciales para solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

4. Sobre la postura de la H. Corte Constitucional, el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral al analizar la fuerza vinculante del precedente constitucional en relación a una pensión de sobrevivientes de un afiliado que falleció en vigencia de la Ley 797 de 2003 y pretende el reconocimiento en aplicación del Decreto 758 de 1990, en sentencias CSJ SL1938-2020, SL4276-2020, SL2547-2020 y SL1074 de 2021, refirió:

“La Corte Constitucional ha definido el precedente judicial como aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver, y que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico constitucional, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada al momento de dictar sentencia.

Asimismo, ha precisado que su precedente tiene fuerza vinculante, puesto que no existe duda que la jurisprudencia es una fuente formal del derecho y la hermenéutica que elaboran las autoridades judiciales que poseen la facultad de unificarla y otorgar comprensiones a normas superiores, precisamente contribuye a determinar el alcance de disposiciones jurídicas y a desarrollar principios básicos del Estado Constitucional, como el de seguridad jurídica; además, permite materializar el respeto de los principios de la igualdad, la supremacía de la Carta Política, el debido proceso y la confianza legítima (C-539-2011).

No obstante, también ha diferenciado entre las decisiones derivadas del control abstracto de constitucionalidad, es decir, aquellos fallos que determinan el contenido y alcance de la normativa superior, y el precedente en vigor, esto es, el que deriva de las providencias de acciones de tutela.

El primero tiene una fuerza vinculante especial y obligatoria en razón de sus efectos erga omnes y su desconocimiento significa una transgresión a las disposiciones de la Constitución Política (C-083-1995, C836-2001, C-335-2008 y C-539-2011); mientras que el segundo, aunque también tiene fuerza vinculante, le permite al juez apartarse de sus postulados siempre que cumpla con el deber de transparencia y argumentación suficiente, en armonía con los derechos y los principios constitucionales; ello, debido a los efectos inter partes que produce la jurisprudencia en estos casos (SU-611-2017).

En este contexto, teniendo en cuenta que los principios constitucionales no son absolutos y que su aplicación debe ser proporcional –a fin de no quebrantar otros bienes jurídicos superiores para los individuos y la sociedad–, respecto de la sentencia de tutela T-401-2015 que refiere la censura en el cargo, la Sala considera oportuno señalar que la misma tiene efectos inter partes. Y, en todo caso, dicho criterio fue posteriormente modificado a través de la sentencia SU-05-2018, de cuyo contenido esta Sala de Casación de la Corte se aparta, en cumplimiento de los requisitos de transparencia y suficiencia definidos por la Corte Constitucional (C-621-2015 y SU-354-2017), por las razones que expone a continuación (deber de argumentación suficiente):

En esa providencia, dicha autoridad judicial estableció que es posible la aplicación plus ultraactiva de la condición más beneficiosa cuando se cumplan los siguientes requisitos: (i) se trate de un afiliado al sistema general de seguridad social en pensiones que fallece en vigencia de la Ley 797 de 2003; (ii) no acredite 50 semanas de aportes en los 3 años anteriores al deceso para dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, y (iii) reúna el número mínimo de semanas exigidas en el régimen anterior.

(...)

Pues bien, a juicio de esta Corporación, en la práctica, esa decisión significa la aplicación absoluta e irrestricta del principio de la condición más beneficiosa e impone reglas diferentes a las legales para el reconocimiento de la prestación de sobrevivencia, las cuales, a su vez, pueden afectar la eficacia de las reformas introducidas al sistema pensional. Asimismo, desconoce los principios de aplicación en el tiempo de la legislación de seguridad social, principalmente los de aplicación general e inmediata y retrospectividad.

Además, de aplicarse cualquier disposición anterior se darían efectos plus ultraactivos a normativas derogadas en una sucesión de tránsitos legislativos, lo que afecta el principio de seguridad jurídica, pues genera incertidumbre sobre la norma aplicable en la medida en que el juez podría hacer un ejercicio histórico para definir la concesión del derecho pensional con aquella que más se ajuste a los intereses del reclamante, en detrimento de los de carácter general, lo cual, a juicio de la Sala, no es posible (CSJ SL1683-2019, CSJ SL1685-2019, CSJ SL2526-2019 y CSJ SL2829-2019).

Por otra parte, debe advertirse que la financiación de todo sistema pensional depende de variables demográficas, fiscales o actuariales que deben ajustarse en diferentes momentos, de modo que las reformas en determinados contextos pueden privilegiar aspectos que antes no contemplaban o, potenciar algunos de ellos, como por ejemplo darle mayor peso a la permanencia en la afiliación para la adquisición de un derecho pensional que a la sola acreditación de un número específico de semanas.

En consecuencia, la introducción de reglas ajenas a las legales puede alterar la estabilidad y las proyecciones financieras sobre las que se ha diseñado el sistema pensional y comprometer la realización de los derechos de las generaciones futuras. Por este motivo, el reconocimiento de las pensiones debe sujetarse al cumplimiento estricto de cada una de las condiciones exigidas por las leyes para su causación y pago.

En síntesis, es preciso indicar que no se trata de desconocer el principio de la condición más beneficiosa sino de delinear correctamente su campo de aplicación y actualizarlo conceptualmente bajo la égida del modelo constitucional de prevalencia del interés general sobre el particular, la solidaridad y la garantía de efectividad de los derechos fundamentales sociales.

Por ello, se reitera, esta Corporación ha adoctrinado que, respecto de las exigencias para acceder a la pensión de sobrevivientes, el juez no puede realizar un examen histórico de las leyes anteriores a fin de determinar una aplicable al caso particular.

5. Al amparo de las anteriores reflexiones, de tiempo atrás esta Colegiatura de manera respetuosa ha acogido el criterio sentado por la H. Corte Suprema de Justicia por compartir sus fundamentos. En este orden de ideas, con fundamento en la condición más beneficiosa no es viable hacer una búsqueda histórica hasta llegar al Acuerdo 049 de 1990 para conceder el derecho.

Con todo, en el presente caso no se cumplen los presupuestos dispuestos por la H. Corte Constitucional, dado que la promotora del juicio si bien acreditó depender económicamente del causante, según el dicho de los testigos, no probó ser sujeto de especial protección constitucional debido a su vejez, toda vez que cuenta con 58 años, al haber nacido el 15 de marzo de 1963 (f.º 17). Igualmente, no acreditó otra condición de vulnerabilidad aludidas por la Corte H. Constitucional. Tampoco demostró que la carencia del reconocimiento de la pensión afecte su mínimo vital y, en consecuencia, una vida en condiciones dignas. Además, no se expuso motivo alguno para justificar por qué el causante no cotizó las semanas exigidas por la ley en los tres años anteriores a su deceso.

De conformidad con las anteriores consideraciones, se revoca la sentencia apelada, para en su lugar, absolver a Colpensiones de reconocer la prestación reclamada.

No se causan costas en el grado jurisdiccional de consulta y en la apelación. Las de primera instancia estarán a cargo de la parte accionante.

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: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 30 de octubre de 2020, para en su lugar, absolver a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra.

SEGUNDO: Sin COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta y en la apelación. Las de primera instancia estarán a cargo de la parte accionante.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

ANGELA LUCIA 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 039 2019 00199 01
DEMANDANTE: LUZ MERY CABALLERO RODRÍGUEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de agosto 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 Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., 14 de enero de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

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

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

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

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

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

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se ordene a Colpensiones afiliar a la accionante al régimen de prima media como si nunca se hubiere trasladado. Asimismo, a las demandadas a reconocer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra petita, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 20 de febrero de 1960 y el 27 de febrero de 2006 se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. Adujo que el promotor no le informó de manera clara, completa y oportuna las características, ventajas y desventajas de los regímenes pensionales y se limitó a ofrecerle mayores beneficios que los que obtendría en prima media. Refirió que la AFP le realizó simulación pensional, según la cual en el RAIS la mesada pensional sería de \$781.242, entre tanto, con Colpensiones ascendería a de \$1.453.823. Finalmente, elevó reclamación administrativa el 21 de julio de 2018, la cual fue negada (f.º 2 a 8).

Al dar respuesta **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó el natalicio de la accionante, su afiliación y traslado a la demandante a la AFP, también la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, 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, la no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente (f.º 50 a 66).

Al contestar la **AFP Porvenir S.A.**, también se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, señaló que no le constaban o no eran ciertos. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, la buena

fe, la inexistencia de la obligación y las demás declarables oficiosamente (f.º 89 a 105).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 14 de enero de 2021, declaró que el traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual, a través de la AFP Porvenir S.A., efectivo a partir del 1º de abril de 2006 es ineficaz, y, por ende, no produjo efecto jurídico alguno, por lo que se debe entender que la actora jamás se separó del régimen de prima media con prestación definida. Condenó a Porvenir a transferir todas las sumas de dinero que obren en la cuenta individual, junto con los rendimientos y comisiones por administración debidamente indexadas, sin lugar a descuento alguno por pagos efectuados a seguros de invalidez y sobrevivientes. Ordenó a Colpensiones recibir los recursos y reactivar la afiliación sin solución de continuidad. Declaró no probadas las excepciones e informó a Colpensiones que esta facultada para iniciar las actuaciones civiles a que haya lugar para obtener el pago de los perjuicios con el acto declarado. Impuso condena en costas a cargo de Porvenir S.A. (f.º 140 y 141).

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 cificaron 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 la demandante.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

La AFP Porvenir S.A. suplicó la revocatoria de la sentencia, al argumentar que la afiliación es válida, como quiera que la accionante firmó el formulario correspondiente, único requisito previsto para la época del cambio de régimen. Expuso que la demandante omitió su deber de diligencia y cuidado

respecto de su futuro pensional. Además que la demanda se estructuró con negaciones indefinidas que no debe probar la AFP, también que no es posible trasladar la carga de la prueba únicamente a la administradora. No hay lugar a ordenar la devolución de gastos de administración porque no integran el capital necesario para financiar la pensión.

Colpensiones por su parte aduce que en razón a la edad la actora está inmersa en una prohibición legal de trasladarse. Alegó que la afiliación es válida como quiera que firmó de manera libre y espontánea el formulario de vinculación, único documento exigido por la norma en la época en que se realizó el cambio, además ratificó su voluntad de vinculación, pues permaneció por más de 20 años afiliada sin manifestar inconformidad. Argumentó que el deber de doble asesoría fue previsto en la ley con posterioridad al acto jurídico aquí cuestionado. Sostuvo que el traslado que se ordena atenta contra la estabilidad financiera del sistema. Solicitó condicionar la sentencia a la devolución a satisfacción de la entidad.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114

ibidem, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, prevé 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 prevé 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 20 de febrero de 1960, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 34 años y cotizó 303.96 semanas a Colpensiones (l.º 10 y 16). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y la densidad de cotizaciones.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 27 de febrero de 2006, así se colige del formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (l.º 12), el que se hizo efectivo el 1º de abril de 2006 según se desprende de reporte emitido por Asfondos de folio 106.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que en el año 2006, a su lugar de trabajo se presentó una asesora de Porvenir que realizó una reunión en la que le manifestó que el Seguro Social se iba a

acabar, que no le convenía estar allí porque no era beneficiaria del régimen de transición, mientras que en el fondo privado se pensionaría de forma anticipada y con un monto mayor. Indicó que suscribió el formulario que le entregaron previamente diligenciado, pero no lo firmó libre de amenazas.

Conforme a las pruebas allegadas al plenario, encuentra la Sala que la AFP Porvenir S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación 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 para obtener una mesada mayor y de forma anticipada, o la referencia que el ISS se iba acabar, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional en armonía con las condiciones particulares ostentadas por la actora al momento del traslado. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

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

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, bonos pensionales 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 rememora 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 confirmará 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 conformidad con las consideraciones expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura confirma la decisión analizada en la forma anunciada.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta y en la apelación ante su 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: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 14 de enero de 2021.

SEGUNDO: 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 *relaciones de voto*

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LUZ MERY CABALLERO RODRIGUEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 03 039 2019 00199 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia para declarar 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 27 de mayo de 2021 con decisión igual a la que se emite en el fallo de hoy 31 de agosto 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, cumple con el principio de congruencia en sus dos excepciones: 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, el punto que así señala en la advertencia señalada en las páginas 1 y 2; el fundamento jurisprudencial constituye una premisa completa y no generaba dudas en su comprensión ni diversas interpretaciones. La congruencia externa referida a la conformidad entre la decisión y lo pedido por las partes en la demanda y en su contestación también se cumplía porque en virtud de la aplicación de ese precedente se definía el asunto a favor de las pretensiones de la parte actora, existiendo la armonía entre la parte considerativa y resolutive de la sentencia.

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

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

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

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

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

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

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

En el presente caso, pese a que no existía disidencia sobre la decisión, que valga reiterar es respecto de la cual se genera el salvamento de voto, la decisión presentada en la ponencia de 27 de mayo de 2021 se postergó hasta el 31 de agosto 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 27 de mayo 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 27 de mayo de 2021 sustentada en las sentencias de tutela que han dejado sin efectos sentencias

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.

del Tribunal por apartarse del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre la ineficacia del traslado.

Angela Lucia Muriel Varón
ANGELA LUCIA 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 38 2019 00385 01.
DEMANDANTE: RAQUEL MONTEALEGRE CORREA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, Y ADMINISTRADORA DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

SENTENCIA

Decide la Sala el grado jurisdiccional de consulta contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 20 de mayo de 2021.

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 Horizonte, hoy Porvenir S.A. realizado el 1º de septiembre de 1994. En consecuencia, se condene al fondo privado a restituir a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de la vinculación, tales como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado. A Colpensiones a recibirla como afiliada junto con los valores obtenidos en el régimen de ahorro individual y contabilizar las semanas cotizadas para efectos de pensión. 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 estuvo afiliada al Instituto de Seguro Social desde el 1º de junio de 1981 el 1º de septiembre

de 1994, cuando se trasladó a ahorro individual a través de la AFP Horizonte. Adujo que el promotor del fondo privado no le brindó información transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto de las características de cada régimen, sus diferencias, ventajas y desventajas y los efectos futuros en su mesada pensional conforme a sus características personales. Finalmente, que solicitó a las demandadas el cambio de régimen pero la petición fue negada (f.º 2 a 32 y 74 a 77 de la subsanación).

Al dar respuesta, **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, admitió la fecha de vinculación al ISS, la data de traslado y la responsabilidad profesional de la AFP de suministrar información a los potenciales aliados. Manifestó no constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, el error de derecho no vicia el consentimiento; la buena fe; la prescripción, la imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, la no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público; y las demás declarables oficiosamente (f.º 91 a 106 expediente digital).

Al contestar la AFP **Porvenir S.A.** se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, únicamente aceptó que la accionante se encuentra actualmente vinculada a este fondo. Frente a los restantes, manifestó no ser ciertos o no constarle. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de prescripción, la buena fe, la inexistencia de la obligación y las demás declarables oficiosamente (f.º 192 a 212 expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 20 de mayo de 2021, absolvió a las demandadas de las pretensiones elevadas en su contra. Se relevó del estudio de las excepciones e impuso costas a la parte demandante.

Como sustento de su decisión, luego de analizar las pruebas obrantes concluyó que las AFP están vedadas para rechazar la afiliación de algún afiliado a menos que sean los que señala la ley expresamente; no obstante, la actora no se encuentra excluida y el fondo privado debía aceptar su vinculación. Asimismo, no se logró demostrar que se haya configurado algún vicio del consentimiento en el acto del traslado, pues no se evidencia por parte del fondo maniobras tendenciosas o fraudulentas para desmejorarle las condiciones pensionales, tampoco para inducirlo al error. Concluyó que el cambio fue un acto voluntario de la accionante. De otro lado, consideró que ordenar el traslado de manera automática implicaría una afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional y el de igualdad de los afiliados al sistema pensional, porque se permitiría el traslado a quien está incurso en una prohibición legal.

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 de la demandante, es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Colegiatura determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual efectuado por la actora o si el mismo es válido al no haberse configurado ningún vicio del consentimiento.

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, prevé 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 prevé 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 ascensor 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

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 12 de junio de 1962, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 31 años y 670,25 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 48 y 49 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 18 de agosto de 1994, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Horizonte S.A. (f.º 53 expediente digital). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a la AFP Horizonte desde el 1º de septiembre de 1994 hasta el 31 de diciembre de 2013 y desde el 1º de enero de 2014 en adelante a la AFP Porvenir (f.º 213 Expediente Digital).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que se trasladó en septiembre de 1994 en el "boom" de los fondos privados, época para la cual estaba vinculada laboralmente a Seguros Bolívar. A su sitio de trabajo se acercaron varios asesores a diario a presionarla para que se trasladara porque Colpensiones se iba a acabar, motivo que la llevó finalmente a firmar el formulario de afiliación, que ya estaba diligenciado, sin que previamente le mostraran un paralelo o le explicaran sobre las características de ahorro individual. Confesó que no le preguntó nada al promotor, que no le surgieron dudas en ese momento. Admitió que únicamente recuerda que le dijeron que la pensión era heredable. Confesó que nunca fue a que la AFP la asesorara y sólo se enteró de su error a través de los comentarios de sus compañeros, además que instauró la presente demandan para obtener una mesada superior en prima media. Aseguró que en los últimos años recibe extractos al correo electrónico y el esposo es quien se los explica, quien le dio mayor información sobre los fondos, al igual que la compañía fueron los que por iniciativa empresarial la asesoró sobre las AFP.

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

Así las cosas, la Sala revoca la decisión de primera instancia, para decretar la ineficacia del traslado, dado que el examen del acto de cambio de régimen pensional por trasgresión a deber de información se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde la óptica de la nulidad.

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. administradora en la que se encuentra actualmente vinculada la accionante deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración debidamente indexados a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y 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.

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 conformidad con las consideraciones expuestas, esta Colegiatura revoca la decisión de primera instancia, para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora. Igualmente, se declara 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.

Sin costas en el grado de consulta.

I. 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 el 20 de mayo de 2021, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado realizado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a Porvenir S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES – los valores correspondientes a las cotizaciones, los gastos de administración debidamente indexados y los rendimientos financieros.

TERCERO: ORDENAR a Colpensiones recibir los dineros provenientes de la AFP Porvenir S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora.

CUARTO: 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.

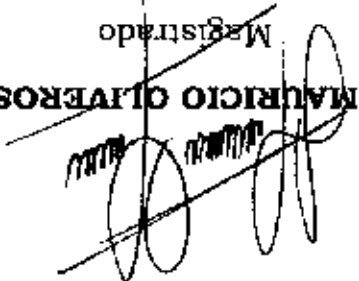
QUINTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra, conforme a la parte motiva.

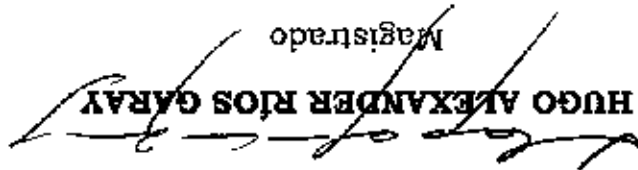
SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: Sin COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OJIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

colacionar de 10/13

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: RAQUEL MONTEALEGRE CORREA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

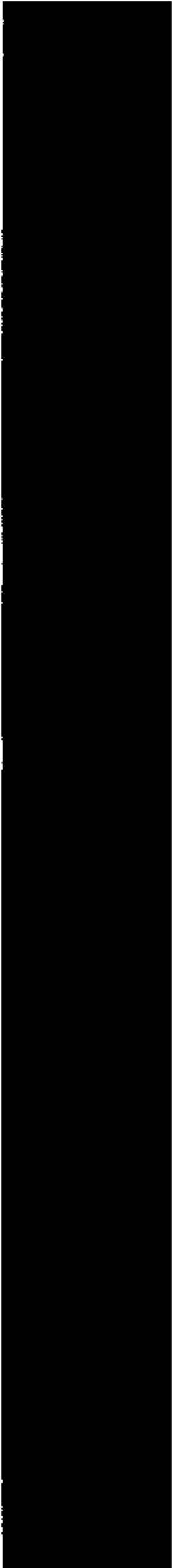
RADICADO: 11001 31 05 038 2019 00385 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS

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 **aclaração 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 sir 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.


