



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 31 2019 00279 01.
DEMANDANTE: POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.
DEMANDADO: ALFONSO GALLO ARAQUE

Bogotá, D. C., treinta (30) de julio 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 y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de octubre de 2020.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare que en virtud del contrato celebrado el 24 de julio de 2013 con la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P para la normalización del pasivo pensional de ETB a través de una póliza de seguro de pensiones con conmutación total del pasivo pensional, Positiva Compañía de Seguros S.A. efectuó por error un doble pago de las mesadas pensionales al demandante, constitutivos de pago de lo no debido. En consecuencia, se condene al accionado a restituir y pagar debidamente indexada la suma de \$12.167.889 por concepto de mesadas de noviembre y diciembre de 2014, por valor de \$8.587.026, más una mesada adicional en diciembre de 2014 por valor de \$4.293.513 de compartibilidad pensional. Asimismo, se disponga al demandado 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 Alfonso Gallo Araque fue trabajador de ETB, empresa que le reconoció pensión de jubilación compartida según oficio del 26 de marzo de 2008. Refirió que Colpensiones le otorgó pensión de vejez mediante Resolución GNR 369637 del 26 de diciembre de 2013, a partir del 13 de febrero de la misma anualidad, en cuantía inicial de \$4.211.804. Al no estar conforme, el señor Gallo interpuso recurso de reposición, en respuesta la entidad mediante Resolución GNR 403882 del 18 de noviembre de 2014, reliquidó la pensión de vejez, en cuantía de \$4.470.675.

Adujo que para el año 2013 la mesada pensional a cargo de Colpensiones era de \$ 4.211.804 y para el 2014 \$4.293.513, por su parte la mesada reconocida por ETB hasta el 31 de agosto de 2013, era de \$4.481.255 y para 2014 de \$4.568.191. Expuso que entre la ETB y Positiva el 24 de julio de 2013 se celebró un contrato marco para la normalización del pasivo pensional de la primera a través de una póliza de seguros de pensiones con conmutación total del pasivo pensional el cual iniciaría su vigencia el 1º de septiembre de 2013. La ETB tuvo a su cargo la pensión de jubilación del actor hasta el 31 de agosto de 2013, por efecto de la entrada en vigencia del contrato de conmutación pensional el 1º de septiembre de 2013, de dicho contrato se informó a los pensionados.

Expuso que la obligación de la ETB era la de reconocer únicamente el mayor valor si lo hubiere entre la mesada que reconocía y la que fuera otorgada por Colpensiones. Positiva le informó a Colpensiones del contrato de conmutación pensional y le solicitó la notificación de las resoluciones en que reconoce pensión a los jubilados de la ETB y el giro del retroactivo que debe realizarle. Expuso que detectó en su sistema de información que al demandado le fueron reconocidos unos mayores valores pagados sin tener derecho a los mismos correspondientes a los meses de noviembre y diciembre de 2014 por valor de \$8.587.026 y la mesada adicional de diciembre de 2014 por \$4.293.513 menos ajustes por descuentos que arroja una suma por cobrar de \$12.567.889. Finalmente, señaló que ha requerido vía telefónica y por escrito al accionante la devolución del dinero sin obtener respuesta (f.º 3 a 14).

Al contestar **Alfonso Gallo Araque** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó fue trabajador de la ETB que esta le reconoció pensión compartida, también que Colpensiones le reconoció pensión de vejez y reliquidó la misma. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de prescripción, la falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, la buena fe, la prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y las demás declarables oficiosamente (f.º 85 a 91).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 27 de octubre de 2020, condenó al demandado a cancelar la suma de \$12.167.889 debidamente indexada con el IPC inicial de 31 de diciembre de 2014 y el IPC final el vigente en el momento en que se efectúe el pago de la obligación, asimismo a pagar las costas del proceso.