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 37 2019 00851 01
DEMANDANTE: HELENA DELGADO CHÁVES
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y
CESANTÍAS S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

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

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la Administradora Colombiana de Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 2 de junio de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare nulo el traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos S.A y el posterior traslado horizontal a la AFP Protección S.A., así como afilada sin solución de continuidad. Se condene a los fondos privados a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes efectuados junto los rendimientos, bonos pensionales e intereses sin realizar descuento por concepto de administración y a pagar los perjuicios morales. A Colpensiones a aceptar y activar la afiliación en el régimen de prima media y recibir el traslado de recursos. Asimismo, a los fondos privados a reconocer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* más las costas del proceso. Subsidiariamente, solicitó

declarar la ineficacia de los efectos del primer traslado de prima media a ahorro individual y del traslado de realizado entre la AFP Colfondos S.A. y la AFP Protección S.A., por no poderse predicar la existencia de consentimiento libre, voluntario e informado.

En respaldo de sus pretensiones, nació que nació el 19 de enero de 1965 y cotizó 294 semanas al Instituto de Seguros Sociales desde el 24 de abril de 1989 hasta el 31 de diciembre de 1994. En febrero de 1995 se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos S.A., en octubre de 2008 se cambió horizontalmente a la AFP Protección S.A. a la que se encuentra afiliada en la actualidad. Adujo que ninguno de los promotores de las AFP le brindaron información completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto de las características de cada régimen, sus ventajas y desventajas, así como las implicaciones del cambio sobre sus derechos pensionales, tampoco de informar sobre la posibilidad de regresar al régimen de prima media en los términos del artículo 2º de la Ley 797 de 2003. Refirió que solicitó a las demandadas anular el traslado, pero recibió respuesta negativa. Finalmente, indicó que cuenta con más de 1400 semanas cotizadas. (f.º 1 a 26).

Al contestar la AFP **Colfondos S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó las fechas de nacimiento de la demandante, de traslado al RAIS y afiliación a la AFP Protección S.A., también la petición de la demandante y su respuesta. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, la falta de legitimación en la causa por pasiva, la buena fe, la ausencia de vicios del consentimiento, la validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, la ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., la prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, la compensación y pago y las declaraciones oficiosamente (f.º 138 a 152).

Por su parte, la AFP **Protección S.A.**, se opuso a las pretensiones. Respecto de los hechos, aceptó la data de nacimiento de la demandante, la

afiliación al régimen de ahorro individual, el traslado horizontal, la solicitud presentada al fondo junto con su respuesta y el fondo en el cual se encuentra vinculada actualmente. En cuanto a los demás, manifestó no ser ciertos o no constarle su ocurrencia. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, la buena fe, la prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, la inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro provisional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual y las demás declarables oficiosamente (f.º 171 Reverso a 189).

Al dar respuesta a la demanda, **Colpensiones** se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó el natalicio de la accionante y la respuesta negativa a la reclamación administrativa. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, la prescripción, la presunción de legalidad de los actos administrativos, el cobro de lo no debido, la buena fe, y las demás declarables de oficio (f.º 207 a 215).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 2 de junio de 2021, declaró la ineficacia del acto jurídico del traslado realizado el 20 de febrero de 1995 entre la AFP Colfondos y la demandante. En consecuencia, establecer que la afiliación válida corresponde al régimen de prima media administrado por Colpensiones. Condenó a la AFP Protección S.A. a transferir a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación, junto con los rendimientos financieros causados. Dispuso a Colpensiones a admitir el traslado y aceptar los valores remitidos por la AFP Protección S.A. Declaró no

probadas las excepciones propuestas y ordenó a las AFP pagar las costas del proceso (l.º 242 y 243).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP Colfondos S.A. no demostró haber brindado la asesoría e información necesaria para materializar el traslado. Por consiguiente, conforme a la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia procede declarar la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen pensional.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada Administradora Colombiana de Pensiones **Colpensiones** implovió revocar la sentencia, pues la demandante no demostró los supuestos en que fundó sus pretensiones. Señaló que es imposible para las administradoras probar situaciones que no exigía la ley para el momento del traslado. Adujo que la demandante al resolver el interrogatorio de parte indicó tener conocimiento del régimen de ahorro individual y aceptó que fue asesorada, por lo que el desconocimiento de la ley no le sirve de excusa. Aseveró que no es procedente declarar la nulidad o ineficacia por no estar conforme el afiliado con la mesada que le ofrece el fondo privado. Finalmente, que ordenar el traslado atenta contra el principio de estabilidad financiera del fondo común.

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 también abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

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

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

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

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

calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados."

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 prevé 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, STL3200-2020 y SL3050-2021).

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, STL3200-2020 y SL3050-2021. 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 19 de enero de 1965, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 29 años y 255,82 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 28 y 35). Así las cosas, la actora no es

beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y 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 20 de febrero de 1995, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colfondos S.A. (f.º 40). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Colfondos desde el 1º de marzo de 1995 al 30 de septiembre de 2008 y desde el 1º de octubre de 2008 en adelante a la AFP Protección S.A. (f.º 196).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que se trasladó al régimen de ahorro individual en el año de 1995 época en la cual el Banco Comercial Antioqueño y el Banco Santander se fusionaron y fue coaccionada por el empleador coaccionó para trasladarse al fondo privado. Adujo que no recibió asesoría de ningún tipo. Confesó que nunca se acercó a una oficina de Colfondos para recibir asesoría sobre su traslado y nunca recibió extractos de Colfondos. Relató que cuando se vinculó laboralmente con Bancolombia, este empleador junto con el contrato de trabajo le hizo entrega del formulario de afiliación para la AFP del grupo económico. Confesó que en el año 2019 se acercó a las oficinas de Protección y allí le hicieron una proyección pensional. Asimismo, que cuando contaba con 46 años de edad una asesora de protección la visitó para que refrendara la afiliación y eso sucedió en la calle, pues estaba por salir de viaje, pero no la ilustró sobre el derecho de retracto. Manifestó que el motivo principal de esta acción judicial es el monto de la mesada pensional que le ofrecen en ahorro individual.

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 Corte Suprema de Justicia, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación

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 al trasladarse no recibió asesoría de ningún tipo, pues la afiliación se realizó a través del empleador. Así las cosas no se evidencia que haya recibido 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 lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, la AFP Protección S.A. a la cual se encuentra actualmente afiliada la demandante, deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, 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 sentencia será adicionada en este punto.

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 también se adueñará en este punto.

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

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

De conformidad con las consideraciones expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura 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 el numeral segundo de la sentencia proferida el 2 de junio de 2021 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que la AFP Protección S.A. deberá trasladar a Colpensiones, además, de las cotizaciones y los rendimientos financieros causados, las sumas de dinero que hubiesen descontado por conceptos de gastos de administración debidamente indexadas.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada, en el sentido de condenar a la AFP Colfondos S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones 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 sentencia analizada en el sentido de indicar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

CUARTO: CONFIRMAR en los demás la sentencia apelada.

QUINTO: Sin COSTAS en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

Angela Lucia Murillo Varón
Magistrada ordinaria, primera sala de lo común.
31.2019.00851-01
Actuación de 10/6.

Hugo Alexander Ríos Garay
Magistrado

Hernán Mauricio Oliveros Motta
Magistrado

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: HELENA DELGADO CHAVES

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

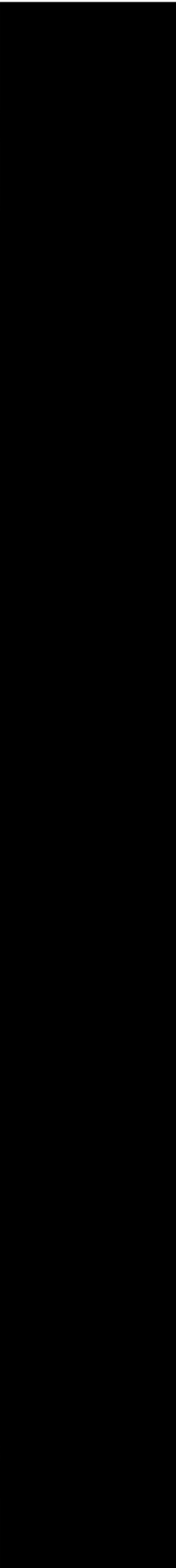
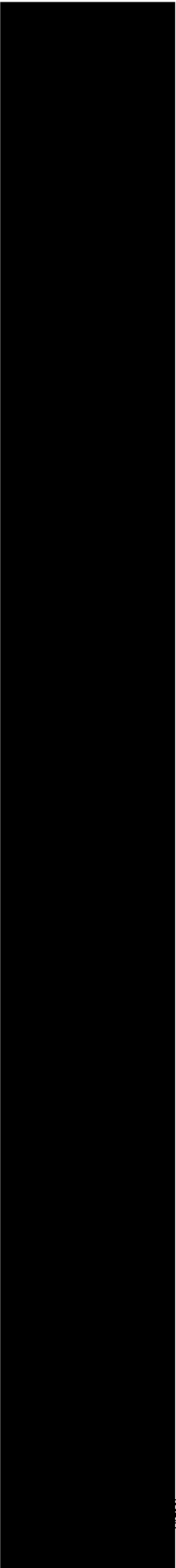
RADICADO: 11001 31 05 037 2019 00851 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS

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.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada





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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

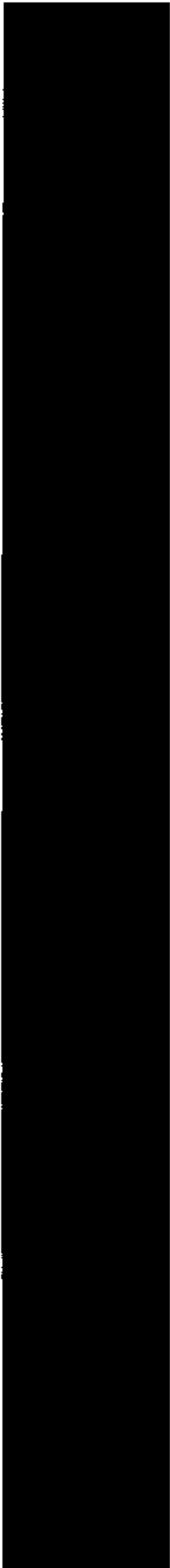
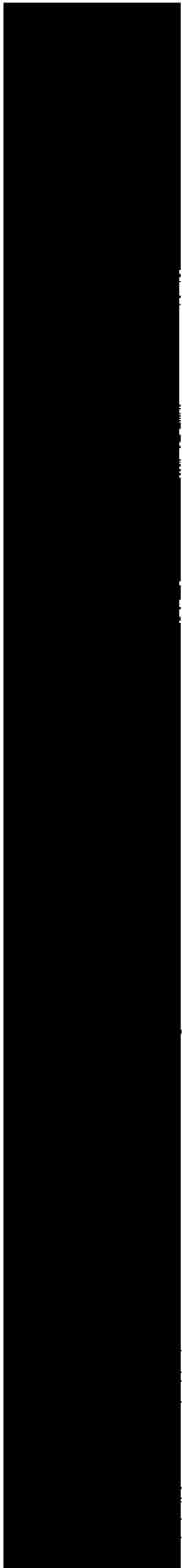
REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 037 2019 00837 01
DEMANDANTE: JAVIER PARDO ANGARITA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTIAS PROTECCION S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de agosto 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 Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 4 de marzo de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

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



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

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

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

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

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. y el posterior traslado a Protección S.A. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales, gastos de administración y comisiones con cargo de sus propias utilidades y sin lugar a realizar descuento. Se disponga a Colpensiones activar la afiliación y a recibir la totalidad de los recursos. Asimismo, a las demandadas 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 nació el 31 de diciembre de 1956 y se afilió al Instituto de Seguros Sociales 1º de abril de 1980 entidad a la que cotizó 546.71 semanas. El 9 de febrero de 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP, luego en diciembre de 1997 se cambió a la AFP Davivir hoy Protección S.A., después se vinculó a la AFP Colpatría hoy Porvenir S.A..

Adujo que en el año 1995 ingresó a laborar con el empleador Constructores Telefónicos y Electrónicos, el que informó que le había realizado un aporte al Instituto de Seguros Sociales, pero que la entidad lo devolvió con el argumento que se encontraba en crisis por tanto, era obligatorio que empezara a aportar a través de un fondo privado del cual no recibió asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva responsable y transparente sobre las características, ventajas y desventajas de los regímenes, pensionales, los efectos y consecuencias de su traslado, ni la posibilidad de regresar a prima media antes de cumplir 52 años de edad.

Refirió que la AFP Porvenir proyectó como mesada pensional \$1.432.200, entre tanto, en Colpensiones ascendería \$4.060.801, según cálculo que contrató de manera particular. Finalmente, que reclamó ante las administradoras el traslado de régimen, pero fue negada (f.º 1 a 13).

Al contestar la demanda, la AFP **Protección S.A.** se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó las fechas de nacimiento de la accionante y afiliación a Davivir S.A., la solicitud presentada a la AFP y su respuesta. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. Para enervar las pretensiones, planteó las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, la buena fe, la prescripción, el aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, el reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, la inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y las demás declarables oficiosamente (f. º 110 a 120).

Al dar respuesta, **Porvenir S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, manifestó no ser ciertos, no constarle o no ser hechos. Con el fin de enervar las pretensiones, planteó las excepciones de prescripción, la buena fe, inexistencia de la obligación, la compensación y las declarables oficiosamente. (f. º 139 a 158).

Por su parte, **Colpensiones** se opuso al éxito de las pretensiones. Respecto de los hechos, admitió el natalicio de la actora, las semanas cotizadas, el traslado horizontal entre AFP y la reclamación administrativa. Manifestó no constarle o no ser ciertos los demás. En su defensa, propuso las excepciones de error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, la prescripción, la presunción de legalidad de los actos administrativos, el cobro de lo no debido, la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f. º 189 a 198).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 04 de marzo de 2021 dispuso como afiliación válida del

demandante la realizada al régimen de prima media administrado por Colpensiones. Condenó a la AFP Porvenir S.A. transferir a Colpensiones todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos financieros. Se abstuvo de imponer condena en costas. (f.º 220).

Como sustento de su decisión, señaló que conforme a la jurisprudencia imperante si la afiliación no tiene el carácter de informada, se reputa ineficaz, pues los fondos privados tienen la responsabilidad de ilustrar a los posibles afiliados sobre las características, condiciones, accesos, defectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, hecho que no fue probado por Porvenir S.A.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

Colpensiones implovió revocar la sentencia apelada, pues el traslado afecta el principio de sostenibilidad del sistema, porque se permite el cambio de una persona inmersa en una prohibición legal. Adujo que la inconformidad con el monto de la mesada pensional no constituye una lesión injustificada a los derechos pensionales del demandante y no es una causa válida para habilitar el traslado. Finalmente, de mantenerse la sentencia la AFP debe ser condenada a trasladar los gastos y cuotas de administración.

A su turno, la AFP **Porvenir S.A.** suplicó revocar la decisión de primera instancia, pues no se probó que en el traslado faltaron elementos esenciales del acto jurídico, tampoco se demostró que el accionante fuera incapaz absoluto o que al momento del traslado tuviera consolidado algún derecho pensional razones suficientes para que la AFP no pudiera reusarse a afiliarlo. Además, se encuentra demostrado de la vinculación se concretó como un acto voluntario y libre de parte del actor. Señaló que al ordenar el traslado se crea un sistema jurídico no previsto por el legislador.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Colegiatura determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al 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 de la demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la H. Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están

obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

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

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

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del

formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y SL3050-2021).

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, STL3200-2020 y SL3050-2021. 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 31 de diciembre de 1956, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 37 años y 529,55 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 15 y 209 vuelto). Así las cosas, el actor no es beneficiario del régimen de transición en razón a la edad y la densidad de cotizaciones.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 9 de febrero de 1996, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º 47). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que el actor estuvo afiliado a la AFP Porvenir S.A. desde el 1º de marzo de 1996 hasta el 31 de enero de 1998, a la AFP ING desde el 1º de febrero de 1998 hasta el 31 de octubre de 1998, a la AFP Colpatria desde el 1º de noviembre de 1998 hasta el 28 de septiembre de 2000, a la AFP Horizonte desde el 29 de septiembre de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2013 y desde el 1º de enero de 2014 en adelante a la AFP Porvenir S.A. (f.º 182).

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante señaló que venía afiliado al Instituto de Seguro Social y en el año de 1996, al regresar al país, el empleador le informó que esta entidad tenía muchos problemas, posiblemente se cerraba, no podía continuar vinculado allí, por lo que tenía que afiliarse a un fondo privado y le pusieron de presente que manejaban Porvenir, fue así como el empleador diligenció el formato con sus datos lo leyó y suscribió. Confesó que no se sintió presionado para trasladarse, sin embargo, la empresa no le dio ninguna otra opción. Admitió que últimamente recibe extractos y que ahora sabe cómo funcionan los rendimientos en el régimen de ahorro individual, pero al momento de trasladarse no. Confesó que nunca se acercó a la AFP para

recibir información acerca de su situación pensional. Adujo no recordar cómo se dio la afiliación a la AFP Protección, no obstante, expuso que cree que se produjo por efecto de la absorción hecha a Davivir S.A., sobre este vínculo señaló que el gerente de la empresa a la que prestaba servicios hizo una reunión donde le informó que ese fondo sería mejor en términos de pensión, motivo por el cual se trasladó y luego se cambió a Colpatria porque le dijeron que allí estaban vinculados quienes tenían mayores ingresos y que en consecuencia la prestación podía ser superior.

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, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

Conforme al escrito de demanda, ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen por 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

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

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, que rememora 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 el fallo analizado, en el sentido de condenar a la AFP Porvenir a trasladar al Colpensiones debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliado a dicho fondo privado.

Se precisa que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP 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 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 también se adiciona en este aspecto.

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 pensiones.

De conformidad con las consideraciones expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura adiciona la decisión analizada 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 el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y siete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 4 de marzo de 2021, en el sentido de condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar al Colpensiones debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliado a dicho fondo privado.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada, en el sentido de condenar a la AFP Protección S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliado a dicho fondo privado.

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 del demandante en montos no previstos y

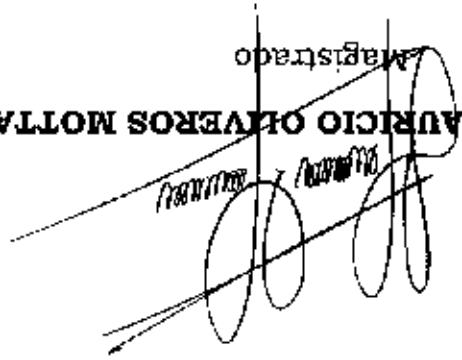
sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

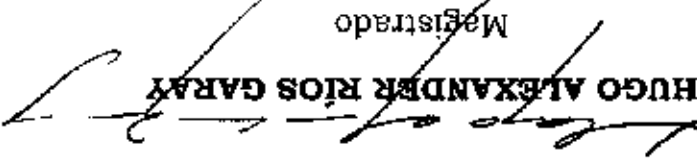
CUARTO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada

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

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ANGÉLICA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JAVIER PARDO ANGARITA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 037 2019 00837 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia para declarar 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 ac tual y que hace relación, entre otras, a las sentencias del párrafo anterior, se presentó a la sala por este despacho la ponencia el 27 de mayo de 2021 con decisión igual a la que se emite en el fallo de hoy 31 de agosto 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, cumple con el principio de congruencia en sus dos excepciones: 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, el punto que así señala en la advertencia señalada en las páginas 1 y 2; el fundamento jurisprudencial 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 cumple porque en virtud de la aplicación de ese precedente se definió 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 27 de mayo de 2021 se postergó hasta el 31 de agosto 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 27 de mayo 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 27 de mayo de 2021 sustentada en las sentencias de tutela que han dejado sin efectos sentencias

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.

del Tribunal por apartarse del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre la ineficacia del traslado.


ANGELA LUCIA 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 032 2019 00677 01
DEMANDANTE: MARÍA MARGARITA ROZO SÁNCHEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de agosto 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 Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de febrero de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

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

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

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

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

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

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare nulo e ineficaz el traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a trasladar A Colpensiones todos los valores que hubiere recibido tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora junto con los rendimientos, frutos e intereses. A Colpensiones a recibir y reestablecer la afiliación sin solución de continuidad. Asimismo, se disponga a las demandadas pagar las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 20 de noviembre de 1961 y se afilió al Instituto de Seguros Sociales desde el 7 de abril de 1987 hasta el 1º de septiembre de 1994 cuando se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. Adujo que el promotor del fondo privado le indicó que pensionarse en el Instituto de Seguros Sociales era inviable y que al cambiarse accedería una mejor pensión, de manera anticipada porque sus recursos serían manejados por expertos financieros, por lo que obtendría grandes rendimientos, además que podría acceder a créditos con los bancos del grupo económico; no obstante, no le brindó información clara, precisa y oportuna sobre las características, ventajas, desventajas e implicaciones de su decisión.

Adujo, la AFP le realizó la simulación pensional según la cual en el fondo privado la pensión sería de \$1.848.000, entre tanto, con Colpensiones ascendería a \$6.658.882, de acuerdo con proyección elaborada de manera particular (f.º 3 a 14 expediente digital).

Al contestar, **Colpensiones** se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó el natalicio de la accionante, las fechas de afiliación al Instituto de Seguro Social y de traslado de la demandante a la AFP Porvenir, también la petición de la proyección pensional junto con su respuesta. Manifestó no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, la inobservancia del principio constitucional de

sostenibilidad financiera del sistema, la inexistencia de la obligación de afiliación, el error de derecho no vicia el consentimiento, la buena fe, la prescripción, la presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho y de la obligación, el cobro de lo debido, la buena fe de Colpensiones, la falta de causa para pedir, la inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política y las demás declaraciones oficiosamente. (f.º 91 a 108 expediente digital).

Al dar respuesta la **AFP Porvenir S.A.**, también se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la AFP a la que se encuentra vinculada actualmente y la proyección pensional realizada. Manifestó no constarle, no ser ciertos o no ser hechos los demás. En su defensa, 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 la buena fe. (f.º 120 a 135 expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 25 de febrero de 2021, declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual realizado a través de la AFP Porvenir S.A. el 30 de agosto de 1994. En consecuencia, condenó a la AFP trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes de la cuenta individual, junto con los rendimientos y las sumas descontadas por gastos de administración y seguros previsionales. A Colpensiones a recibirla como afiliada en prima media sin solución de continuidad. Condenó en costas a Porvenir S.A. (expediente digital).

Como sustento de su decisión, luego de analizar las pruebas obrantes concluyó que la AFP Porvenir S.A., no demostró haber brindado la información completa, veraz, oportuna, objetiva, comparada sobre las características, condiciones, efectos y riesgos de cada régimen pensional para que la demandante supiera su decisión de trasladarse.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

La **AFP Porvenir S.A.** imploró revocar la sentencia porque no existen razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado, debido a que el mismo se concretó como una manifestación de voluntad consiente, libre y espontánea de la accionante quien suscribió el formulario de afiliación que cumplía con los requisitos vigentes para la época. Advirtió que la actora exteriorizó su voluntad de permanecer en el RAIS y conocía las características de los fondos privados. Asimismo, que no procede la devolución de gastos de administración como quiera que no están destinados a financiar la prestación económica, obedecen a la gestión de la AFP y estuvieron destinados en parte a cubrir los seguros previsionales.

Colpensiones por su parte suplicó revocar la sentencia, al argumentar que no se demostró la configuración de ningún vicio del consentimiento, la AFP cumplió con el deber de información a su cargo porque expuso a la accionante las características, ventajas y desventajas del RAIS. Adujo que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado en razón a la edad y no puede predicarse que se le vulneró alguna expectativa pensional legítima. Finalmente, que se genera una afectación en la sostenibilidad financiera de Colpensiones.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

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

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

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

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

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

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

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

Finalmente, conviene precisar que la sostenibilidad del sistema tampoco se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 20 de noviembre de 1961, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 32 años y cotizó 361,84 semanas a Colpensiones (l.º 15, 16 y 109 expediente digital). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y la densidad de cotizaciones.

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

ocurrió el 30 de agosto de 1994, así se colige del formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f. º 136 expediente digital). El que se hizo efectivo a partir del 1º de septiembre de 1994 según reporte de Asofondos de folio 138 del expediente digital.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que a su lugar de traslado llegaron promotores del fondo privado, realizaron una reunión que no duró más de media hora en la cual informaron que con el Instituto de Seguros Sociales estaba en riesgo el derecho a la pensión debido a los manejos de la entidad, entre tanto, en el RAIS podría pensionarse de manera anticipada y en un monto mayor. Confesó que el asesor le informó que en la cuenta individual tendría rendimientos y podría realizar aportes voluntarios. Admitió que firmó el formulario de vinculación de forma libre y voluntaria, pero aclaró que no le hicieron ninguna proyección con la cual pudiera verificar que su pensión sería inferior y tampoco le dijeron que podía regresar a prima media. También aceptó que recibe extractos. De otro lado, reconoció que su motivación para trasladarse a Colpensiones radica en el monto de la mesada pensional.

Conforme a las pruebas allegadas al plenario, encuentra la Sala que la AFP Porvenir S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación 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 trasladarse para obtener un monto de mesada superior y de forma anticipada, o la referencia que el ISS se iba acabar, no son propios de una información clara, objetiva, cierta,

comprensible de las características de un régimen pensional en armonía con las condiciones particulares ostentadas por la actora al momento del traslado. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

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

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, bonos pensionales 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 rememora 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 confirmará 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 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

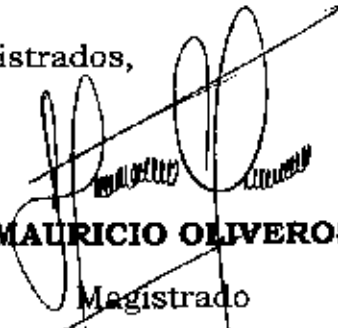
PRIMERO: ADICIONAR la sentencia analizada en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para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

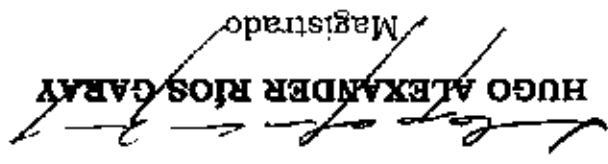
SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

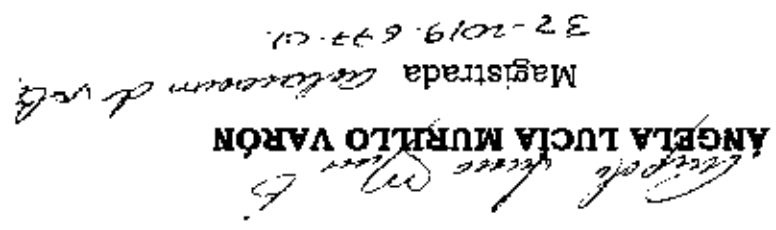
TERCERO: Sin COSTAS en la consulta y en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURIILLO VARÓN
Magistrada *Caracterizada de v.b.*
32-2019-697-01.

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARÍA MARGARITA ROZO SANCHEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 032 2019 00677 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia para declarar 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 del 27 de mayo de 2021 con decisión igual a la que se emite en el fallo de hoy 31 de agosto 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 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; el fundamento jurisprudencial 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 27 de mayo de 2021 se postergó hasta el 31 de agosto 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 27 de mayo 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 27 de mayo de 2021 sustentada en las sentencias de tutela que han dejado sin efectos sentencias

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.

del Tribunal por apartarse del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre la ineficacia del traslado.

Angela Lucia Muriello Varón
ANGELA LUCIA 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 012 2019 00033 01
DEMANDANTE: JAIME ARTURO DEL PORTILLO GUZMÁN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

Conforme a memorial de folio 147, se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. MARIA ELENA FIERRO GARCÍA identificada con Cedula de ciudadanía No. 1.024.463.21 y T.P. No. 291.785 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. JOHANNA ANDREA SANDOVAL identificada con Cedula de ciudadanía número 38.551.125 y T.P. No. 158.999 del C.S. de la J., quien funge como apoderada general de la demandada, según Escritura Pública No. 3390 de 4 de septiembre de 2019 (f.º 149 a 162).

Igualmente, de conformidad con la solicitud de folio 174, se tiene como apoderada de la parte demandante a la Dra. PAULA ALEJANDRA ACEVEDO TIBAMBRE identificada con Cedula de ciudadanía No. 1.055.690.408 y T.P. No. 316.063 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. MONICA VIVIANA DUARTE ESTEBAN identificada con Cedula de ciudadanía número 1.090.438.981 y T.P. No. 255.19714 del C.S. de la J., quien funge como apoderada principal, según poder de folio 128.

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la demandada Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del

Circuito de Bogotá, D.C., el 12 de febrero de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad del acto administrativo No. 989818 del 24 de enero de 1998 por el cual se vinculó al régimen de ahorro individual a través de Porvenir S.A. En consecuencia, se condene a la AFP a trasladar a Colpensiones todos los aportes realizados en la cuenta individual junto con los rendimientos generados. A Colpensiones a aceptar el traslado y recibir los aportes, junto con los rendimientos. Se condene a Porvenir S.A. a pagar las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que se afilió al Instituto de Seguro Social el 30 de octubre de 1978 donde cotizó 489 semanas hasta el 31 de marzo de 1998. En enero de 1998 cuando laboraba al servicio del Hospital Santa Clara, como médico especialista, fue contactado por una asesora de Porvenir S.A. quien le indicó que en razón a su edad y salario le convenía cambiarse al fondo privado porque que su mesada pensional sería equivalente o aproximada al salario que devengaba, lo persuadió hasta que firmó, pero no le proporcionó ni le entregó ninguna proyección o cálculo financiero que sustentara su dicho.

Refirió que desde el año 2013 cotiza sobre un IBC superior a los 10 salarios mínimos legales. En el 2018 Porvenir le informó que en la AFP su mesada ascendería a \$1'200.000 o el equivalente a 1,5 salarios mínimos y que debido a una prohibición legal no le era posible retornar a prima media, pues estaba a menos de 10 años de alcanzar la edad de pensión. En octubre de la misma anualidad solicitó el cálculo comparativo de la mesada pensional, en respuesta le indicaron que a los 71 años en el RAIS la mesada sería de \$1'486.900, entre tanto, en prima media ascendería a \$5'482.500. Solicitó al fondo privado estudios pensionales realizados el momento de la afiliación, copia del formulario y copia de la notificación de restricción, pero la AFP sólo le envió copia del formulario. Finalmente, que

solicitó a las administradoras anular el traslado, la que fue negada (f.º 1 a 17).

Al dar respuesta **Porvenir S.A.** se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó únicamente los relacionados con las solicitudes presentadas por el actor y las respuestas dadas por la AFP. Manifiesto no ser ciertos o no constarle los demás. En defensa de sus intereses, planteó las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, la buena fe, la prescripción de las obligaciones laborales de trato sucesivo, la inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, la debida asesoría y las demás declarables de oficio. (f.º 56 a 62 vuelto).

Al contestar **Colpensiones** también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, los relacionados con las peticiones presentadas por el actor y las respuestas dadas por las administradoras. Manifiesto no constarle o no ser ciertos los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, la no configuración del derecho al pago de intereses y la indemnización moratoria, la buena fe y las demás declarables de oficio (f.º 101 a 106).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 12 de febrero de 2020 declaró ineficaz la afiliación en sentido estricto celebrada entre el demandante y a la AFP Porvenir S.A. el 24 de enero de 1998, así como las afiliaciones posteriores o sucesivas. Condenó a la AFP Porvenir S.A. a realizar el traslado de régimen de ahorro individual al régimen de prima media tanto de la relación jurídica como del valor de los saldos, aportes y rendimientos consignados en la cuenta de ahorro individual. A Colpensiones a aceptar el traslado y a recibir el monto de aportes, saldos pensionales y rendimientos. Absolvió a las demandadas de las demás súplicas. Declaró no probadas las excepciones formuladas por

Porvenir y Colpensiones. Se abstuvo de imponer condena en costas. (f. º 130 y reverso).

Como sustento de su decisión, señaló que el accionante es beneficiario del régimen de transición. Expuso que conforme a la imperante jurisprudencia si la afiliación no tiene el carácter de informada, se reputa ineficaz, pues conforme al Decreto 663 de 1993, desde su creación las AFP tienen el deber de ilustrar a sus futuros afiliados sobre las características, condiciones, accesos, defectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, circunstancias que la AFP Porvenir no logró probar. Señaló que dado el problema jurídico planteado no opera el fenómeno extintivo de la prescripción.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada **Porvenir S.A.** interpuso recurso de apelación, al argumentar que no se comparte la declaratoria de ineficacia del acto jurídico toda vez que el demandante hizo una doble afiliación en el RAIS en 1998 a Porvenir y en 1999 a Colpatria, aunque en la actualidad se encuentran fusionadas para la época de los cambios eran personas jurídicas totalmente distintas, por consiguiente se configuró la ratificación de la voluntad de afiliación por cambio de administradora.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Colegiatura determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al 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 de la demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la H. Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

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

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

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y SL3050-2021).

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, STL3200-2020 y SL3050-2021. 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 julio de 1952, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 41 años y 384,67 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 111 expediente Administrativo). Así las cosas, el actor es beneficiario del régimen de transición en razón a la edad.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 24 de enero de 1998, así se observa en el formulario de afiliación

a la AFP Porvenir S.A. (f.º 64). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que el actor estuvo afiliado a Porvenir S.A. desde el 1º de marzo de 1998 a 31 de agosto de 1999, a Colpatria S.A. desde el 1º de septiembre de 1999 al 28 de septiembre de 2000, a Horizonte S.A. desde el 29 de septiembre de 2000 al 31 de diciembre de 2013 y a partir del 1º de enero de 2014 en adelante a la AFP Porvenir S.A. (f.º 66)

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante señaló que cuando trabajaba para el Hospital Santa Clara una asesora de Horizonte le explicó en un corredor, que le convenía trasladarse de régimen porque se podían pensionar anticipadamente, pero no les explicó nada más y ahí mismo firmó el formulario. Refirió que no recordaba haber firmado o diligenciado otros documentos o solicitudes de vinculación.

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, 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 de manera anticipada, 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 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 el fallo analizado, en el sentido de condenar a la AFP Porvenir a trasladar a Colpensiones debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliado a dicho fondo privado.

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 pensiones.

De conformidad con las consideraciones expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colgatura adiciona 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 el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 12 de febrero de 2020, en el sentido de condenar a la AFP Porvenir a trasladar al Colpensiones debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración.

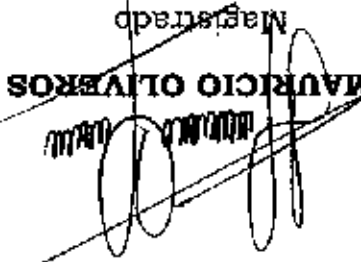
SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia analizada, en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para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

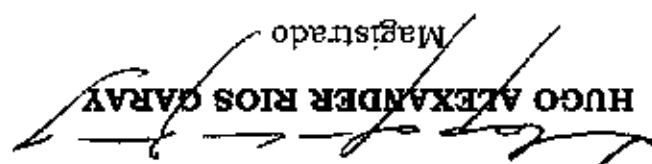
TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada

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 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo
12-2019-00033-01

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



ACLARACIÓN DE VOTO

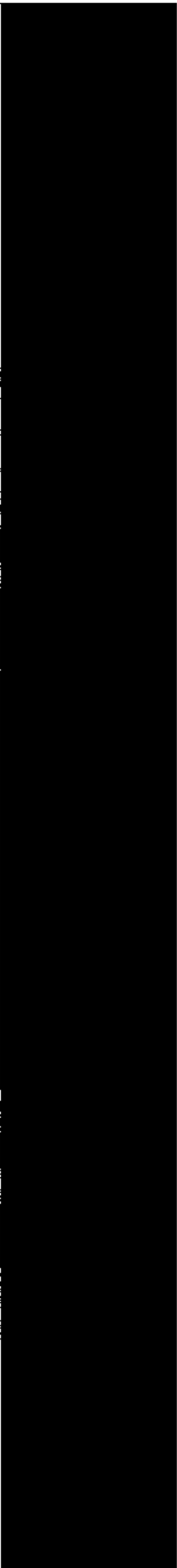
DEMANDANTE: JAIME ARTURO DEL PORTILLO GUZMAN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS
RADICADO: 11001 31 05 012 2019 00033 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS

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.


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 011 2019 00247 01
DEMANDANTE: JUAN BOLAÑOS.
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES
DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP.

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

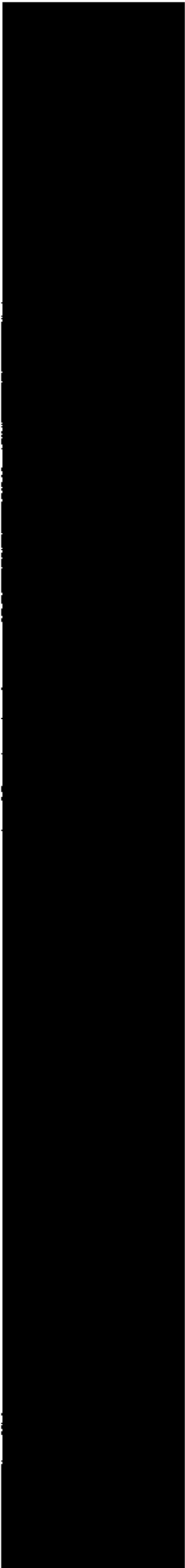
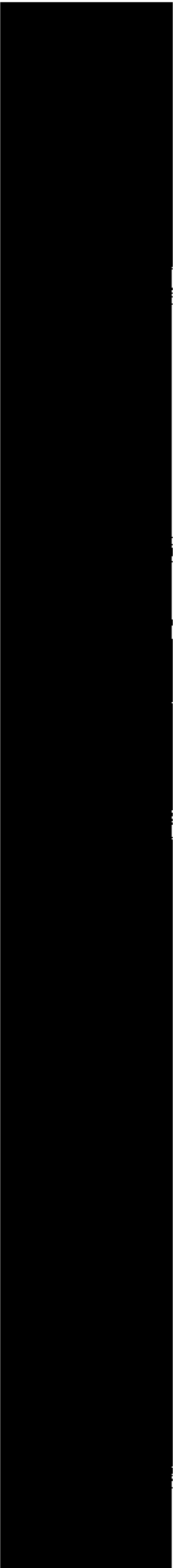
SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de septiembre de 2020.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se condene a la demandada a reconocer la pensión convencional de jubilación a partir del 11 de junio de 2012, de conformidad con el artículo 98 de la convención colectiva de trabajo suscrita el 31 de octubre de 2001, esto es, en un 100% del promedio de todos los factores percibidos en los tres últimos años, junto con los intereses moratorios, la indexación, 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 nació el 11 de junio de 1957 y prestó sus servicios personales al Instituto de Seguros Sociales por espacio de 31 años y 9 meses como trabajador oficial. Refiere que se encuentra vinculado a Sintraseguridadsocial organización que suscribió convención colectiva con el Instituto de Seguros Sociales el 31 de octubre



de 2001 con vigencia diferencial y que en su artículo 98 dispone el reconocimiento de la pensión de jubilación.

Manifestó que luego de varias peticiones Colpensiones mediante Resolución VPB 3250 del 10 de marzo de 2014 le reconoció pensión de jubilación al amparo del Decreto 1653 de 1977, a partir del 11 de junio de 2012, en cuantía inicial de \$1.784.642 para lo cual tomó en consideración 1642 semanas y el 100% del IBL. Al no estar conforme interpuso recurso de reposición, pero la entidad confirmó su decisión inicial. Finalmente, que el 5 de julio de 2018 reclamó administrativamente (f.º 3 a 16).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, adujo ser ciertos los relativos a los actos administrativos emitidos por Colpensiones, la vinculación laboral con el Instituto de Seguros Sociales, el contenido de la convención colectiva, la supresión del ISS y la reclamación administrativa. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción e inexistencia de la obligación (f.º 128 a 132).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 23 de septiembre de 2020, absolvió a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra. Declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación e impuso condena en costas a cargo de la prte accionante (f.º 142 y 143).