Como sustento de su decisión, encontró que la accionante demostró haber cancelado las sumas que hoy reclama y requerido dentro del término trienal su devolución al demandado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandada imploró revocar la sentencia, pues conforme a la Resolución GNR 403882, el reconocimiento y reliquidación de la pensión se da a partir del 1º de diciembre de 2014 según el artículo 2º de dicho acto administrativo, por tanto, la petición de Positiva carece de sustento legal y fáctico tal como se desprende del hecho 15 de la demanda, en la que se reconoce que Positiva cobró la suma que hoy pretende se le pague nuevamente, por ello el enriquecimiento sin justa causa está en cabeza de Positiva.

Sostuvo que no es posible aplicar la carga dinámica de la prueba, tampoco la inversión de la prueba, pues la información del pago de la suma que hoy se pretende cobrar está en poder de la demandante, sin embargo, no la aportó al proceso. Refirió que debe tomarse en consideración el escrito radicado por el accionante el 10 de marzo de 2015, en el cual manifiesta que a la fecha no le han pagado su mesada, con lo cual se evidencia que no está acreditado el pago efectivo de las sumas de dinero hoy reclamadas. En gracia de discusión, si se aceptara que tales pagos fueron realizados no habría lugar a reintegrarlos dado que fueron recibidos de buena fe y la entidad no puede alegar su propia culpa.

Adujo que las pretensiones de la demanda no debieron prosperar porque han transcurrido más de seis años, en consecuencia, operó el fenómeno extintivo de la prescripción.

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

IV. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que corresponde dilucidar si el demandado está llamado a reintegrar alguna suma de dinero a Positiva Compañía de Seguros y si ha operado el fenómeno extintivo de la prescripción.

Para el efecto se indica que se encuentra al margen de la discusión en esta instancia y está plenamente probado que: **i)** la ETB S.A. ESP reconoció al demandado pensión de jubilación de carácter compartida a partir del 13 de febrero de 2008 en cuantía inicial de \$3.722.009, al amparo de lo dispuesto en la Ley 33 de 1985; **ii)** la empresa además indicó al pensionado que tenía la obligación de tramitar la pensión de vejez ante el Seguro Social el 13 de febrero de 2013 e informar oportunamente a la empresa cuando le sea otorgada, dado que a partir de dicha data a la ETB únicamente le correspondería pagar la diferencia entre una y otra pensión

si la hubiere (f.º19 y 20); **iii)** Colpensiones mediante Resolución GNR 369637 del 26 de diciembre de 2013 otorgó al accionado pensión de vejez a partir del 13 de febrero de 2013, en cuantía de \$4.211.804 (f.º 21 a 24) y **iv)** al no estar conforme, interpuso recurso de reposición, en respuesta la entidad a través de Acto Administrativo GNR 403882 del 18 de noviembre de 2014 reliquidó la prestación y ordenó pagar como mesada a partir del 1º de diciembre de 2014, la suma de \$4.470.675 (f.º 25 a 28).

1. De la compartibilidad pensional

Respecto de la compartibilidad pensional el artículo 5º del Acuerdo 029, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, consagra esa posibilidad para los empleadores inscritos al Instituto de Seguros Sociales que a partir de la fecha de publicación del mismo, otorguen pensiones de jubilación reconocidas en convención, pacto, laudo arbitral o voluntariamente, siempre que continuaran cotizando para los riesgos de invalidez, vejez y muerte hasta el momento en que los afiliados cumplieran los requisitos exigidos por el Instituto, para que a partir de ese momento los empleadores solamente tuvieran a su cargo el mayor valor respecto de la pensión que venían recibiendo.

Posteriormente, con el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, se dispuso que la compartibilidad pensional no operaría cuando en la convención, pacto, laudo arbitral o acuerdo entre las partes, se dispusiera expresamente.

Sobre el tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4080-2018, sostuvo que:

«Desde el punto de vista jurídico, propio de ambos cargos, el Tribunal no incurrió en error alguno al sostener que las pensiones convencionales reconocidas con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, son, en principio, compartidas con las que reconoce el Instituto de Seguros Sociales, salvo que se exprese en ellas mismas que son compatibles. Tal orientación es la que se deriva expresamente de lo plasmado en el artículo 5 de la referida normativa y es la que ha mantenido de manera invariable esta Corporación a través de su jurisprudencia (Ver las sentencias CSJ SL13190-2015 y CSJ SL498-2016, entre muchas otras)».

En el caso bajo examen, la pensión de jubilación fue concedida por el empleador a partir de 13 de febrero de 2008, además, de la lectura de la comunicación DRH-379-97 de 4 de noviembre de 1997, a través la cual se informa al trabajador tal el hecho, se evidencia que en ninguno de sus apartes queda consignado que la prestación tuviera el carácter de compatible (f.º 19 y 20).

De otro lado, se observa que en cumplimiento al artículo 5º del Decreto 813 de 1994, la ETB S.A.E.S.P. realizó cotizaciones a Colpensiones en favor del demandado desde el 17 de junio de 1974 hasta el 12 de febrero de 2013, por lo que alcanzó a lo largo de su vida laboral 1.446 semanas, según se corrobora en la Resolución GNR 369637 del 26 de diciembre de 2013.

En ese horizonte, como quiera que la prestación fue otorgada por la empleadora al demandante con posterioridad al 17 de octubre de 1985, habrá de tenerse como compartida. En consecuencia, ETB S.A. E.S.P., tiene a su cargo únicamente el mayor valor o diferencia entre la pensión que paga y la reconocida por Colpensiones. Ahora, como quiera que entre la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A.ESP y Positiva Compañía de Seguros S.A. fue suscrito contrato de conmutación total del pasivo pensional a través de una póliza de seguro de pensiones (f.º 34 a 52), la gestora al ocupar el lugar de la ETB está llamada igualmente a reconocer únicamente la diferencia que se genere entre la pensión que otorga Colpensiones y la que tiene a su cargo.

2. De los pagos efectuados

Se advierte que mediante Resolución GNR 369637 del 26 de diciembre de 2013 con la cual Colpensiones reconoció la pensión de vejez, ordenó el pago de la suma de \$54.002.322 a favor de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A.ESP (f.º 21 a 24). Monto que efectivamente fue girada según se colige del Acto Administrativo GNR 403882 del 18 de noviembre de 2014, en el que la entidad dejó consignado

que consultado el aplicativo de nómina (reintegros) el dinero reconocido en la Resolución GNR 369637 del 26 de diciembre de 2013, desde el 1º de enero de 2014 hasta el 30 de octubre de 2014 se encuentran debidamente reintegrados “*es decir que el asegurado no cobró dichos valores*” (f.º 25 a 28).

Igualmente, la entidad certificó que para noviembre de 2014 le canceló al demandado la suma de \$4.293.513 como mesada y \$4.293.513 por concepto de prima y para el mes de diciembre de la misma anualidad depositó como mesada \$4.470.675. también, que en cada uno de los periodos descontó al pensionado por concepto de salud la suma de \$515.300 (f.º 32). Por su parte, la Gerente de Indemnizaciones de Positiva Compañía de Seguros certifica a folios 29 y 30 que para noviembre y diciembre de 2014 pagó al demandado en cada mes \$4.568.191 y como prima en el mes de diciembre otra suma igual de \$ 4.568.191.

A solicitud de la demandante fue decretado y escuchado el testimonio de Lourdes del Pilar Pachón Zamudio, quien labora para Positiva Compañía de Seguros S.A y tiene a su cargo los procesos de conmutación pensional, señaló que en el mes de noviembre de 2014 Colpensiones ingresó a nómina al demandado y le pago completa esta mesada, así como la correspondiente a diciembre de la misma anualidad y la mesada adicional. De igual forma, Positiva realizó el pago de estas mesadas de forma completa a la cuenta bancaria, por lo que se verificó un doble pago, sólo hasta enero de 2015 se realizó el ajuste y se le empezó a pagar únicamente la diferencia.