En sustento de su decisión, advirtió que el demandante acreditó 20 años de servicios y cumplió 55 años de edad en el año 2012, es decir, que cumplió los requisitos para acceder a la prestación reclamada cuando la convención colectiva de trabajo ya no estaba vigente por efecto del Acto Legislativo 01 de 2005. Concluyó que de todas maneras para acceder a la pensión de jubilación convencional los requisitos de edad y tiempo de

servicios deben ser acreditados cuando el trabajador está al servicio de la entidad.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante implovió revocar la sentencia al argumentar que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión convencional de jubilación prevista en el artículo 98 de la convención colectiva, pues acredita los requisitos allí previstos de edad y tiempo de servicios en aplicación de la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, la H. Corte Constitucional y la OIT.

Además, manifestó que es procedente el pago de intereses moratorios desde el 11 de junio de 2012 hasta que se verifique el pago de la prestación.

IV. CONSIDERACIONES

Conforme al recurso de apelación corresponde a la Sala determinar si el promotor del juicio tiene de derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación prevista en el artículo 98 de la convención colectiva 2001 - 2004, norma extralegal suscrita entre el Instituto de Seguros Sociales y la organización sindical Sintraseguridadsocial.

En el presente caso se encuentra demostrado que: *ii*) entre el sindicato de trabajadores Sintraseguridadsocial y el Instituto de Seguros Sociales se celebró una convención colectiva de trabajo vigente desde el 1º de noviembre de 2001 hasta el 31 de octubre de 2004; *iii*) el artículo 98 del citado acuerdo consagró un beneficio pensional en favor de los trabajadores oficiales que cumplan «*veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos al Instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55), si es hombre y cincuenta (50) años si es mujer, (f.º 67); iii*) el demandante cumplió los 55 años el 11 de junio de 2012, dado que nació el mismo día y mes de 1957, según copia de cedula de ciudadanía (f.º 18); *iv*) el accionante prestó sus servicios al Instituto de Seguros Sociales a partir de

16 de abril de 1975 hasta el 31 de agosto de 2006 (f.º 42 a 45) y *v)* como se infiere de la Resolución VPB 3250 del 10 de marzo de 2014, Colpensiones le reconoció al actor pensión al amparo de lo dispuesto en Decreto 1653 de 1977 en cuantía inicial de \$1.784.642, a partir del 11 de junio de 2012 (f.º 42 a 45).

Igualmente, se encuentra probado que la convención colectiva de trabajo no fue objeto de denuncia, de manera que por efecto del artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo se prorrogó automáticamente por periodos sucesivos de 6 meses hasta el límite temporal que prevé el Acto Legislativo 01 de 2005 (f.º 59 a 102, constancia de depósito folio 63 vuelto).

En relación con las pensiones convencionales, recuerda esta Corporación que el Acto Legislativo 01 de 2005, por el cual se reformó el artículo 48 de la Constitución Nacional, dispuso 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 a partir de entrada en vigor de la citada enmienda constitucional y el 31 de julio de 2010, no podrían estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encontraran vigentes. En todo caso, dispuso que perderían vigencia el 31 de julio de 2010.

La Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 31000, 31 en. 2007, reiterada entre otras en SL 30077, 23 en. 2009, SL1409-2015 y SL4963-2016, inicialmente al fijar un alcance de la citada enmienda constitucional estableció como reglas de interpretación las siguientes:

“a) –El “término inicialmente estipulado” hace alusión al que las partes celebrantes de un convenio colectivo expresamente hayan pactado como el de la duración del mismo, de manera que si ese término estaba en curso al momento de entrada en vigencia del acto legislativo, ese convenio

colectivo regítra hasta cuando finalizara el "término inicialmente pactado". Ocurrido esto, el convenio pierde totalmente su vigencia en cuanto a materia pensional se refiere y no podrán las partes ni los árbitros disponer sobre dicha materia en un conflicto colectivo económico posterior.

b) – En el caso en que al momento de entrada en vigencia del Acto Legislativo un convenio colectivo estaba vigente por virtud de la figura de la prórroga automática.

c).-Cuando la convención colectiva de trabajo a la entrada en vigencia del acto legislativo se encuentra surtiendo efectos por virtud de la denuncia de la convención colectiva de trabajo y la iniciación posterior del conflicto colectivo de trabajo que no ha tenido solución.

En las dos últimas situaciones, debe advertirse que la convención sigue vigente por ministerio de la ley y no por voluntad de las partes. En estos casos, de conformidad con el párrafo 3º transitorio, las disposiciones convencionales en materia de pensiones continúan su observancia hasta el 31 de julio de 2010 y no pueden las partes ni los árbitros, entre la vigencia del acto legislativo y el 31 de julio de 2010, pactar o disponer condiciones más favorables a las que están en vigor a la fecha en que entró a regir el acto legislativo.

Quiere decir lo anterior, que por voluntad del constituyente delegado, las disposiciones convencionales en materia de pensión de jubilación que se encuentran regiendo a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 de 2005, mantendrán su curso máximo hasta el 31 de julio de 2010, lo que indica que ni las partes ni los árbitros pueden regular condiciones más beneficiosas a las estipuladas, pues la voluntad superior les ha prohibido expresamente tratar ese punto.

Paralelamente, la H. Corte suprema de Justicia a partir de la sentencia SL12498-2017, al realizar un nuevo estudio del párrafo 3º de la citada enmienda constitucional, puntualizó:

Nótese que, a juicio de esta Corporación, del precepto constitucional objeto de análisis se desprende una primera regla, consistente en que la expresión "término inicialmente pactado" hace alusión al tiempo de duración expresamente acordado por las partes en una convención colectiva de trabajo, de manera que "si ese término estaba en curso al momento de entrada en vigencia del acto legislativo, ese convenio colectivo regítra hasta cuando finalizara el "término inicialmente pactado". Esto, desde luego, se refiere a aquellos acuerdos colectivos o reglas pensionales que sean negociadas por primera vez antes de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y cuya fecha de finalización sea ulterior a esta reforma constitucional.

La segunda y tercera hipótesis, básicamente expresan un mismo razonamiento, en el sentido que en el evento de que la convención haya sido objeto de sucesivas prórrogas por cuenta de lo dispuesto en el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo, las reglas pensionales subsisten hasta el 31 de julio de 2010, fecha fijada como límite a la pervenencia de los beneficios pensionales extralegales. A modo de ejemplo, si el vencimiento de un acuerdo colectivo ocurrió en diciembre de 2004 y por fuerza de la renovación legal aludida se ha extendido en múltiples ocasiones de 6 en 6

meses, las prestaciones pensionales allí previstas subsistirán hasta tanto sean eliminados por voluntad de las partes y como máximo hasta el 31 de julio de 2010.

La distinción entre ambos escenarios, a primera vista, parecería arbitraria, empero no lo es. En la primera situación, el constituyente delegado tuvo de presente la necesidad de respetar y darle plenos efectos a los compromisos y términos expresamente acordados por las partes, en ejercicio de su derecho de negociación colectiva, que les permite pactar libremente el tiempo de vigencia de los beneficios convencionales, sin que ello pueda ser abolido unilateralmente por una disposición jurídica. Se evitó así, la restricción e imposición heterónoma a lo que autónomamente habían negociado las partes y sobre lo cual recalcan sus expectativas legítimas de que lo acordado iba a tener cierta estabilidad laboral.

Con esta fórmula podrían darse eventos en los que las reglas pensionales no solo se extiendan más allá del año 2005 sino, incluso, del 31 de julio de 2010, tal como sería el caso de una convención colectiva suscrita por primera vez en el año 2004, con una vigencia de 10, 12 o 14 años.

No obstante, la misma Corporación en sentencia SL2543-2020, precisó el alcance del parágrafo 3º del pluricitado Acto Legislativo 01 de 2005, en los siguientes términos:

"Teniendo en cuenta todo lo expuesto en líneas precedentes, la Sala considera necesario precisar aquí y ahora su postura, en el sentido de señalar que en aplicación del parágrafo transitorio 3 del Acto Legislativo 01 de 2005, cuando la convención colectiva se encuentre surtiendo efectos a la fecha de entrada en vigor la enmienda constitucional -29 de julio de 2005-, cualquiera sea el motivo para ello -en curso de la vigencia inicial pactada por las partes, en curso de alguna de las prórrogas prevista en la ley o en trámite de resolución de conflicto suscitado por denuncia de la convención-, la extinción de las reglas pensionales allí convenidas, solo se producirá al vencimiento de los plazos o de las prórrogas automáticas producidas por mandato del artículo 478 del CST o por la firma de una nueva convención; que en todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010"

Más recientemente el Órgano de cierre en sentencia SL3635-2020 clarificó su criterio sentado en providencia anteriormente referida y en su lugar, precisó que, los asuntos pensionales consagrados en convenciones colectivas de trabajo, laudos o pactos, a la luz del Acto Legislativo 01 de 2005 las pautas que regulan la materia se sintetizan en:

- a) *"En los eventos en que las reglas pensionales de carácter convencional suscritas antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 y al 29 de julio del mismo año se encontraban en curso, mantendrá su eficacia por el término inicialmente pactado, aún con posterioridad al 31 de julio de 2010, hasta cuando se llegue al plazo acordado.*

b) Si al 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del acto legislativo en mención, respecto del convenio colectivo estaba operando la prórroga automática consagrada en el artículo 478 del Código Sustantivo de Trabajo y las partes no presentaron la denuncia en los términos del artículo 479 ibidem, las prerrogativas pensionales se extendieron solo hasta el 31 de julio de 2010.

c) Si la convención colectiva de trabajo se denunció y se trabó el conflicto colectivo, los acuerdos pensionales, por ministerio de la ley se mantuvieron según las reglas legales de la prórroga automática, hasta el 31 de julio de 2010 y, en tal caso, ni las partes ni los árbitros podían establecer condiciones más favorables a las previstas en el sistema general de pensiones entre la fecha en la que entró en vigencia el Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010.

En este último pronunciamiento, en un caso de contornos similares al presente, la H. Corte Suprema de Justicia analizó la vigencia de la convención colectiva de trabajo suscrita entre Sintraseguridad Social y el extinto ISS. Allí, especificó concretamente que las prerrogativas relativas a la pensión de jubilación tienen una vigencia superior al 31 de octubre de 2004, en tanto de conformidad con el artículo 2º y 98 su vigencia se extiende hasta el año 2017, lo cual fue reiterado en sentencia CSJ SL5116-2020.

Frente a dicha interpretación, al amparo de una lectura integral de la norma extralegal, considera esta Sala de manera respetuosa, que el artículo 98 de la convención colectiva cuya aplicación reclama el demandante, el querer de las partes no fue extender su vigencia hasta el año 2017, dado que los suscribientes reconocieron expresamente en el parágrafo 4º que “el reconocimiento y pago de las jubilaciones” lo sería “en un horizonte de diez (10) años”, contados a partir de la vigencia del acuerdo extralegal.

Ello es así, como quiera que los suscribientes eran conocedores del límite temporal del presupuesto que financiaría esta prestación al contemplar: “El presente artículo se acuerda por las partes como resultado de la demostración actuarial, técnica, económica y financiera, efectuada por la comisión técnica integrada por los Ministerios de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social el Sindicato Sintraseguridad Social, donde se constató, que el reconocimiento y pago de

las jubilaciones en un horizonte de diez (10) años, está plenamente garantizado sin afectar la estabilidad económica de la empresa y sin constituir riesgo fiscal para la Nación”.

Quiere decir lo anterior, que al no contar las partes con una previsión y provisión presupuestal posterior a los 10 años que financiara la pensión de jubilación, tal como lo dejaron expresamente anotado las partes convocantes, no puede concluirse entonces una vigencia de los beneficios pensionales hasta el año 2017, pues la sostenibilidad fiscal es un axioma que **“debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica”** tal como lo señala el artículo 334 de la Constitución Nacional.

Bajo ese prisma, constituye una regla constitucional que la negociación colectiva en entidades públicas debe necesariamente respetar el presupuesto público o principio de previsión y provisión presupuestal determinado en la ley para la suscripción del o los acuerdos colectivos con incidencia económica presupuestal, conforme al gasto de mediano plazo, la política macro económica del Estado y su sostenibilidad y estabilidad fiscal, como se infiere de la Constitución Nacional en el Título XII referente al **“Régimen Económico y De La Hacienda Pública”**.

En tal sentido, es dable afirmar que la voluntad de las partes en el marco de la negociación colectiva en entidades públicas encuentre un límite necesario para garantizar un fin esencial del Estado, como lo es, la prevalencia del interés general sobre el particular (art. 2 de la Constitución Política).

Así las cosas, no podría entenderse que la pensión de jubilación prevista en el artículo 98 del acuerdo extralegal mantuvo su vigencia hasta el año 2017, toda vez que la negociación colectiva en entidades gubernamentales debe respetar las competencias exclusivas que la Constitución Política y la ley atribuyen a las entidades y autoridades públicas. De suerte que la autonomía negocial en estos eventos está supeditada a esa previsión y provisión presupuestal de la cual las partes

tenían pleno conocimiento estaba garantizada solo por 10 años a partir de la vigencia de la convención según se lee del parágrafo 4 del artículo 98 del convenio que da génesis a la pensión de jubilación, esto es, hasta el 1º de noviembre de 2011.

Aquí resulta importante acotar que para la data de suscripción de la convención colectiva sobre la cual se edifica la prestación reclamada, el ISS atravesaba una difícil situación administrativa y financiera, la cual conllevó incluso a que la entidad y los trabajadores por intermedio del sindicato mayoritario Sintraseguridadsocial, con el apoyo e impulso del Gobierno Nacional llegaran a acuerdos precisos, tendientes entre otras cosas, a propender por su sobrevivencia y, por ende, de los puestos de trabajo de sus servidores.

Algunos de estos acuerdos se materializaron por ejemplo en la congelación por 10 años de beneficios previstos en el estatuto como el incremento adicional sobre salarios básicos (artículo 40); el auxilio oftalmológico (artículo 56); el pago retroactivo de las cesantías (artículo 62) y por 5 años el aporte de la empresa al Fondo Especial de Préstamos de Vivienda (artículo 64).

Circunstancias que permiten entender la razón de ser del artículo 2º, que refiere a una extensión de la vigencia de la convención mas allá de la general prevista para el 31 de octubre de 2004, cuando indica que el acuerdo “tendrá una vigencia de tres años contados a partir del primero (1) de noviembre de dos mil uno (2001) hasta el 31 de octubre de dos mil cuatro (2004). Salvo los artículos que en la presente convención se les haya fijado una vigencia diferente.”

Paralelamente, la referencia del artículo 98 de la disposición convencional cuando alude en los incisos i), ii) y iii) al año 2002 a 2007, 2007 a 2016 y “Para quienes se jubilen a partir del primero de enero de 2017, 100% del promedio mensual de lo percibido en los cuatro últimos años de servicio,” no hace mas que indicar la forma en la cual debe liquidarse la pensión de los trabajadores que cumplieran requisitos para acceder a la

prestación en diferentes escenarios temporales. Lo cual no significa que la entidad se haya obligado a reconocer pensiones hasta el año 2017 o con posterioridad, pues la referencia a estas anualidades es meramente enunciativa y no permite su lectura establecer que las partes le fijaron una vigencia diferente a la prevista en el parágrafo 4º, sustentada en presupuesto previamente definido y conocido por los convocantes del acuerdo colectivo.

En este orden de ideas, dado el contenido de la norma convencional, las previsiones y provisiones presupuestales para la garantía del pago de la pensión de jubilación establecida por las partes, así como el momento histórico y económico en el que se encontraba el Instituto de Seguros Sociales para el año 2001, no es dable considerar que la entidad se obligó a reconocer pensiones de jubilación hasta el año 2017 y más allá, pues lo cierto es que tal como quedó expresamente señalado en el estatuto contractual, únicamente se contaba con la garantía financiera para cubrir esta obligación en los 10 años siguientes a su vigencia.

Convicne señalar que la lectura y aplicación del artículo 98 debe realizarse en su integridad, pues las partes en ejercicio de su poder de negociación y disposición establecieron los pactos allí plasmados. Sobre el particular, no está de más recordar que los convenios 87, 98, 151 y 154 de la Organización Internacional del Trabajo reconocen abiertamente el derecho que asiste a todas las organizaciones sindicales de negociar libremente con los empleadores las condiciones que regirán los contratos de trabajo, prerrogativa que se otorga a todas las agremiaciones sin discriminación alguna y sin importar si pertenecen a los sectores privado o público. Por tanto, dada la naturaleza y fuerza normativa de las convenciones colectivas de trabajo, sus cláusulas se incorporan a los contratos individuales de trabajo para modificarlos y representan una fuente de derechos y obligaciones para quienes directa o indirectamente se ven cobijados (CSJ SL16811-2017), por ello, la Sala no puede desconocer los términos y contexto en que las partes pactaron la vigencia de la convención.

Al amparo de los argumentos esbozados, el demandante no tiene derecho al reconocimiento de la pensión suplicada, como quiera que, si bien acreditó 20 años de servicios el 16 de abril de 1995 (f.º 54), sólo alcanzó la edad de 55 años el 11 de junio de 2012, es decir, con posterioridad al 1º de noviembre de 2011, fecha hasta la cual las partes debidamente facultadas podían realmente extender la vigencia de la prestación de jubilación regulada en el artículo 98 de la convención colectiva.

Es oportuno indicar, que conforme a la composición de la cláusula 98 del estatuto colectivo, las partes establecieron que la pensión se causa con el cumplimiento del tiempo de servicio y la edad. Lo anterior tiene sentido, como quiera que la redacción de ese primer inciso une el tiempo de servicios y la edad como elementos que se suman y forman un conjunto al estar incorporada allí la letra “y”, lo que permite afirmar que estamos ante una “*conjunción copulativa*” entendida esta según el diccionario de la Real Academia Española como “*coordinante que forma conjuntos cuyos elementos se suman*”, es decir, que no pueden ser separados.

Igualmente, de tiempo atrás la H. Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia ha señalado que la edad mínima requerida en la cláusula convencional es un requisito de causación y no de disfrute, en tanto nada distinto se estableció de manera expresa en el citado instrumento normativo (CSJ SL 35399, 23 jul. 2009, CSJ SL803-2013, CSJ SL14663-2014, CSJ SL435-2015 y CSJ SL122-2020).

Asimismo, para esta Sala conforme a lo pactado por las partes en el artículo 98 del instrumento colectivo, la edad no es un asunto insustancial, dado que constituye un referente importante para proyectar el cálculo actuarial o la experticia “*técnica, económica y financiera, efectuada por la comisión técnica integrada por los Ministerios de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*” que permitió garantizar el pago de la prestación durante los 10 años siguientes a la vigencia de la convención “*sin afectar la estabilidad económica de la empresa y sin constituir riesgo fiscal para la Nación*”.

De la misma forma, en este caso el cumplimiento de la edad es un requisito indispensable para la causación del derecho al constituir un elemento identificador del desgaste físico del trabajador que lo habilita para disfrutar del descanso, luego del tiempo laborado al servicio de la entidad, que le permite percibir una prestación mensual que reemplaza su asignación salarial ordinariamente percibida.

En consecuencia, para esta Colegiatura el derecho a la pensión de jubilación no se origina de manera exclusiva en el tiempo de servicios prestados, sino que además debe confluir la edad, requisito que se reitera la demandante cumplió con posterioridad al plazo establecido en la convención.

Por tal motivo, ante la inexistencia del derecho reclamado, se confirma la sentencia apelada.

Sin costas en la la apelación ante su no causación.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de septiembre de 2020.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

11-2019-00247-01
Magistrada
ANGELA LUCIA MURILLO VARÓN

Magistrado
HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Magistrado
HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JUAN BOLAÑOS

DEMANDADA: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL
Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-

RADICACIÓN: 11001 31 05 011 2019 00247 01

MAGISTRADA PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

A continuación, se expresa las razones de la aclaración de voto.

La pretensión es la aplicación de la norma convencional contenida en el artículo 89 de la Convención colectiva suscrita entre el sindicato de trabajadores y el Instituto de Seguros Sociales, a fin de que se reconozca la pensión convencional a partir del 1 de enero de 2015, y en el texto de la sentencia se señala que dicha convención puede ser aplicada hasta el año 2011, argumento que si bien no afecta la decisión si da lugar a presentar la aclaración de voto.