Ahora, mediante comunicaciones adiadas el 3 de agosto y 18 de agosto de 2015 el demandado pone de presente a Positiva S.A. que ha tenido múltiples inconvenientes con el pago de su pensión desde que le fue reconocida por Colpensiones, pero nunca indica que no le han sido pagadas las mesadas correspondientes a noviembre y diciembre de 2014, es más, su queja esta orientada a la falta de pago por parte de Colpensiones en el año 2015 (f.º 96 y 97 y 99 y 100).

Analizados en conjunto los medios probatorios, se concluye que la demandante cumplió con la carga que 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 demostró que canceló al ejecutado unas sumas de dinero por concepto de mesadas pensionales y mesada adicional de manera completa, para los meses de noviembre y diciembre de 2014, época para la cual en virtud de la compartibilidad pensional sólo tenía a su cargo el pago de la diferencia entre la mesada que reconoció Colpensiones y la que venía pagando la ETB.

Es pertinente señalar que, si bien Colpensiones giró a la demandante la suma de \$54.002.322, este rubro corresponde únicamente al retroactivo de las mesadas causadas entre el 1º de enero y el 30 de octubre de 2014, tal como quedó consignado en Resolución GNR 403882 del de noviembre de 2014 (f.º 25 a 28). Además, en el certificado emitido por Colpensiones aparecen en estado activo el pago de las mesadas ahora reclamadas.

3. De la prescripción

El artículo 151 del Código Procesal del Trabajo dispone que las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. **El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono** sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero solo por un lapso igual.

A su vez el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo señala que las acciones correspondientes a los derechos regulados en este Código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.

Estima la Sala que en el presente asunto ha operado el fenómeno extintivo de la prescripción como quiera que los pagos no debidos se realizaron en noviembre y diciembre de 2014 (f.º 29 y 30), la accionante solicitó al señor Alfonso Gallo Araque reintegrar los dineros el 27 de febrero de 2015 (f.º 61 y 62) y este dio respuesta el 10 de marzo de 2015 (f.º 94). Luego la demanda se interpuso el 23 de abril de 2019 (f.º 68), es decir, por fuera del término trienal previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo de Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

No pasa por alto la Colegiatura que Positiva Compañía de Seguros requirió al demandado reintegrar los dineros pagados en exceso en varias oportunidades, la primera el 27 de febrero de 2015 (f.º 61 y 62), la segunda el 28 de julio de la misma anualidad (f.º 63), la tercera el 16 de noviembre de 2017 (f.º 65) y la cuarta el 3 de diciembre de 2018 (f.º 67 y 68), no obstante, conviene recordar que sin importar cuantas solicitudes haya elevado la parte demandante, solamente la primera tiene la vocación de interrumpir el término prescriptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 489 del Código Sustantivo de Trabajo, que dispone:

“ARTICULO 489. INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION. *El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente.”*

Así las cosas, se concluye que en el presente asunto ha operado el fenómeno extintivo de la prescripción y como quiera que el medio exceptivo fue oportunamente propuesto por el demandado, resulta forzoso revocar la sentencia de primera instancia, para en su lugar, absolver al señor Alfonso Gallo Araque de las pretensiones elevadas en su contra y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

No se causan costas en la instancia. Las de primera estarán a cargo de la parte demandante.

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 Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de octubre de 2020, para en su lugar, absolver al demandado de las pretensiones elevadas en su contra debido al declararse probada la excepción de prescripción.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la apelación. Las de primera instancia estarán a cargo de la parte demandante.

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 26 2019 00746 01.
DEMANDANTE: CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ MARTELO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A..

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

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la demandada AFP Protección S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 04 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 la anulación por ineficacia de la afiliación y del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Protección S.A.. En consecuencia, se ordene su regreso automático a prima media y se condene a Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado, gastos de administración o cualquier otro, debiendo asumir con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión por el pago de mesadas o gastos de administración. Ordenar a la AFP en caso de haber otorgado previamente pensión, a seguir pagándola hasta tanto sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional. 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 empezó a cotizar a pensiones el 31 de mayo de 1982 y se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Santander S.A., el 13 de diciembre de 2001. Adujo que la AFP no le proporcionó información clara, comprensible y objetivamente verificable sobre las características de cada uno de los regímenes, sus ventajas, desventajas, las implicaciones de trasladarse, tampoco le realizó proyecciones o estimativos pensionales. Expuso que reclamó administrativamente la anulación del traslado (f.º 215 a 249).

Al contestar **Colpensiones** se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la de vinculación a prima media, la fusión entre la AFP Santander y AFP Protección, también la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, formuló las excepciones de prescripción, el cobro de lo no debido, la buena fe y la presunción de legalidad de los actos administrativos (f.º 268 a 276).

Al dar respuesta, la AFP **Skandia S.A.** también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Respecto de los hechos, aceptó la fecha

de traslado de régimen, la fusión entre administradoras, y las peticiones elevadas Manifestó que los restantes no eran ciertos, no le constaban o no eran hechos. En su defensa, formuló las excepciones inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; la buena fe; el aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones; la inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; la prescripción y las demás declarables oficiosamente (f.º 287 a 308).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 04 de marzo de 2021, declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de diciembre de 2001. Condenó a Protección S.A. a transferir a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados junto con sus rendimientos financieros y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de gastos administración; dispuso a Colpensiones a que acepte dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas e impuso condena en costas a cargo de Protección S.A..

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

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

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

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

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

informado (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

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

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

Finalmente, conviene precisar que la sostenibilidad del sistema tampoco se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social,

serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que el promotor del juicio nació el 11 de enero de 1958, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 36 años de edad y 336 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º66 y 277 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 13 de diciembre de 2001, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Santander hoy Protección S.A. (f.º3141). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que el actor estuvo afiliado a Santander desde el 1º de febrero de 2002 al 30 de diciembre de 2012; a partir del 31 de diciembre de 2012 en adelante a Protección S.A., según historial de vinculaciones de folios 317 del expediente digital.

Al absolver interrogatorio de parte el demandante manifestó que para la época en que se trasladó era de público conocimiento que el Instituto de Seguros Sociales atravesaba una difícil situación, además por experiencias familiares tenía conocimiento de la deficiente calidad del servicio, por eso cuando en su apartamento lo visitó un asesor del fondo privado le informó que el ISS se iba a acabar, que en Santander podría pensionarse de manera anticipada y con mejor monto, se trasladó voluntariamente. Indicó que el promotor no le informó sobre las características del régimen de ahorro individual.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Protección S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código

Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, haber brindado al demandante al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

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

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

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

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

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, el 04 de marzo 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 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

380

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: CARLOS ALBERTO MARTINEZ MARTELO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 026 2019 00746 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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

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

Teniendo en cuenta ese precedente jurisprudencial contenido en las sentencias de tutela y que hace relación, entre otras, a las sentencias del párrafo anterior, se presentó a la sala por este despacho la ponencia el 29 de abril de 2021 con decisión igual a la que se emite en el fallo de hoy 30 de junio de 2021, esto es, confirmando la sentencia de primera instancia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En el presente caso, pese a que no existía disidencia sobre la decisión, que valga reiterar es respecto de la cual se genera el salvamento de voto, la decisión presentada en la ponencia de 29 de abril de 2021 se postergó hasta el 30 de junio 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.