Es de recordar que respecto del acto legislativo 1 de 2005, la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse en la sentencia SU-555 de 2014, en la cual analizó las recomendaciones al gobierno colombiano del Consejo de Administración la OIT y respecto a la primera, esto es, que *"adopte las medidas necesarias a fin de que los convenios colectivos que contienen cláusulas sobre pensiones, cuya vigencia va más allá del 31 de julio de 2010, mantengan sus efectos hasta su vencimiento"*; concluyó después de realizar el análisis correspondiente en el numeral 3.7.7, lo siguiente: *"De manera que la primera recomendación de la OIT no cubre: (i) a los trabajadores que soliciten pensiones consagradas en nuevos pactos o convenciones celebrados después de la entrada en vigencia del Acto Legislativo; o, (ii) a aquellos que cumplen los requisitos para acceder a la prestación convencional con posterioridad al 31 de julio de 2010, pues no pueden alegar que esperaban recibir pensiones especiales en la medida que para ese momento ya se encontraban vigentes las nuevas reglas constitucionales, por lo tanto sería menos que una expectativa"*.

Criterio que ya ha sido aplicado por la Corte Suprema de Justicia, cuando analizó la convención del ISS y el sindicato en la sentencia 29 nov. 2011, rad. 39808, reiterada en sentencia SL 4963-2016, radicación 56303, cuando señaló como fecha límite de dicha convención la fecha señalada en el acto legislativo 1 de 2005, esto es, hasta el 31 de julio de 2010, al encontrarse afectada por dicho acto legislativo, siendo este criterio coherente con la intención del legislador que estableció el mencionado límite para las reglas pensionales convencionales.

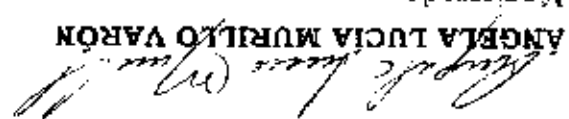
En el presente caso no hay discusión de que la demandante no cumplió con los requisitos exigidos en el inciso primero del artículo 98 de la Convención Colectiva,

esto es, edad y tiempo de servicios antes del 31 de julio de 2010, fecha límite propuesta por el Acto Legislativo 1 de 2005, ya que el requisito de edad lo cumplió el 23 de noviembre de 2012.

Si bien no se desconoce la sentencia SL3635-2020, radicación 74271, del 16 de septiembre de 2020, emitida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es de anotar que se comparó los salvamentos de voto a la misma sentencia porque el parágrafo del Acto Legislativo 1 de 2005 sí bien contempla dos situaciones, al final del mismo señala que las reglas de carácter pensional en todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010, dado que lo que se ha tratado desde el año 1993 con la expedición de la Ley 100 es el garantizar en general a los ciudadanos la seguridad social y no extender de manera indiscriminada privilegios para unos pocos, lo que afecta los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación que rigen el sistema de seguridad social integral.

Adicional a ello, no se puede desconocer que la cláusula 98 de la Convención Colectiva incumple los presupuestos legales y las orientaciones del documento CONPES 3104 señaladas para la negociación de las convenciones colectivas en el año 2001, ya que de manera expresa se indicaba que las entidades públicas, naturaleza que ostentaba el ISS para esa fecha, debían de abstenerse de negociar nuevos esquemas de pensiones y prestaciones diferentes a los regímenes generales establecidos en la Ley 100 de 1993, aunado a que se debía asegurar el cumplimiento de la Ley 617 de 2000.

Notese que se incumple con dicho documento cuando se establece un requisito de edad inferior al señalado en el régimen general de la ley 100 de 1993 y una tasa de reemplazo diferente, aunado que señalaba las condiciones hasta para el año 2017, sin contar con los esquemas de financiación correspondiente.


ANGÉLICA 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 03 2019 00856 01
DEMANDANTE: LUCIO IVÁN ERASO ESTUPIÑÁN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

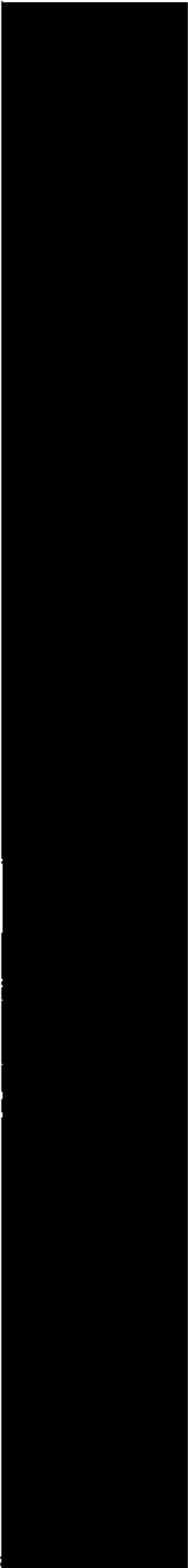
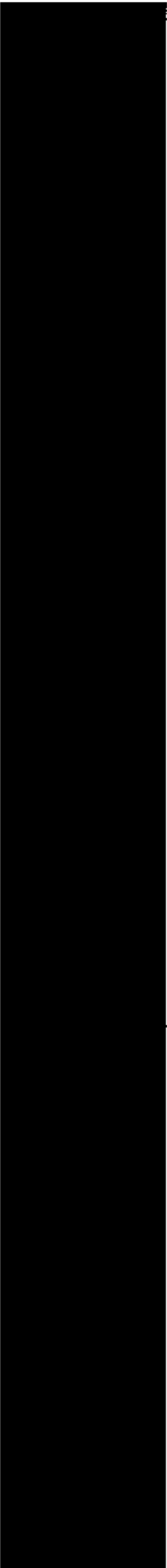
Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Protección S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y la contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de mayo de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. y el posterior cambio a la AFP Protección S.A., por lo que se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media. En consecuencia, se condene a los fondos privados a registrar en su sistema que la afiliación es ineficaz. Se disponga a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual con la inclusión de los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar,



gastos de administración y comisiones con cargo a su propio patrimonio y sin aplicar ningún descuento. A Colpensiones a activar la afiliación y recibir la totalidad de los aportes a pensión incluidos rendimientos, bonos y/o títulos pensionales. Asimismo, a las demandadas a reconocer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y a pagar las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 24 de octubre de 1957 y se afilió al Instituto de Seguro Social el 23 de enero de 1979 donde cotizó 770.43 semanas. El 6 de mayo de 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Horizonte S.A. y luego en febrero de 2011 se cambió a la AFP Protección S.A.. Adujo que en la afiliación inicial no recibió información alguna ya que el formulario se lo suministró el empleador de la época y cuando pasó a la AFP Protección S.A. esta no le proporcionó información veraz, oportuna, pertinente y objetiva sobre las características de cada régimen, sus ventajas y desventajas, tampoco le realizó proyección pensional y omitió informarle sobre la posibilidad de retornar a prima media.

Refirió que Protección S.A. le realizó proyección de pensión según la cual en el fondo privado la prestación de vejez sería de \$828.116. Por su cuenta pagó asesoría a un tercero que le informó que en prima media la mesada ascendería a \$1.768.737. Finalmente, expuso que solicitó a las AFP Porvenir y Protección y a Colpensiones anular la afiliación (f.º 2 a 13).

Al dar respuesta a la demanda, **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó las fechas de nacimiento del actor y de afiliación al Instituto de Seguro Social, las semanas cotizadas en el régimen de prima media, la fecha de afiliación a Horizonte S.A., la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó no constarle los demás. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia del traslado de régimen, la responsabilidad *sui generis* de las entidades de seguridad social, la proporcionalidad y ponderación, el error no vicia el consentimiento, la inobservancia del principio

constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, la buena fe de Colpensiones, la falta de causa para pedir, la presunción de legalidad de los actos jurídicos, la inexistencia del derecho reclamado, la prescripción y las demás declarables oficiosamente. (CD medio magnético)

Al contestar la **AFP Protección S.A.** rechazó las suplicas. Respecto de los hechos, admitió la fecha de nacimiento del accionante, la afiliación actual a esta AFP y la petición presentada. Manifiesto no ser cierto o no constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, la buena fe, la prescripción, el aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, la inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de derechos de terceros de buena fe, el reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y las demás declarables oficiosamente (CD expediente digital).

Por auto del 24 de marzo de 2021 se tuvo por no contestada la demanda por parte de la AFP Porvenir S.A.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 27 de mayo de 2021, declaró ineficaz el traslado efectuado por el demandante el 6 de mayo de 1996 del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad en su momento realizado por Horizonte S.A., hoy AFP Porvenir S.A., así como el traslado horizontal realizado con Protección S.A. el 21 de diciembre de 2010, para entenderlo válidamente vinculado a prima media. Condenó a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias en el caso de haberse efectuado, bono pensional en el evento de encontrarse ya redimido, con todos los rendimientos financieros e intereses causados, sin descuento

alguno. Ordenó a Colpensiones aceptar el traslado, activar la afiliación como si nunca se hubiere trasladados y actualizar la historia laboral. Declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a la AFP Protección S.A y a Colpensiones (f. º 115 a 117).

Como sustento de su decisión, luego de analizar las pruebas obrantes concluyó que la demandada AFP Porvenir S.A., no demostró haber brindado información completa, veraz, oportuna, objetiva, comparada sobre las características, condiciones, efectos y riesgos de cada régimen pensional para que el demandante sopesara su decisión de trasladarse. Consideró que la sola firma voluntaria del formulario no era demostrativa del cumplimiento de este deber. Destacó que, si bien el actor se trasladó entre fondos privados, conforme a la jurisprudencia este hecho no convalida la acción inicialmente viciada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

La AFP **Protección S.A.** imploró revocar la sentencia en cuanto le ordena devolver a Colpensiones los gastos de administración y comisiones, pues los mismos fueron descontados en virtud de la ley y obedecen a la buena gestión de la AFP, además ello generaría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, pues estos recursos no financian la prestación. Señaló que la prima de seguro previsional ya fue girada a una aseguradora durante el tiempo de afiliación, es decir, a un tercero que no intervino en la afiliación. Sostuvo que no debe ser condenada a responder con cargo a su patrimonio, al generarles perjuicios. Finalmente, solicitó revocar la condena en costas.

Colpensiones por su parte suplicó la revocatoria de la sentencia dado que, en primera instancia las providencias en esta clase de asuntos se profieren por inercia. El Juzgado no tuvo en cuenta la posición de Colpensiones, ni las calidades jurídicas que ostenta, tampoco verificó los

índices de obligaciones sobre las que se encuentra supeditada con sus aliados. Alegó que no comparte los criterios jurisprudenciales invocados para dar sustento a la decisión.

Señaló que el demandante rindió declaración bajo juramento, sin embargo, el juez no compulsó las copias correspondientes para ser investigado al fallar a la verdad ya que su dicho no concuerda con el contenido de los documentos obrantes en el proceso. Alegó que Colpensiones está bajo el imperio de la ley y no puede ser obligada a recibir cualquier tipo de traslado y si las AFP no probaron haber brindado la asesoría este hecho no puede perjudicarla. Reitero que se debe analizar cada caso y no emitir sentencias por inercia, ya que en este tipo de procesos se alega engaño por parte de las entidades y son los afiliados los que buscan engañar faltando a la verdad al relatar hechos y circunstancias que resultan reiterativas, que se han vuelto discurso recurrente en este tipo de procesos. Finalmente, se opuso a la condena en costas porque no intervino en el acto de traslado y si bien se ha negado el cambio de régimen es en cumplimiento de la norma porque el afiliado está a menos de 10 años de acceder a la pensión.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Colegiatura determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por 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, STL3200-2020 y SL3050-2021).

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, STL3200-2020 y SL3050-2021. 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 demandante nació el 24 de octubre de 1957, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 36 años y 676,97 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 16 y 51). 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 6 de mayo de 1996, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A. (f.º 48). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que el actor estuvo afiliado a Horizonte S.A. desde el 1º de mayo de 1996 a 31 de enero de 2011 y a partir del 1º de febrero de 2011 en adelante a la AFP Protección S.A. (CD Medio magnético).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante manifestó que el traslado de al régimen de ahorro individual se produjo a través de su empleador Gaseosas Colombianas quien le hizo entrega del formulario de la AFP Horizonte, luego en el año 2010 cuando cambió de empleador lo vincularon a la AFP Protección, en esta oportunidad el documento ya estaba diligenciado por lo que sólo procedió a firmarlo sin leerlo previamente, admitió que no fue coaccionado y que en ese momento no le surgieron dudas, además que recibe extractos en los cuales únicamente verifica el número de semanas cotizadas. Refirió que una asesora de Protección que estuvo en el casino de la empresa donde laboraba le realizó una proyección pensional según la cual en el Seguro recibiría una mesada de \$900.000, mientras que en el fondo sería de \$600.000, pero le aseguró que no tenía que preocuparse por la diferencia porque él era joven y a mayor número de semanas que cotizara la pensión sería mejor, por lo que firmó la carta de validación de la asesoría. Refirió que la motivación para demandar es la “desinformación” que tuvo en el momento de la afiliación tanto con Horizonte como con Protección porque nadie le indicó como sería “la cuestión de su pensión”.

Conforme a las pruebas allegadas al plenario, 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, 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, pues lo que se evidencia es que al trasladarse al régimen de ahorro individual, y al realizar el cambio horizontal la gestión se realizó a través de los empleadores sin la intervención de un asesor de los fondos que le proporcionara 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. a la cual se encuentra afiliado actualmente el accionante deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, bonos pensionales y los gastos de administración debidamente indexados 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 adicionará en este punto.

Se precisa que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Porvenir S.A. de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración mientras el

demandante estuvo vinculado 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).

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.

Finalmente, estima la Sala que no hay lugar a absolver a la AFP Protección S.A. ni 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 resolvía desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, las administradoras resultaron vencidas, pues además de declararse la ineficacia del traslado, esta Corporación le dispuso a la AFP devolver los gastos de administración que descontó al demandante mientras estuvo afiliado a este fondo y a Colpensiones recibir los recursos, a tenerlo como su afiliado y a actualizar la historia laboral.

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 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 el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 27 de mayo de 2021, en el sentido de CONDENAR a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones las sumas de dinero que hubiese descontado al actor por concepto de gastos de administración debidamente indexados.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia para condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliado a dicho fondo privado

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

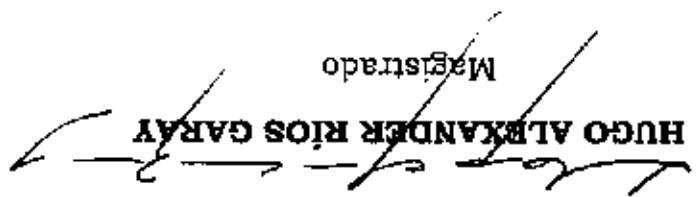
CUARTO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

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

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ANGELA LUCIA MURILLO VARÓN
Magistrada

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LUCIO IVAN ERASO ESTUPIÑAN

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

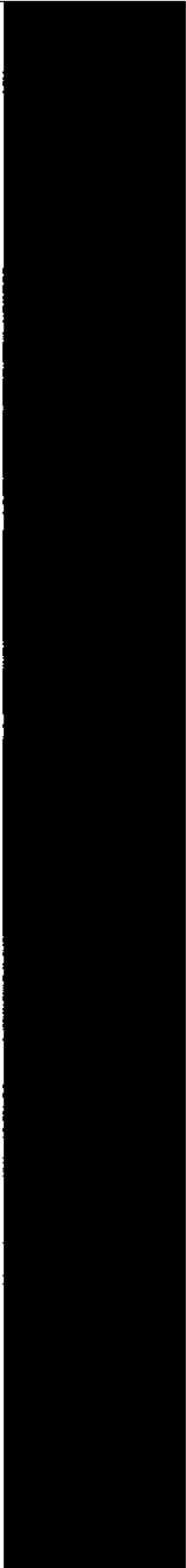
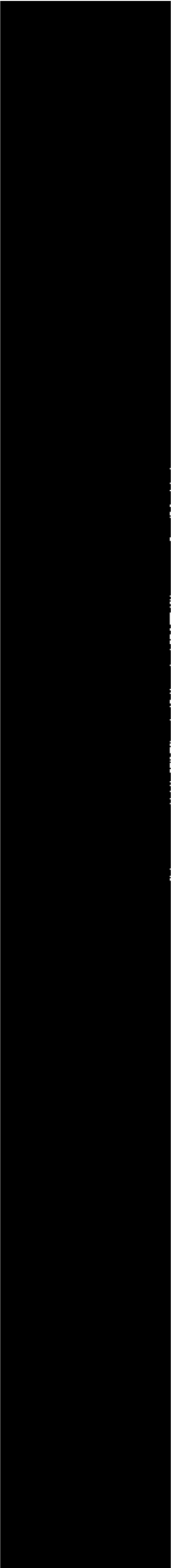
RADICADO: 11001 31 05 003 2019 00856 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS

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.


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 03 2019 00793 01.
DEMANDANTE: OBER ANTONIO ROLDÁN MARÍN.
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

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

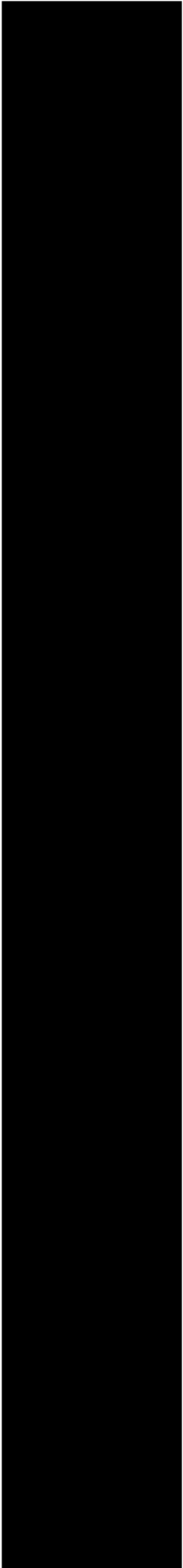
Conforme al memorial de folio 168, se tiene como apoderado judicial de Colpensiones al Dr. MICHAEL CORTAZAR CAMELO identificado con Cedula de ciudadanía No. 1.032.435.292 y T.P. No. 289.256 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. DANNIA VANESSA YUSSELY NAVARRO ROSAS identificada con Cedula de ciudadanía número 52.454.425 y T.P. No. 121.126 del C.S. de la J., quien func como apoderada general de la demandada, según Escritura Pública No. 3375 de 2 de septiembre de 2019 (f.º 73 a 91).

SENTENCIA

En grado jurisdiccional de consulta estudia la Sala la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 12 de agosto de 2020.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se condene a Colpensiones a reconocer y pagar debidamente indexado el incremento del 14% por persona a cargo desde el momento en que le fue otorgada la pensión de vejez, junto con los intereses moratorios. Asimismo, se ordene



reconocer los demás derechos en virtud de las facultades *ultra y extra petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que mediante Resolución GNR 51358 del 21 de febrero de 2014, la demandada le reconoció pensión de vejez en aplicación del artículo 12 del Decreto 758 de 1990, en cuantía inicial de \$616.000 a partir del 30 de enero de 2014, por ser beneficiario del régimen de transición. Refiere que convive con su esposa María Ascensión Morales, quien es su beneficiaria en el sistema de salud y depende económicamente de él, pues no labora ni percibe pensión alguna. Finalmente, señala que reclamó administrativamente los incrementos, los que fueron negados (f.º 3 a 9).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió que reconoció pensión al demandante al amparo del decreto 758 de 1990, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó no constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación al reconocimiento de los incrementos pensionales, la inaplicabilidad del Decreto 758 de 1990 en los casos de pensionados por régimen de transición, la buena fe, la imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, la prescripción y las demás declarables oficiosamente (f.º 28 a 39).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 12 de agosto de 2020, absolvió a la demandada de las pretensiones de la demanda (f.º 55).

Como sustento de su decisión, señaló que el accionante causó el derecho a la pensión con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, por lo que no tiene derecho al reconocimiento de los incrementos.

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 el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de los incrementos pensionales por persona a cargo.

Se encuentra demostrado que mediante Resolución GNR. 51358 del 21 de febrero de 2014, la demandada reconoció al actor pensión de vejez en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, a partir del 30 de enero de 2014 por ser beneficiario del régimen de transición (f.º 10 a 13).