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 26 2019 00582 01.
DEMANDANTE: MARÍA CLEMENCIA MARQUEZ CHAPARRO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

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

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la demandada AFP Protección S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 de noviembre de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

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

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

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

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

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

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos S.A. En consecuencia, se condene a Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual. Ordenar a Colpensiones activarla la afiliación en su sistema. Asimismo, se disponga a las demandadas reconocer los demás derechos en virtud de las facultades *ultra* y *petita*, más las costas del proceso. Subsidiariamente, imploró condenar a las AFP a pagar una mesada equivalente a la que hubiere recibido en Colpensiones.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 22 de febrero de 1961 y cotizó 708 semanas al régimen de prima media a través del Instituto de Seguros Sociales. Refirió que se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos en junio de 1998. Se cambió porque el asesor comercial le dijo que en el RAIS se pensionaría con un monto mayor y que el Instituto de Seguros Sociales iba a desaparecer por lo que corría el riesgo de perder todas las semanas cotizadas. Luego, en septiembre de 2006 se pasó a Protección porque esta AFP le ofreció una mesada superior. Expuso que ninguna de las AFP la asesoró sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen, tampoco sobre la posibilidad de regresar a prima media.

La AFP Protección S.A. le realizó proyección según la cual la mesada en el RAIS ascendería a \$1.170.000, entre tanto, en Colpensiones la mesada sería de \$3.576.992. Finalmente, refirió que reclamó administrativamente, pero Colpensiones negó la solicitud de traslado (f.º 76 a 87 subsanación).

Al dar respuesta, **Colpensiones** se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento y edad de la demandante, la vinculación y cotizaciones realizadas al régimen de prima media y en toda la vida laboral, también la fecha de traslado al RAIS, las reclamaciones presentadas a las demandadas y sus respuestas.

Manifestó no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, formuló las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho; el cobro de lo no debido, la buena fe y la presunción de legalidad de los actos administrativos y as demás declarables oficiosamente (f.º 120 a 129).

Al contestar la AFP **Colfondos S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra. Respecto de los hechos admitió únicamente el natalicio de la demandante y la data en que se trasladó al RAIS. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, La no existencia de causal de nulidad, la prescripción de la acción para reclamar la nulidad del traslado, la compensación y pago, la obligación a cargo de un tercero, el saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, la ausencia de vicios del consentimiento y las demás declarables oficiosamente (f.º 165 a 180).

Por su parte, la **AFP Protección S.A.** también se opuso al éxito de las pretensiones. Respecto de los hechos, aceptó el número de semanas cotizadas en toda la vida laboral, la fecha de traslado a ahorro individual y la de vinculación a esa AFP, también que le fue ofrecida una mesada pensional más alta. Manifestó que los restantes no eran ciertos o no le constaban. En su defensa, formuló las excepciones de validez de la afiliación a Protección S.A., la buena fe, la inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, la prescripción y las demás declarables oficiosamente (f.º 184 a 192)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 25 de noviembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad. Condenó a Protección S.A. a transferir a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados junto con sus rendimientos financieros, sin lugar a descontar suma alguna por concepto de gastos administración. Dispuso a Colpensiones a que acepte dicho traslado y contabilice para

efectos pensionales las semanas cotizadas. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a Protección S.A.

Como sustento de su decisión, señaló que la demandada AFP Colfondos no demostró haber brindado información oportuna, veraz, necesaria y eficaz a la demandante para que tomara una decisión debidamente informada de cambiarse de régimen y esta situación no se sana con los traslados realizados entre administradoras del régimen de ahorro individual

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada AFP Protección S.A. interpuso recurso de apelación al argumentar que no está llamada a sufrir todas las consecuencias de la sentencia, pues el traslado inicial se hizo a Colfondos y la afiliación a Protección se dio en virtud de un traslado horizontal. En todo caso, la demandante aceptó que recibió información de la AFP

De otro lado, sostuvo que los gastos de administración no fueron objeto de la fijación del litigio y su devolución no puede ser ordenada, pues no hace parte de las restituciones mutuas derivadas de la declaración de eficacia. Sostuvo que no es procedente 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 *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 la promotora del juicio nació el 22 de febrero de 1961 y tiene 522.55 semanas cotizadas a prima media (f.º 15 y 153 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 11 de junio de 1998, así se observa en reporte de Asofondos. (f.º 193), pues no fue allegado formulario de afiliación al régimen de ahorro individual. Del mismo reporte es posible verificar que la accionante estuvo afiliada a Colfondos desde el 1º de agosto de 1998 a 30 de septiembre de 2006; a ING S.A. del 1º de octubre de 2006 al 30 de diciembre de 2012 y del 31 de diciembre de 2012 en adelante a la AFP Protección S.A

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que Colfondos le ofreció mayor rentabilidad de sus aportes, que sus hijas podrían heredar la pensión y podía elegir entre acceder a la pensión de vejez o retirar la totalidad del dinero acumulado más los intereses. Señaló que para la época existía el rumor que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y el fondo privado era más robusto, más sólido. Indicó que solamente cuando se fue a acceder a la pensión se dio cuenta que las promesas que le hicieron no eran ciertas, porque la pensión resulta inferior.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Colfondos S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, haber brindado al demandante al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

Conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para tener una mesada pensional superior, retirar la totalidad de las

cotizaciones y sus rendimientos, o la referencia de que el fondo público se encontraba en crisis, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, 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 Protección S.A. administradora en la que se encuentra actualmente vinculada deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por lo que la decisión se mantendrá en este punto.

Se precisa que no es posible eximir 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 lo obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360-2019). En consecuencia, la sentencia será adicionada en este punto.

Resulta importante señalar sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el

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

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de noviembre de 2020, en el sentido de condenar a la AFP Colfondos 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.

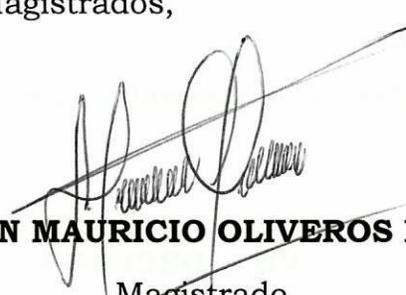
SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia analizada, en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada *actuarium de voto*

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARÍA CLEMENCIA MARQUEZ CHAPARRO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 026 2019 00582 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 29 de abril de 2021 con decisión igual a la que se emite en el fallo de hoy 30 de julio de 2021, esto es, confirmando la sentencia de primera instancia.

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

La congruencia interna porque la decisión de confirmar la sentencia de primera instancia respecto de la ineficacia contenida en la parte resolutive tenía como parte motiva las sentencias de tutela mencionadas en el primer párrafo, al punto que así señala en la advertencia señalada en las páginas 1 y 2; 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 29 de abril de 2021 se postergó hasta el 30 de julio 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.


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 25 2019 00557 01
DEMANDANTE: HERNÁN BELISARIO DE JESÚS AHUMADA CONTRERAS.
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

Bogotá, D. C., treinta (30) de julio 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 Veinticinco 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 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, a razón de 14 mesadas al año, junto con los intereses moratorios y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que mediante Resolución GNR 235113 del 17 de septiembre de 2013, la demandada le reconoció pensión de vejez en aplicación del artículo 12 del Decreto 758 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición. Refiere que convive con su esposa Beatriz de los Dolores Contreras de Ahumada, quien es su beneficiaria en el sistema de salud y depende económicamente de él, pues no labora ni percibe pensión alguna. Finalmente, señala que el 31 de

agosto de 2017, reclamó administrativamente los incrementos, los cuales fueron negados (f.º 3 a 8).

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, también la reclamación administrativa y su respuesta. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción y caducidad, la inexistencia del derecho y de la obligación, el cobro de lo no debido, la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f.º 39 a 43).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 23 de septiembre de 2020, absolvió a la demandada de las pretensiones de la demanda (f.º 51).