Sobre la vigencia de los incrementos, conviene precisar que el criterio jurisprudencial que acogía la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, estaba encaminado a que los incrementos del 14 y 7% previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049/1990 aprobado por el Decreto 758 de ese año, se encontraban vigentes (sentencias del 27 de julio de 2005 radicado 21517; del 5 de diciembre de 2007 radicado 29751, 29531, 29741; SL5147 de 2018; SL1825 de 2019 y SL2955 de 2019). No obstante, ante un nuevo estudio el máximo Órgano de cierre de esta Jurisdicción recogió su postura a partir de la sentencia SL 2061 de 2021 al señalar que la norma que contempla los referidos incrementos fue objeto de derogación orgánica, en virtud de la expedición de la Ley 100 de 1993 y resulta incompatible con el artículo 48 de la Constitución Nacional, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, para ello, trajo a colación lo

establecido por la H. Corte Constitucional en sentencia SU 140 de 2019, la que en lo pertinente, indicó:

[...]

En efecto, como se ha explicado a lo largo de esta providencia, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante el Decreto 758 de ese mismo año, dejó de existir con ocasión de la derogatoria tácita que sobre este implicó expedición de la Ley 100 de 1993. Como se señaló bajo el numeral 3 supra, con dicha Ley 100 el Legislador previó una nueva regulación integral de la generalidad del sistema de seguridad social, incluyendo para el caso que ahora ocupa a la Corte, dicho sistema en su dimensión pensional. Tal derogatoria, además de estar respaldada por la doctrina especializada (ver supra 3.2.2.), ha sido respaldada por la propia Corte a través de la línea jurisprudencial que se esbozó bajo el numeral 3.2.3 supra y suficientemente explicada a la luz del particular objeto del régimen de transición que previó el artículo 36 de la mentada Ley 100 (ver supra 3.2.8-3.2.11).

[...]

7. Conclusiones

De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto legislativo 01 de 2015."

Al amparo de lo expuesto, el derecho reclamado no se causó por falta de fundamento normativo, pues si bien al actor le fue reconocida pensión de vejez en aplicación del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, ello sucedió en aplicación del régimen de transición y no porque el derecho se hubiere configurado directamente en la norma antes que fuera derogada tácitamente por la Ley 100 de 1993, por lo que hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia.

De conformidad con las anteriores consideraciones, la Colegiatura confirma la decisión analizada.

Sin costas en la apelación ante su no causación.

V. DECISIÓN

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

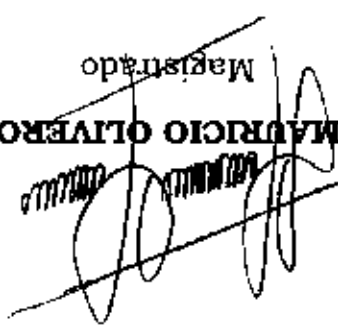
RESUELVE

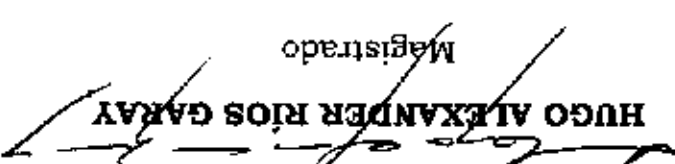
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 12 de agosto de 2020.

SEGUNDO: No se causan costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURIELLO 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 03 2019 00273 01.
DEMANDANTE: SONIA MIREYA SÁNCHEZ BABATIVA
DEMANDADO: NICKI S.A.S.

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

SENTENCIA

Analiza la Sala en el grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 4 de noviembre de 2020.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare entre las partes existió un contrato a término indefinido a partir del 13 de enero de 2014 hasta el 2 de enero de 2019, cuando fue finalizado de forma unilateral y sin justa causa. En consecuencia, se condene a la demandada a reconocer y pagar las diferencias correspondientes a las prestaciones sociales y vacaciones, como quiera que la liquidación pagada a la terminación del contrato no fue calculada con el promedio del salario realmente devengado. A pagar la sanción por no consignación de las cesantías a un fondo, la sanción moratoria, a reintegrarle los descuentos que le fueron realizados y no autorizados. Asimismo, disponer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra y extra petita* más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 13 de enero de 2014 suscribió contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada para desempeñarse como asesora comercial y posteriormente como Administradora en los puntos de venta del establecimiento de comercio "Amoblado Pullman" de propiedad de la demandada, en horario de lunes a sábado de 9:00 a.m. a 7:00 p.m. y los domingos de 10:00 a.m. a 6:00 p.m. Como último salario promedio mensual devengó \$2.169.453l, se le realizaron descuentos por concepto de *"faltantes cierre de mes"* y le informaba que si no estaba de acuerdo le cancelaría el contrato.

Adujo que Nicki S.A.S. la vinculó a seguridad social a través de empresas temporales las cuales le anualmente le pagaban la liquidación del contrato con base en un salario mínimo legal mensual vigente, sin tener en cuenta las comisiones por ventas que le eran canceladas mes a mes, superaban el 40% del salario básico y tenían por fin remunerar la prestación del servicio. Refirió que le adeudan las diferencias generadas en prestaciones sociales y vacaciones a lo largo de la relación laboral (f.º 4 a 17).

Mediante auto del 11 de marzo de 2020 se tuvo por no contestada a demanda (f.º 46).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 4 de noviembre de 2020, absolvió a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra, se abstuvo de imponer condena en costas (f.º 51).

Como sustento de su decisión, determinó que la accionante no logró demostrar la prestación de servicios personales a la demandada. Por el contrario, se corroboró la existencia de un contrato de trabajo con una sociedad que no fue convocada a juicio.

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 de la 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 demandante 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).

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 *ibidem* 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 periodos 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 dispuesto 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 periodos 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».

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 ocurría 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 deslaboralizarlos 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).

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.

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

Para demostrar la prestación personal del servicio la promotora del juicio aportó cuenta de cobro en la que se indica que la actora debe a la demandada \$1.060.375 por *"faltante de cierre de mes con diferencia de precio de noviembre"* (f.º 32). El certificado emitido por Corporación de Servicios Temporales S.A.S. el 5 de octubre de 2016, en el que se indica que Sonia Mireya está vinculada mediante contrato de obra o labor con la empresa Nicki S.A.S. desde el 1º de julio de 2015 (f.º 31). Allegó certificación laboral adiada del 7 de julio de 2015 que da cuenta que la accionante labora en Temporales y Servicios en Misión S.A.S como asesora comercial desde el 13 de enero de 2014 y que la empresa usuaria es la misma temporal (f.º 30). A folios 24 y 25 aportó comprobantes de nómina de los meses de abril, mayo y junio de 2014 de Temporales y Servicios en Misión S.A.S en los que se hace referencia a que la demandante es trabajadora en misión para Amoblando Pullman y a folio 32 comprobante de nómina del mes de enero de 2019, que presenta logo de Gold RH S.A.S.

Conviene señalar que la demandante no aportó otros documentos, ni solicitó la práctica de ninguna otra prueba. Además, la demanda se tuvo por no contestada, por lo que la Sala no cuenta con otros medios de convicción para definir el problema jurídico puesto en consideración.

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 logra demostrar que prestó servicios a la demandada Nicki S.A.S. al menos entre el 1º de julio de 2015 y el 5 de octubre de 2016, pues así está certificado a folio 31.

También los anteriores elementos probatorios, especialmente el certificado de existencia y representación de Nicki S.A.S., permiten corroborar que el objeto es *"LA IMPORTACIÓN, FABRICACIÓN, TRANSFORMACIÓN, COMPRA VENTA, EXPORTACIÓN, DISTRIBUCIÓN Y REPRESENTACIÓN DE MERCANCÍAS, PRODUCTOS Y MATERIAS PRIMAS EN GENERAL TALES COMO TELAS, COLCHONES, MUEBLES PARA EL HOGAR Y OFICINA..."* (f.º 18 a 23). Igualmente, se encuentra demostrado que la accionante se desempeñó como Administradora de Almacenes y

Bodegas y Asesora Comercial, es decir, en una labor directamente relacionada con el objeto social de la demandada.

En ese entendido, como quiera que la vinculación a través de la empresa de servicios temporales excedió el límite máximo de seis meses, prorrogados por seis meses más en la ejecución de la labor y ejecutaba una labor permanente de la empresa, la demandada resulta ser la verdadera empleadora y la temporal una simple intermediaria. Por consiguiente, es procedente declarar la existencia del contrato de trabajo entre las partes a partir del 1º de julio de 2015 hasta el 5 de octubre de 2016, dado que la demandada a quien se le tuvo por no contestada la demanda, pese a que se le concedió la oportunidad, no aportó ningún medio de convicción que desvirtuara la naturaleza contractual aquí concluida o que la prestación del servicio no fue continua o no correspondió a una labor del giro normal del negocio.

A pesar que en la demanda se solicita declarar la existencia de un contrato entre el 13 de enero de 2014 y el 2 de enero de 2019, la Sala no está impedida para proferir decisión de fondo respecto del periodo en que se demostró la prestación personal del servicio, aunque sea en un periodo inferior al solicitado en el escrito genitor. Sobre el particular, la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4816 de 25 de marzo de 2015, indicó que “Por manera que, le asiste la razón al recurrente al considerar que si el juez encontró demostrado que la relación laboral de las partes no fue lineal en el tiempo, sino fraccionada, de modo que no podía predicarse la existencia de un contrato de trabajo, sino de varios, debió dictar una sentencia minus petita que acogiera parcialmente las pretensiones incoadas, en el sentido de declarar la existencia de aquella o aquellas relaciones de trabajo que estuvieran probadas”.

En consecuencia, la sentencia de primera instancia será revocada, para en su lugar, declarar la existencia de la relación laboral en los extremos ya indicados.

(ii) De la reliquidación de prestaciones

Pretende la demandante el pago de cesantías y prestaciones sociales, al argumentar que, si bien le fueron canceladas, su liquidación se realizó sobre el salario mínimo legal mensual vigente y no respecto del realmente devengado que incluía el pago de las comisiones por ventas. No obstante, su petición se queda en el plano de las afirmaciones al no demostrar por ningún medio haber recibido el pago de comisiones por venta (art. 167 del C.G.P) por lo que resulta forzoso absolver a la demandada frente a esta pretensión y las relacionadas con el pago de sanción por no consignación de cesantías a un fondo y la sanción moratoria por no cancelación de salarios y prestaciones a la finalización del contrato.

(iii) De la indemnización por despido injustificado

En reiterada jurisprudencia la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha puntualizado 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 el asunto bajo examen la parte actora no cumplió con la carga de probar que la demandada puso fin al contrato de trabajo. En consecuencia, no hay lugar a imponer condena alguna por este concepto

(iv) De los descuentos no autorizados

No es procedente ordenar la devolución del concepto "*faltante cierre de mes*" en el entendido que el único soporte de tal hecho corresponde al mes de diciembre de 2018 (f.º 29) y se declaró que existió un contrato entre las partes únicamente entre el 1º de julio de 2015 y el 5 de octubre de 2016 (f.º 31). Por ello, ante la inactividad probatoria de la parte no queda otro camino que absolver a la demandada por este concepto.

De conformidad con las anteriores consideraciones, la Sala revoca la sentencia consultada.

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 Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 4 de noviembre de 2020, para en su lugar, declarar que entre la demandante Sonia Mireya Sánchez Babatva y Nicki S.A.S. existió un contrato de trabajo desde el 1º de julio de 2015 hasta el 5 de octubre de 2016.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en la demanda.

TERCERO: Sin COSTAS en la consulta.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ANGELA LUCIA 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 16 2019 00063 01.
DEMANDANTE: MARÍA REINERIS RODRÍGUEZ RUIDIAZ.
DEMANDADO: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 14 de agosto de 2020.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que le sea reconocida la pensión de sobrevivientes a con ocasión del fallecimiento de su hija Yasira Yalcysi Sierra Rodriguez, junto con los intereses moratorios o indexación y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que su descendiente falleció el 14 de marzo de 2018, quien se encontraba afiliada a la AFP Porvenir S.A. y había cotizado más de 50 semanas en los tres años anteriores a su deceso. Adujo que convivían juntas y su hija fue quien suscribió el contrato de arrendamiento del inmueble en el que residían, pagaba el canon correspondiente, los servicios públicos y otros gastos de manutención. Refirió que el empleador le canceló la liquidación final de prestaciones sociales.

Expuso que la AFP le negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y señaló que procedía la devolución de saldos. Al no estar conforme objetó la respuesta, no obstante, la administradora confirmó la negativa (f.º 60 a 64).

Al contestar la AFP Porvenir S.A., se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, admitió la afiliación de la causante, que cotizó 50 semanas en los tres años anteriores al deceso, también la reclamación de pensión y la respuesta negativa. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de falta de causa para pedir, la buena fe, la prescripción, la compensación y las demás declarables oficiosamente (f.º 90 a 96).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 14 de agosto de 2020, condenó a la demandada a reconocer y pagar pensión de sobrevivientes por la muerte de su hija afiliada a partir del 15 de marzo de 2018, en cuantía que deberá ser determinada conforme al artículo 48 de la Ley 100 de 1993, sin que pueda ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, junto con sus reajustes anuales de la ley y mesadas adicionales a que hay lugar. A pagar intereses moratorios a partir del 14 de agosto de 2018 sobre las mesadas causadas desde el 15 de marzo de la misma anualidad. Autorizó descontar el porcentaje correspondiente a salud y declaró no probadas las excepciones (f.º 132).

Como sustento de su decisión, señaló que la demandante logró demostrar que su hija asumía el pago del arriendo y los servicios públicos del inmueble en el que convivía con la accionante y sus hermanas, sin que pueda considerarse que supera con creces lo que pudiera considerarse una simple ayuda. Señaló que estaba plenamente probado que la promotora era beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, por ello, no fue justificada la negativa de la entidad y en consecuencia debe pagar intereses moratorios.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte demandada argumentó que realizó un estudio juicioso y ajustado a derecho de la documentación y las manifestaciones que la demandante realizó en la investigación administrativa y con el mismo concluyó que no se cumplía con el requisito de dependencia económica. Advirtió que la actora no era beneficiaria en salud de su hija y tampoco fue referenciada como tal en el formulario de vinculación a la AFP, además está probado que para la época del deceso la demandante percibía ingresos de su actividad como empleada del servicio doméstico en cuantía superior al salario mínimo, era propietaria de un inmueble ubicado en la calle 80 Bis Sur 91 – 48 interior 7 apto 304 y recibía \$200.000 de su otra hija Tania Geraldine Sierra Rodríguez, lo que le permitía tener una vida digna. Adujo que no está demostrado que con posterioridad al deceso de su hija la accionante haya tenido un deterioro significativo en su calidad de vida.

Sostuvo que la condena por concepto de intereses moratorios debe ser revocada, pues la negativa de reconocer la pensión no estuvo guiada por un acto caprichoso, negligente, irresponsable o arbitrario de la AFP.

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

IV. CONSIDERACIONES

Conforme a los argumentos expuestos en la apelación corresponde a la Sala determinar si la promotora del juicio tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, con ocasión del fallecimiento de su hija Yasira Yalcsci Sierra Rodríguez.

Para resolver tal cuestionamiento, desde ya se indica que está demostrado y no es materia de controversia en esta instancia que: 1) la causante Yasira Yalcsci Sierra Rodríguez era hija de la demandante y falleció el 14 de marzo de 2018, conforme se verifica con los registros

civiles; *iii*) el 21 de mayo de 2018 la madre solicitó ante la demandada el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, la cual le fue negada (f.º 99 y 100 y 108) y *iiii*) la afiliada dejó cotizadas más de 50 semanas dentro de los tres años anteriores a su deceso (f.º 16 a 18).

1. De la pensión de sobrevivientes

La norma aplicable a efectos del reconocimiento pensional es la vigente para la fecha en que se produce la muerte del afiliado. Así lo adoctrinado la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en reiterados pronunciamientos, entre otras, en SL10146-2017 reiterada en SL450-2018, en la que puntualizó que:

"Sobre este punto, la jurisprudencia de esta Sala, de manera reiterada y pacífica, ha sostenido que la norma aplicable en materia de pensión de sobrevivientes es la que se encuentra vigente al momento del fallecimiento del afiliado o del pensionado, pues justamente este beneficio prestacional busca amparar o proteger al núcleo familiar del riesgo de muerte, de suerte que no puede remitirse el fallador a una normatividad posterior o futura, pues el artículo 16 del C.S.T. dispone expresamente que las normas del trabajo, al tener efecto general inmediato, no producen consecuencias retroactivas, es decir, no pueden afectar situaciones ya definidas o consumadas conforme a leyes anteriores (...)."

En el presente caso, Yacira Valecsi Sierra Rodríguez falleció el 14 de marzo de 2018 (f.º 10), por lo que la prestación debe ser estudiada de conformidad con la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, la cual en su artículo 73, dispone para el régimen de ahorro individual que:

ARTÍCULO 73. REQUISITOS Y MONTO. Los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes en el régimen de capitalización individual con solidaridad así como su monto, se regirán por las disposiciones contenidas en los artículos 46 y 48, de la presente Ley.

Es decir, que tendrá derecho a la referida prestación económica, los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento. Entendiéndose como beneficiarios conforme el artículo 13, literal D, de la Ley 797 de

2003, a falta de cónyuge o compañera permanente, e hijos con derecho, ***“los padres del causante si dependían económicamente”*** del afiliado.

Aquí es oportuno señalar que el texto de la norma en cita, exigía la dependencia económica ***“de forma total y absoluta”***, no obstante, este aparte fue declarado inexecutable por la H. Corte Constitucional, mediante sentencia C-111 de 2006, al argumentarse que corresponde a ***“los jueces de la República quienes en cada caso concreto determinen si los padres son o no autosuficientes económicamente, para lo cual se deberá demostrar la subordinación material que da fundamento a la pensión de sobrevivientes prevista en la norma legal demandada.”***

Sobre el punto, también la H. Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que esta dependencia no tiene que ser total y absoluta, es decir, que si bien debe existir una relación de sujeción de aquellos con respecto a la ayuda del hijo, tal situación no excluye que puedan percibir rentas o ingresos adicionales, siempre y cuando, estos no los convierta en autosuficientes desde el punto de vista económico, que es lo que debe analizarse a la hora de determinar la existencia de la dependencia económica (CSJ SL6390-2016, SL11155-2017, SL1804-2018, SL3085-2021 y SL3173-2021).

En el presente asunto, para demostrar la calidad de beneficiaria, la promotora del juicio allegó registro civil de nacimiento que da cuenta que la causante es hija de María Reineris Rodríguez Ruidíaz y Carlos Vicente Sierra Villarraga, quien falleció el 2 de abril de 2018 (f.º 10 y 41 vto). Aportó copia de facturas de venta con logo de GYC Inmobiliaria Ltda, en la que consta que la afiliada pagó en los meses de diciembre de 2017, enero y febrero de 2018 el canon de arrendamiento de un apartamento ubicado en la diagonal 85 n.º 85-30 La Española – Doña Mónica, El Paraíso Bogotá en la suma mensual de \$717.000 (f.º 24 a 26); contrato de póliza exequial adquirida por su descendiente en la que aparece como su beneficiaria (f.º 28) y póliza de seguro individual de vida, en la que fue relacionada en la misma calidad (f.º 29).

Incorporó documento simple suscrito por Luz Stella Huertas Rodríguez en la que informa que la causante era quien cancelaba el arriendo y TcImex del hogar en el que vivía con su señora madre, que en noviembre de 2013 se trasladaron al Conjunto Doña Mónica y allí mantuvo la colaboración a su familia. Declaración extra proceso suscrita por Martha Janeth Rojas Avila en la que indica que conocía a la causante desde hace 23 años por lo que sabe y le consta que era soltera, no procreó hijos, vivía bajo el mismo techo con la demandante quien no es pensionada, ni recibe ayuda de ninguna entidad pública o privada, por lo que para todos sus gastos dependía de su hija. (f.º 34). Allegó escritura pública de liquidación de herencia, en la que fue adjudicado el dinero correspondiente a la póliza de vida de la causante a la accionante (f.º 36 a 58).

También, solicitó la práctica de los testimonios de Andrea Gómez Escobar y Marisol Rojas Avila. La primera adujo tener 29 años de edad, es contadora pública y conoció a la causante desde el año 2015 o 2016, porque fueron colegas, compañeras y amigas muy cercanas, compartían mucho tiempo, la visitaba con frecuencia en su casa y conocía su entorno familiar. Dijo que Sierra Rodríguez pagaba el arriendo, los servicios públicos y el mercado de su familia, al estar en mejor posición, quien tenía un sueldo fijo y superior, en varias oportunidades acompañó a comprar los alimentos y veía como pagaba en efectivo o en tarjeta de crédito otros gastos. Además, le compartió un cuadro, una tabla en la que estaba identificado como manejaba sus gastos, lo hizo para que la testigo organizara sus finanzas. Dijo que la causante compró un carro y pagaba las cuotas en ocasiones con la tarjeta de crédito y que para cubrir todos sus gastos incluido el estudio, el arriendo y el mercado a veces el salario no alcanzaba por lo que debían juntear, esto es, usar las tarjetas. Señaló que cuando su amiga falleció la mamá debió irse del apartamento que pagaba la afiliada porque no tenía la capacidad económica para cubrirlo y se mudó a una casa que le dio el gobierno, la que Yacira con sus cesantías le ayudó a arreglar al entregársela en obra gris. Aseguró que la demandante tenía trabajo informal y solamente podía ayudar a veces con lo del diario, nunca la vio salir a trabajar.

La testigo Marisol Rojas Ávila dijo tener 34 años de edad, conoció a la causante hace 20 años porque ella y su familia llegaron a vivir a la misma casa que estaba dividida en apartamentos, desde allí se hicieron mejores amigas, pues sus familias residieron así hasta el año 2009. Estudiaron 10º y 11º de bachillerato, luego, trabajaron en una casa de cobranzas como trabajo fijo y a veces la causante en horario trabajaba adicionalmente como mesera para obtener mayores ingresos, lo que le permitió pagarse sus estudios y graduarse de contadora pública, pues siempre tuvo el interés de progresar, ser jefe, colaborar a su progenitora y a sus hermanas. Era ella quien pagaba el arriendo, el mercado, los servicios públicos, salvo el de gas, lo cual sabe y le consta porque muchas veces la acompañó a hacer los pagos y compras, además le sirvió de referencia, en el contrato de arrendamiento.

La deponente refirió que su señora madre se desempeña en servicios generales en un edificio y por eso le ayudaba a conseguir trabajo a la madre de la difunta en servicio doméstico por días con los habitantes del edificio. Aseguró que la actora para el momento en que murió su hija, sólo tenía dos días, pues veía como María Reineris pasaba a recoger a su mamá para irse juntas al trabajo, expuso que por esa labora le pagaban \$50.000 diarios y con eso cubría el servicio del gas que era el más económico y algunos gastos diarios, no estaba afiliada a seguridad social por esos servicios, pues eran acuerdos de palabra, tampoco era beneficiaria en salud de su descendiente dado que prefería estar afiliada al "sisben" para acceder a los beneficios que otorgaba el Estado, lo cual le permitió obtener su casa que finalmente le dio el Gobierno. Expuso que la demandante no convivía con el padre de la causante y que el progenitor de la hermana menor era diferente y tampoco convivía con ellas. Adujo que Tania la hermana que le seguía a la demandante, empezó a estudiar sin poder continuar al no poder pagar, como quiera que no tenía empleo y no se ubicaba, lo que molestaba mucho a la causante quien le comentaba *"que no quería tener parásitos en la casa, Mary yo necesito que mi hermana haga algo porque pues yo siento que toda la carga esta hacia mí y no es justo, ella ya es mayor de edad ya tiene que sentar cabeza"*.

La demandada por su parte anexó el formulario de solicitud de pensión presentado por la demandante en la que se puede leer que el deceso de Sierra Rodríguez se dio como consecuencia de una neumonía que presentó complicaciones. En el aparte de "Ingresos del núcleo familiar al momento del fallecimiento del afiliado" quedó consignado: Generados por la madre "No hijos" "Trabajo Servicios Generales", por el padre -, aportados por el afiliado \$1.100.000- Aportados por hermanos del afiliado \$200.000. En el acápite de "Información de la madre" quedó consignado que la promotora se ocupaba en servicios generales, tiene vivienda propia de interés social, está afiliada al régimen subsidiado en salud (f.º 101 a 103). Otra informe de investigaciones para pago de prestaciones económicas (f.º 91 y 92), según el cual el causante no tenía unión marital, ni matrimonio al fallecimiento y convivía con la mamá, el padre falleció el 2 de abril de 2018. Igualmente, se textualmente se consignó:

"Se establece que la señora María Reimers, es de estado civil soltera, sin unión marital de hecho vigente, manifestó mediante entrevista y oficio que tanto por la fecha del deceso de la afiliada como en la actualidad, ha realizado labores de empleada doméstica en casas de familia por días de manera informal, devengando un salario mensual aproximado de \$840.000 pesos mensuales. Adicionalmente indica que recibe ayuda económica de su hija Tania Gerladine Sierra Rodríguez quien aporta \$200.000 pesos mensuales. Se determina que no percibe mesada pensional ..."

Al absolver interrogatorio de parte, la progenitora manifestó que para el momento en que Yasira Valecsi falleció no trabajaba, pues su hija estuvo hospitalizada en la Clínica de La Sabana por más de 40 días y ella la acompañó en este periodo, por lo que la segunda de sus hijas tenía que quedarse en la casa para cuidar a la hermana menor quien padece de epilepsia focal, por esta razón en esta época tampoco contribuía al hogar. Refirió que antes que su hija enfermara, laboraba en servicio doméstico 2 o 3 días a la semana y por cada día le pagaban \$50.000, pero aseguró que podía suceder que no la llamaran a trabajar porque las familias se iban de viaje o porque no la necesitaban.

Indicó que el 7 de junio de 2018 aportó a la AFP comunicación según la cual labora 4 días a la semana y percibe ingresos de \$840.000, aporta para la casa \$700.000, porque para esa fecha habían transcurrido

dos meses desde el fallecimiento de la causante, por eso, tanto ella como su hija Tania tuvieron que trabajar porque *"ya mi hija ya no estaba que era la que me daba las cosas, ya no estaba". "es que cuando yo fui a Porvenir tenía mi hija como dos meses algo así o dos meses pasaditos de fallecida doctor, entonces yo tenía que trabajar mi hija ya también trabajaba, entonces tocaba trabajar porque tocaba pagar un arriendo allá se pagaba \$717.000 el arriendo, entonces tocaba levantar para la comida y todo. Ya no estaba mi hija que era la que me daba"*. Expuso que su descendiente pagaba el arriendo, le daba \$450.000 o \$500.000 para el mercado y con lo que la deponente podía conseguir a veces compraba la carne o la verdura del diario. También refirió que su hija pagaba una especialización en alta gerencia que cursaba en la Universidad Externado de Colombia.

Ahora bien, del análisis en conjunto de los medios probatorios allegados, se concluye que la demandante vivía con su hija para el 14 de marzo de 2018, cuando se produjo su deceso (f.º 10). Asimismo, que la descendiente contribuía de manera importante con el sostenimiento del hogar compuesto por ella, su señora madre y las dos hermanas menores, pues era quien se encargaba de cubrir la totalidad del canon de arrendamiento, el mercado y los servicios públicos. Lo anterior, dado que las testigos Andrea Gómez Escobar y Marisol Rojas Ávila presenciaron de manera directa como la de *cujus* solventaba estos rubros del hogar.

Es oportuno advertir que el ordenamiento jurídico no contempla como requisito de procedencia de la pensión de sobrevivencia la prueba de un monto exacto con que el afiliado contribuía a los gastos del hogar. En el presente caso, basta el relato de los testimonios practicados para colegir la ayuda del descendiente a la progenitora mediante el pago de los servicios públicos y el mercado, además con las facturas de pago quedó demostrado tal como refirió la accionante al absolver interrogatorio de parte y según el dicho de las testigos, era quien cancelaba la totalidad del pago del arriendo. Así las cosas, el aporte de la causante al sostenimiento del hogar que compartía con su progenitora comporta una inversión importante, lo que resultaba determinante y necesario para la subsistencia de aquella, quien como se vio es una persona que sólo estudió hasta séptimo de

bachillerato y se dedica a realizar labores domésticas por días cuando sus servicios eran solicitados y que específicamente para el momento en que murió su descendiente no las adelantaba porque estaba acompañándola en la clínica donde finalmente se produjo su deceso y en la que permaneció hospitalizada por más de 40 días.

No pasa por alto la Colegiatura que en la investigación

administrativa se concluyó que para la época del deceso de Vasira Valecsi falleció la demandante tenía ingresos de \$840.000 y un aporte por parte de otra de sus hijas - Tania Geraldine Sierra Rodríguez - de \$200.000. No obstante, esa tesis no resulta ser contundente en punto a negar la prestación, dado que la AFP edificó su consideración en una situación fáctica posterior a la muerte de la afiliada, pues de conformidad con el escrito adiado el 7 de junio de 2018, aportado por la AFP, la misma promotora le manifestó que *"El día de hoy me dirijo a ustedes para informales que laboro 04 días a la semana, por lo tanto mis ingresos mensuales, son de aproximadamente (sic) de \$840.000 y aporte para la casa \$700.000 (f.º 107). Si verificamos en contexto la misiva y el contenido resulta claro para la Sala tal como informo al absolver el interrogatorio de parte la demandante, ella si reportó unos ingresos, pero los que percibía para la data en que suscribió el oficio de 7 de junio de 2018 y no para el 14 de marzo de 2018 – momento de la muerte de su descendiente - (f.º 10) y, ello tiene sentido, dado que para esta época de la muerte acompañaba a su hija en la clínica ante la enfermedad que la aquejaba y que finalmente le ocasionó la muerte, lo cual se reitera es verificable con los testimonios y demás medios de pruebas aludidas.*

De una simple lectura de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, las circunstancias que deben analizarse a efectos de la concesión de la prestación de sobrevivientes son aquellas dadas o configuradas al momento del deceso y no con posterioridad. Ello tiene sentido, como quiera que razones de orden lógico impedirán explorar una dependencia respecto de alguien que a dejado de existir, por tanto, la causa real para el reconocimiento de la pensión debe ser analizada a partir de aquellas situaciones fácticas acontecidas al momento de la muerte.

Ahora, cualquier aspecto posterior al fallecimiento por supuesto podrá ser valorado, pero debe serlo en contexto y en conjunto con los demás medios de prueba, que, en este caso, lo que hacen es reafirmar la dependencia, pues ante la muerte del proveedor de aquellos gastos esenciales para su manutención, es connatural al ser humano buscar la supervivencia materializada mediante la consecución de un trabajo que genere una fuente ingreso.

De allí, que deba ser leída en contexto la referencia de la demandante al absolver interrogatorio de parte cuando manifestó que desde hacía cinco meses con ocasión de la pandemia no tenía trabajo. Aquí vale señalar que la actividad a la que se dedica es informal y depende de la necesidad del servicio de terceros, la cual puede verse afectada por múltiples circunstancias, por esto, no es descabellado concluir que si bien, después del deceso de su descendiente, específicamente cuando solicitó la pensión tenía algunos días de trabajo, esta situación se mantenga en el tiempo y le permita solventar sus necesidades básicas y llevar una vida digna al menos en similares condiciones a aquellas que disfrutaba cuando su hija mayor asumía de manera determinante los gastos del hogar y la manutención. Además, resulta lógico que en el periodo en que Yasira Yalcés estuvo hospitalizada, su señora madre la acompañó de manera permanente, pues la informalidad de su empleo y los pocos días de trabajo que podía conseguir a través de una amiga se lo permitían.

Con todo, la H. Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que la información obtenida como resultado de las investigaciones adelantadas por las administradoras de pensiones *"vincula a la entidad enjuiciada para reconocer o negar la prestación deprecada, pero no sucede lo mismo frente a los jueces en el interior de un proceso laboral, en tanto estos, de conformidad con el artículo 60 del CPTSS, deben decidir los asuntos puestos a su consideración con fundamento en todas las pruebas allegadas en tiempo, estando facultados para darle preferencia a cualquiera de ellas sin sujeción a tarifa legal alguna, salvo cuando la ley determina que prueba solemne para casos determinados."* (CSJ SL 2022-2021).

Además, dada la informalidad de labor ejecutada por la demandante a labores de servicio doméstico en casas de familia, no es descabellado entender que su hija mayor, quien gracias a su esfuerzo había logrado formación académica, le ayudara de manera importante y determinante al sostenimiento del hogar. Así las cosas, de conformidad con el dicho de los testigos el aporte de la causante estaba lejos de ser una simple ayuda esporádica o el auxilio del buen hijo de familia, por lo que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada en cuanto condenó a la AFP Porvenir S.A. a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su hija Yasira Valecsi Sierra Rodríguez.

2. De los intereses moratorios

De conformidad con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

Asimismo, tratándose del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, el inciso final del parágrafo 1º de la ley 717 de 2001, señala que los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a dos (2) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho.

Ahora, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, la condena por intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 opera de manera automática cuando, a partir del momento de la solicitud, la prestación no se otorga dentro de los plazos establecidos en las disposiciones legales. Por tal motivo, los jueces no deben analizar el actuar de las administradoras de pensiones para determinar si se cumpla en los postulados de la buena fe al negar la pensión. Además, la alta Corporación ha descartado la

imposición de intereses moratorios en dos situaciones muy específicas: i) El primero, cuando en sede administrativa hay controversia legítima entre potenciales beneficiarios de la pensión de sobrevivientes; ii) y el segundo, cuando la actuación de la administradora de pensiones estuvo amparada en el ordenamiento legal vigente al momento en que se surtió la reclamación y, posteriormente, se reconoce la pensión en sede judicial con base en criterios de origen jurisprudencial (sentencia CSJ SL508-2020).

Al amparo de las anteriores reflexiones, ninguna de las hipótesis planteadas resultan aplicables, además, para el 21 de mayo de 2018 - día de solicitud de la pensión de sobrevivientes - la actora ya acreditaba los requisitos para acceder a la prestación, por ello, la demandada debía cancelar los intereses moratorios a partir del 21 de julio de 2018, sobre las mesadas causadas a partir del 14 de marzo de la misma anualidad desde que cada una se hizo exigible y hasta que se verifique el pago de la obligación. Sin embargo, el Juzgado consideró que sólo hasta que se surtió la investigación administrativa el 13 de junio de 2018, empezaba a contarse el periodo de gracia con que contaba la entidad para responder, por tanto, los intereses moratorios se causaban a partir del 14 de agosto de agosto de 2018, aspecto que al no haber sido apelado impide a la Sala modificar la decisión dado que resultaría más gravosa para la demandada.

De conformidad con las consideraciones expuestas, la Sala confirma la sentencia apelada.

No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

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

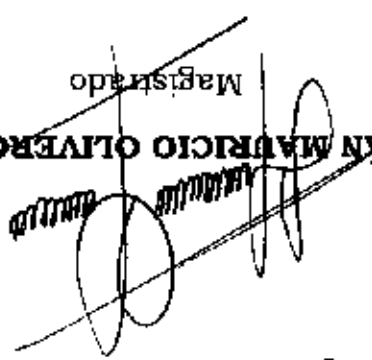
RESUELVE

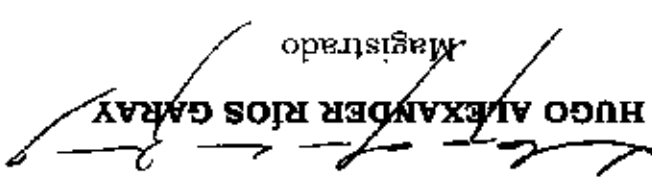
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 14 de agosto de 2020.

SEGUNDO: No se causan costas en la apelación.

NOTIFIQUESE Y CÚPLASE.

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 015 2020 00020 01
DEMANDANTE: AMPARO MASMELA RUIZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES Y COLFONDOS PENSIONES Y
CESANTÍAS S.A.

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

SENTENCIA

Decide la Sala el grado jurisdiccional de consulta contra la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 16 de febrero de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor del Colpensiones.

Se advierte que este proceso ha pasado al suscrito Magistrado por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de una armonía y concordancia entre la conclusión derivada de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Ello como quiera que, si bien se confirmaba la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la actora, la única explicación de procedencia de tal tesis se cimentó en que la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral y Penal por vía de tutela han dejado sin efectos algunas decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente jurisprudencial sentado sobre la materia, pese a que toda la argumentación legal y probatoria allí relacionada estuvo dirigida a exponer motivos por los cuales no debía declararse ineficaz el acto del traslado (art. 280 del CGP).

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

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

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

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual realizado a través de la AFP Colfondos S.A. En consecuencia, se ordene a la AFP a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual. Se disponga a Colpensiones a recibirla sin solución de continuidad junto con los aportes, a, corregir y actualizar la historia laboral. Asimismo, se condene a las demandadas reconocer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra y extra petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 2 de enero de 1961 y se afilió al régimen de prima media el 22 de septiembre de 1986 donde cotizó un total de 413 semanas. Indicó que se trasladó al régimen de ahorro individual el 12 de diciembre de 1994 a través de la AFP Colfondos. Refirió que el promotor del fondo no le ilustró sobre la imposibilidad de trasladarse mientras le faltaran diez o menos años para cumplir la edad mínima para pensionarse. Expuso que la mesada AFP le realizó proyección pensional según la cual el monto de la prestación en el RAIS sería de \$737.717, entre tanto, con Colpensiones ascendería de \$1.782.560. Finalmente, solicitó a Colfondos invalidar la afiliación y reclamó administrativamente ante Colpensiones, pero la respuesta fue negativa (f.º 3 a 19).

La **AFP Colfondos S.A.**, se allanó a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento, la de traslado a la AFP, las cotizaciones realizadas y la solicitud elevada a dicha administradora. Manifestó no constarle los restantes (f.º 114 a 116).

Al dar respuesta a la demanda, **Colpensiones** se opuso al éxito de las pretensiones en su contra. En cuanto a los hechos, aceptó las fechas de nacimiento de la accionante y afiliación al ISS, las semanas cotizadas y la reclamación administrativa. Manifestó que los demás no eran hechos o no le constaban. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de

prescripción y caducidad, el cobro de lo no debido, la buena fe y las demás declarables oficiosamente. (f.º 144 a 147).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 16 de febrero de 2021, declaró ineficaz la afiliación o traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media administrado por Colpensiones al de ahorro individual a través de la AFP Colfondos S.A. En consecuencia, ordenó a la AFP trasladar los recursos o sumas que obren en la cuenta de ahorro individual con destino a Colpensiones y esta última a que reciba dichos recursos y reactive la afiliación y los acredite como semanas efectivamente cotizadas como si nunca se hubiera trasladado de régimen. Declaró no probadas las excepciones y se abstuvo de imponer condena en costas (f.º 161).

Como sustento de su decisión señaló que la accionante no cumplió el período mínimo de permanencia en cada régimen en la época en que realizó el traslado al RAIS. Luego de analizar las pruebas obrantes concluyó que la demandada AFP Colfondos S.A., no demostró que brindó a la afiliada información completa, veraz, oportuna, objetiva, comparada sobre las características, condiciones, efectos y riesgos de cada régimen pensional para que sopesara su decisión de trasladarse.

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 adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, es también procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

IV. CONSIDERACIONES

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

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

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

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

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *"los promotores que empleen las sociedades administradoras del*

sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado."

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte

Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe "a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada" la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

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

V. 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 enero de 1961, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 33 años y 375,86 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 60 y 155). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y la densidad de cotizaciones.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 12 de diciembre de 1994, así se colige del formulario de

afiliación a la AFP Colfondos S.A. (f.º 117). El que se hizo efectivo a partir del 1º de enero de 1995 de conformidad con reporte emitido por Asofondos (f.º 118).

Conforme a las pruebas allegadas al plenario, encuentra la Sala que la AFP Colfondos S.A. incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

Conforme al escrito de demanda, ninguna confesión se collige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que no se admitió haber recibido información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional en armonía con las condiciones particulares ostentadas por la actora al momento del traslado. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

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

Por tanto, la AFP Colfondos S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, bonos pensionales 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 adicionará 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 y surtido el grado jurisdiccional esta Colegiatura adiciona la decisión analizada en la forma anunciada.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

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 el punto segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 16 de febrero de 2021, en el sentido de condenar a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a

Colpensiones las sumas de dinero que hubiese descontado a la actora mientras estuvo afiliada a dicho fondo privado por concepto de gastos de administración debidamente indexados.

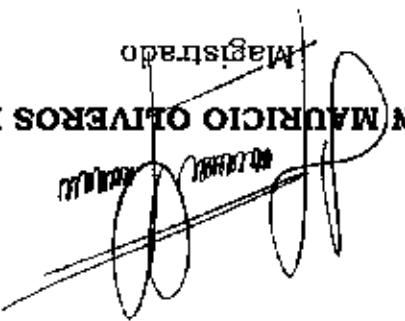
SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia analizada en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para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

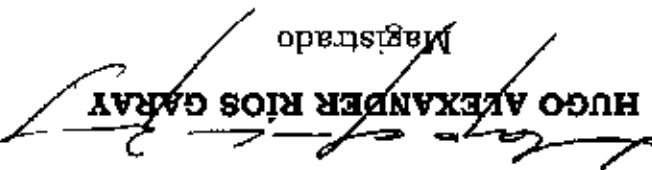
TERCERO: SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

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

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURIEL VARÓN
Magistrada

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: AMPARO MASMELAS RUIZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 015 2020 00020 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia para declarar 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, SL1964 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 27 de mayo de 2021 con decisión igual a la que se emite en el fallo de hoy 31 de agosto 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, cumple 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; el fundamento jurisprudencial 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 27 de mayo de 2021 se postergó hasta el 31 de agosto 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 27 de mayo 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 27 de mayo de 2021 sustentada en las sentencias de tutela que han dejado sin efectos sentencias

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.

del Tribunal por apartarse del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre la ineficacia del traslado.

Angela Lucia Murillo Varón
ANGELA LUCIA 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 14 2018 00421 01.
DEMANDANTE: GLORIA STELLA BACHILLER LÓPEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES.

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

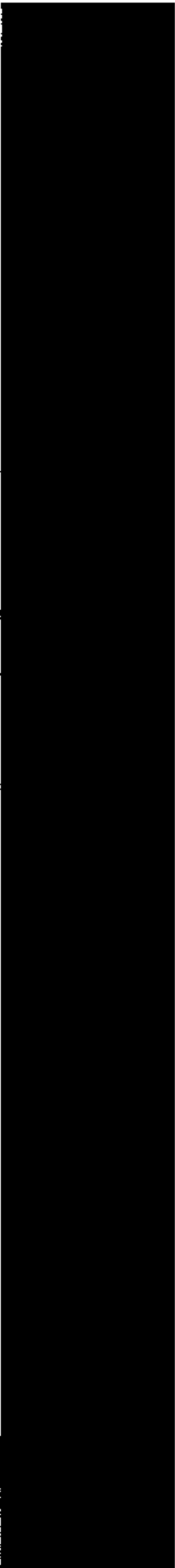
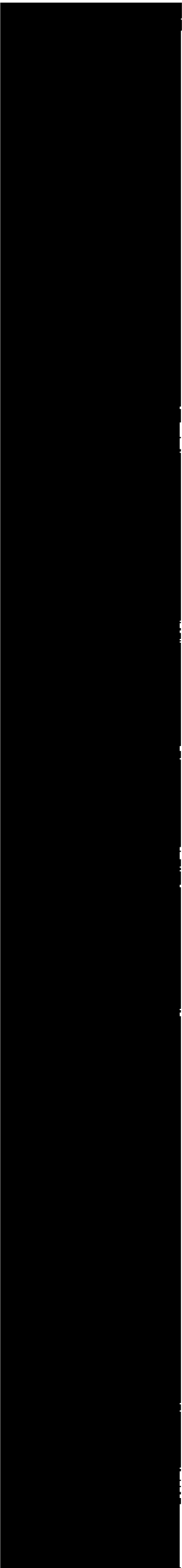
SENTENCIA

En grado jurisdiccional de consulta estudia la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 15 de octubre de 2020.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En consecuencia, se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de vejez en aplicación del Decreto 758 de 1990, a partir del 20 de octubre de 2011. A pagar intereses moratorios desde el 24 de abril de 2015, los demás derechos en virtud de las facultades *ultra y extra petita*, y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 20 de octubre de 1957 y es beneficiaria del régimen de transición, pues al 1º de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad. Además, prestó servicios a diferentes empleadores, en los que acumuló más de 1.200 semanas. Que laboró para Mario H Prieto y Asociados a partir del 1º de junio de 1983 al 2 de enero de 1990, este periodo fue reportado por el Instituto de Seguros



Sociales en liquidación expedida el 14 de noviembre de 2005, no obstante, Colpensiones en el año 2010, en respuesta a requerimiento informó que no encontró registro de pagos realizados por este empleador y reiteró la respuesta en posteriores peticiones de corrección de historia laboral.

Expuso que el 23 de diciembre de 2014, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, la que fue negada mediante Resolución GNR 55456 del 25 de febrero de 2015. Al no estar conforme, interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, pero la decisión inicial fue confirmada por Actos Administrativos GNR 302287 del 30 de septiembre de 2015 y VPB 1564 del 14 de enero de 2018. Refirió que Colpensiones el 13 de julio de 2015 le informó que solicitó el cobro al empleador moroso, pero posteriormente le indicó que no procedían las acciones de cobro, ni la actualización de la historia laboral por cuanto se trataba de una empresa con matrícula cancelada Ley 1429 de 2010.

El 11 de febrero de 2016 solicitó nuevamente corrección de historia laboral, en historia laboral expedida el 9 de septiembre de la misma anualidad se ven reflejadas las novedades de ingreso y retiro con el empleador Mario H Prieto y Asociados del 20 de octubre de 1980 hasta el 31 de agosto de 1989 y a partir del 1º de agosto de 1980 y hasta el 31 de agosto de 1990 con periodos en deuda con el mismo empleador. Relató que ni el Instituto de Seguros Sociales ni Colpensiones no iniciaron acción de cobro alguna por los aportes no cancelados aun cuando es su deber legal. Manifestó que con las cotizaciones realizadas a lo largo de la vida laboral acredita los requisitos previstos en el Acto Legislativo 01 de 2005, para mantenerse como beneficiaria del régimen de transición y para acceder a la pensión de vejez al amparo del Decreto 758 de 1990 (f.º55 a 70).

Al dar respuesta Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó los hechos relacionados con las reclamaciones y los actos administrativos emitidos por la entidad. Manifestó que no eran ciertos los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, la prescripción, el principio de buena fe, la improcedencia de los intereses moratorios,

imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y las demás declarables de oficio (f.º 93 a 101).

Fue aportada al proceso Resolución SUB 217601 del 16 de agosto de 2018 mediante la cual Colpensiones reconoció a la accionante pensión de vejez al amparo de la Ley 100 modificada por la Ley 797 de 2003, a partir del 1º de septiembre de 2018, en cuantía inicial de \$1.824.633 (f.º 117 a 125).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 15 de octubre de 2020, declaró que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez prevista en el Decreto 758 de 1990, en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Condenó a Colpensiones a reliquidar la prestación reconocida mediante Resolución SUB 217601 del 16 de agosto de 2018, conforme a las previsiones del Acuerdo 049 de 1990 a partir del 1º de septiembre de 2018 en cuantía inicial \$2.581.631. A reconocer \$22.004.483,74, como diferencias causadas entre el 1º de septiembre de 2018 al 30 de octubre de 2020 y autorizó a la entidad a descontar los aportes con destino al sistema de salud y le ordenó pagar las costas del (f.º 128).

Como sustento de su decisión, señaló que la demandada emitió historia laboral tradicional y reporte el 25 de julio de 2005 en los cuales aparece reportada la relación con el empleador Mario H Prieto y Asociados, por lo que estableció que la entidad no ejerció oportunamente las acciones de cobro a su cargo y, por ello, las semanas deben ser consideradas para el reconocimiento de la pensión. Determinó que la actora acreditó los requisitos de edad y semanas para acceder a la pensión conforme a lo previsto en el Decreto 758 de 1990, pues cumple con los presupuestos del Acto Legislativo 01 de 2005, en tal virtud, es procedente reliquidar la pensión que ya fue reconocida.

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 adversa a Colpensiones, entidad de la cual es garante la Nación, 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 dilucidar si la promotora del juicio es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en consecuencia, si tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en aplicación del Acuerdo 049 de 1990.

1. Del régimen de transición y acreditación de la relación laboral para la aplicación de la tesis de allanamiento a la mora.

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

Por su parte, el parágrafo transitorio 4º del Acto Legislativo 01 de 2005, dispone claramente que la transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que lo desarrollaran, no puede extenderse más allá del 31 de julio de 2010, con excepción, de aquellos trabajadores que al

estar en tal régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigor de la citada reforma constitucional, a los cuales se les mantendrá sus prerrogativas pensionales hasta el 31 de diciembre del 2014.

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

Paralelamente, ha puntualizado la máxima Corporación de la jurisdicción ordinaria laboral, frente a la mora del empleador en el pago de cotizaciones al sistema pensional, que las administradoras de pensiones deben agotar diligente y oportunamente las gestiones de cobro ante los empleadores, de suerte que, de omitirse esta obligación, deben responder por el pago de la prestación a que haya lugar, según la norma aplicable. Ello es así, porque el sistema de seguridad social les otorgó a dichos entes herramientas jurídicas suficientes para desplegar control, requerir a los morosos e iniciar acciones de cobro, además de contemplar en su favor, intereses o multas (Artículo 24 de la Ley 100 de 1993 y sentencias SL759-2018, que reiteró las decisiones CSJ SL, 28 oct. 2008, rad. 32384; CSJ SL907-2013, CSJ SL5429-2014, CSJ SL16814-2015, CSJ SL8082-2015, CSJ SL4818-2015, CSJ SL15718-2015, CSJ SL11627-2015, CSJ SL16814-2015, CSJ SL13266-2016, CSJ SL 4952-2016, CSJ SL6469-2016, CSJ SL15980-2016, CSJ SL17488-2016, CSJ SL13877-2016, CSJ SL685-2016, CSJ SL3707-2016, CSJ SL4892-2016, CSJ SL5166-2016, CSJ SL685-2017, CSJ SL3707-2017, CSJ SL4892-2017 y CSJ SL5166-2017).

La misma Corporación tiene adoctrinado que cuando la administradora de pensiones no activa los mecanismos de cobro para recaudar los aportes en mora, se requiere la comprobación de la existencia

de la relación laboral en el período en que el trabajador aduce haber prestado sus servicios. Es decir, que no basta que la deuda aparezca reflejada en los documentos emitidos por la administradora, pues es necesaria la verificación del vínculo laboral, porque que la omisión del empleador no puede conllevar de manera automática e inexorable a tener como efectivamente cotizados periodos en los que apenas existe en apariencia una relación contractual, dado que ello acarrearía imputarle al sistema pensional semanas no cotizadas por el asegurado, además implicaría declarar la existencia de un contrato de trabajo que no se ejecutó, con lo cual se desconocería el principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

Sobre el particular, la H. Corte suprema de Justicia en sentencia SL 3692-2020, traída a colación en SL 1506 de 2021, reseñó:

“Sin embargo, lo dicho en precedencia debe interpretarse en armonía con lo dispuesto en el literal l) del artículo 13 de la Ley 100, así como con lo establecido por los artículos 15 y 17 de ese mismo cuerpo normativo, que respectivamente señalan:

ARTÍCULO 13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES

l. En ningún caso a partir de la vigencia de esta ley, podrán sustituirse semanas de cotización o abonarse semanas cotizadas o tiempo de servicios con el cumplimiento de otros requisitos distintos a cotizaciones efectivamente realizadas o tiempo de servicios efectivamente prestados antes del reconocimiento de la pensión. Tampoco podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados, de conformidad con lo previsto en la presente ley. Lo anterior sin perjuicio de lo dispuesto en pactos o convenciones colectivas de trabajo;

ARTÍCULO 15. AFILIADOS. *<Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Serán afiliados al Sistema General de Pensiones:*

1. En forma obligatoria: <Ver Jurisprudencia Vigencia> Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos.

ARTÍCULO 17. OBLIGATORIEDAD DE LAS COTIZACIONES. *<Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> 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.*

Con sustento en las anteriores normas, es que la Sala ha sostenido que las cotizaciones de un asegurado al sistema, se generan con ocasión de la prestación efectiva del servicio o en otras palabras la existencia de una relación laboral hace que surja para el empleador el deber de aportar al sistema pensional. Así, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL514-2020, que reiteró lo dicho en la providencia CSJ SL 28 oct. 2008, rad. 34270, se sostuvo:

[...] en los términos del artículo 15 de la Ley 100 de 1993, la condición de cotizante está dada fundamentalmente por la vigencia de la relación laboral; en la SL8082-2015, señaló que «los trabajadores subordinados causan la cotización con la prestación del servicio», y en la SL759-2018 sostuvo que «la cotización al sistema de pensiones se origina con la actividad que como trabajador despliega el afiliado, de manera que los aportes son consecuencia inmediata de la prestación del servicio en cuyo pago y recaudo, tienen obligación empleadores y administradoras

Es claro entonces, que para que pueda hablarse de mora patronal, se requiere la existencia de una relación laboral que así la genere, por lo que no puede el operador judicial endilgarle a la administradora de pensiones una responsabilidad automática ante los reportes de falta de pago por parte del empleador reflejados en la historia laboral.

Dicho de otra manera, no puede el juez entrar a convalidar periodos con una aparente mora patronal, sin tener la certeza de que en estos el trabajador haya tenido vigente un vínculo laboral, puesto que la omisión del empleador en reportar la novedad de retiro, no puede conllevar de manera automática e inexorable a tener como efectivamente cotizado esos periodos, como se dijo en líneas anteriores, dado que no solo podría conllevar a cargarle o imputarle al sistema pensional, un número de semanas no cotizadas por el asegurado, sino a declarar la existencia de un contrato de trabajo, con las consecuencias que ello acarrea; lo que además supone un claro desconocimiento a un principio medular del ordenamiento jurídico del trabajo, como lo es el de la primacía de la realidad sobre las formas.

En esa línea de pensamiento, queda claro que, a efectos de contabilizar las semanas cotizadas por el afiliado y, por ende, verificar los presupuestos legales tendientes a obtener el derecho pensional, así como la forma de liquidarla, deben tenerse en cuenta a más de las consignadas oportunamente, las que se encuentran en mora sobre las cuales no haya duda de la existencia de la relación laboral.

Aquí es importante precisar que, los efectos de la mora en el pago de los aportes son diferentes a los de la falta de afiliación al sistema de pensiones, dado que dichos fenómenos tienen causas distintas. En el primer evento, como se dijo las administradoras tiene la ineludible obligación de iniciar las acciones de cobro pertinentes, mientras que, en la

segunda hipótesis, la entidad de seguridad social respectiva debe reconocerle al trabajador el tiempo servido con el consecuente traslado de un cálculo actuarial o título pensional a cargo del empleador.

2. Del conteo de semanas en el caso concreto.

En el *sub examine* la demandante en principio era beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, dado que para la entrada en vigor de tal disposición legal tenía más de 36 años, al haber nacido el 20 de octubre de 1957. Ahora, cumplió los 55 años el mismo día y mes de 2012, (f.º 2 o), es decir, luego del 31 de julio de 2010, lo que conlleva a verificar el cumplimiento de la densidad de semanas.

En lo concerniente a las cotizaciones, de conformidad con el reporte generado el 6 de agosto de 2018 allegado por la demandada en CD contentivo del expediente administrativo a folio 85, se advierte que para el 29 de julio de 2005 la promotora del juicio acredita 652 semanas cotizadas, por lo que no se mantuvo como beneficiaria del régimen de transición, el cual se extendió hasta el 31 de diciembre de 2014.

Es importante acotar que a efectos de contabilizar las semanas válidas para pensiones la Sala **NO** tomó en consideración el periodo comprendido entre el 20 de octubre de 1980 y el 31 de agosto de 1990 con el empleador Mario H Prieto y Asociados, pues aunque en la historia laboral tradicional aparecen las novedades de ingreso y retiro, así como la anotación de deuda, sorprende que este empleador no realizó siquiera un aporte en favor de la accionante, quien tampoco demostró por ningún medio la prestación de los servicios o vínculo laboral con el empresario, pese a que en repetidas ocasiones solicitó corregir su historia laboral e incluir las semanas del periodo señalado tal como se verifica con el expediente administrativo a partir del 2012.

Como si fuera poco, en el periodo en el que se reporta la mora con el empleador Mario H Prieto y Asociados, otros empleadores reportaron la vinculación con la promotora del juicio y si realizaron cotizaciones así:

- Posada Sarmiento Fernando desde el 20 de octubre de 1980 al 30 de diciembre de 1980.
- Coaseguros Bogotá Ltda del 2 de agosto de 1982 al 31 de agosto de 1985.
- Productos Químicos del Huila desde el 12 de septiembre de 1985 al 16 de diciembre de 1985.
- Texquiplast Ltda del 14 de marzo de 1990 al 12 de diciembre de la misma anualidad (f.º 85 CD expediente administrativo).

Bajo este panorama, estima la Colegiatura que la parte accionante no cumple con la carga 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, aunque aparece reportada la mora con Mario H Prieto y Asociados, no aportó ningún medio de convicción que permita corroborar efectivamente la prestación de sus servicios a este empleador, para con ello generar el deber de aportar al sistema. Así las cosas, no existe una razón jurídica atendible para contabilizar los tiempos reclamados.

En consecuencia, como la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, su pensión no puede ser reconocida en aplicación del Decreto 758 de 1990. En consecuencia, no hay lugar a reliquidar la pensión de vejez que Colpensiones reconoció a la promotora mediante Resolución SUB 217601 del 16 de agosto de 2018 al amparo de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003 a partir del 1º de septiembre de 2018, en cuantía inicial de \$1.824.633 (f.º 117 a 120), monto que fue modificado por Acto Administrativo SUB 275252 del 22 de octubre de 2018 en la suma de \$1.826.078 (f.º 121 a 126), por lo que resulta procedente revocar la sentencia analizada en cuanto ordenó modificar el monto de la mesada.

3. De los intereses moratorios

De conformidad con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1º de enero de 1994, del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el

pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

De acuerdo con lo anterior, se causan intereses moratorios a cargo de la entidad obligada al pago de la pensión cuando ésta se ha tardado en el pago de la mesada, o cuando hay una solución tardía en el reconocimiento de la pensión, para lo cual debe tenerse en cuenta, para este tipo de pensiones, el período de gracia de dos (4) meses que concede el artículo 9º la Ley 797 de 2003 contados contados a partir de la radicación de la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho.

En este caso, se considera que no es procedente el reconocimiento y pago de intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, pues pese a que la pensión fue reclamada en varias oportunidades, la accionante sólo contaba con las semanas suficientes cuando petitionó la prestación el 27 de julio de 2018, época en la que acreditaba 1310 semanas de aportes y la entidad dio respuesta mediante el otorgamiento de la prestación mediante Resolución SUB 277601 del 16 de agosto de 2018, esto es, dentro del término de gracia que la ley le otorga (f.º 117 a 120).

De conformidad con las consideraciones expuestas y surtido el grado jurisdiccional de consulta, la Sala revoca la decisión analizada.

Sin costas en el grado de jurisdicción. Las de primera instancia estarán a cargo de la parte actora.

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,

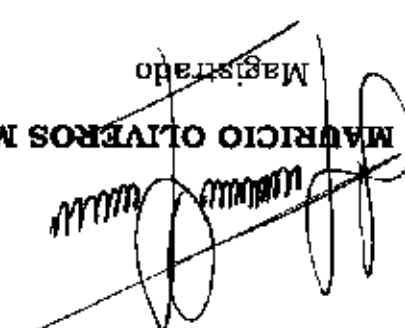
RESUELVE

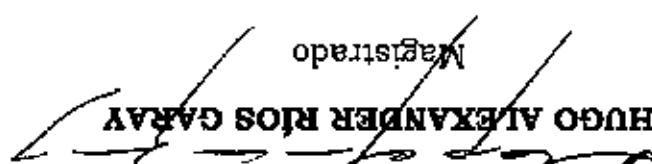
PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Catorece Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 15 de octubre de 2020, para en su lugar, absolver a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la consulta. Las costas de primera instancia estarán a cargo de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURIELLO VARÓN
Magistrada