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

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación al argumentar que le fue reconocida pensión de vejez de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de 1990, por ello, sin importar que la prestación haya sido reconocida en el año 2013, tiene derecho a que le sean otorgados los incrementos contemplados en la misma norma, base de la pensión, como quiera que demostró que convive con su esposa desde hace más de 50 años quien depende económicamente de él, pues no esta pensionada, tampoco cotiza a través de ningún empleador y no tiene ingresos mensuales de ninguna índole.

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

IV. CONSIDERACIONES

Conforme al recurso de apelación 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. 235113 del 17 de septiembre de 2013, la demandada reconoció al actor pensión de vejez en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, a partir del 1º de octubre de 2013 por ser beneficiario del régimen de transición (f.º. 21 a 23).

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 radicados 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 a, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, para ello, trajo a colación lo señalado 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 Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 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



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 24 2019 00571 01
DEMANDANTE: GILMA YOLANDA CHAPARRO GIL
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de julio 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 Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 de noviembre de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

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

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

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

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

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

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare nula la afiliación al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, ser retrotraigan las cosas al estado anterior y se condene a Colpensiones a tenerla dentro de sus afiliados como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático. 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 5 de junio de 1964, se trasladó al régimen de ahorro individual el 20 de septiembre de 1996. Adujo que el promotor del fondo no lo asesoró ni le brindó, información completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto de las características de cada régimen, sus diferencias, ventajas y desventajas y en general sobre las implicaciones que el cambio tendría sobre su futuro pensional, dado las circunstancias personales.

La AFP le realizó simulación pensional según la cual la mesada en el RAIS será a los 57 años \$781.242, entre tanto, en Colpensiones ascendería a \$3.778.995. Refirió que a lo largo de su vida laboral ha cotizado 1.334 semanas. Finalmente, que reclamó administrativamente, no obstante, obtuvo respuesta negativa de parte de las administradoras (f.º 2 a 7).

Al dar respuesta a la demanda, **Colpensiones** se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la afiliación al RAIS, el resultado de la simulación pensional, la reclamación administrativa y su respuesta. Respecto de los demás, manifestó no constarle. En defensa de sus intereses propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen, la inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, la inexistencia de la obligación de la afiliación, el error de derecho no vicia el consentimiento, la buena fe, la prescripción, la presunción de

legalidad en los actos jurídicos y las demás declarables oficiosamente (f.º 53 a 68).

Al contestar, **AFP Porvenir S.A.** rechazó las suplicas. Respecto de los hechos, señaló que no son ciertos o no son hechos. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia la buena fe, la prescripción, la inexistencia de la obligación, la compensación y las declarables de forma oficiosa (f.º 78 a 109).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 11 de noviembre de 2020, declaró ineficaz la afiliación realizada por la accionante a la AFP Porvenir S.A., que para todos los efectos la demandante nunca se trasladó al régimen de ahorro individual. Condenó la AFP a trasladar a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos e intereses con sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es con todos los rendimientos, sin lugar a descontar ninguna suma por concepto de gastos de administración. Ordenó a Colpensiones reactivar la afiliación, recibir los dineros, actualizar y corregir la historia laboral. Declaró no probada la excepción de prescripción y se abstuvo de imponer condena en costas (f.º 129 y 130).

Como sustento de su decisión, luego de analizar las pruebas obrantes concluyó que la demandada AFP Porvenir S.A. no demostró haber brindado la información completa, veráz, oportuna, objetiva, comparada sobre las características, condiciones, efectos y riesgos de cada régimen pensional para que la demandante sopesara su decisión de trasladarse. Consideró que la sola firma de forma voluntaria del formulario no era demostrativa del cumplimiento del deber de información que la ley impuso a las AFP desde su creación.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

La **AFP Porvenir S.A.** suplica la revocatoria de la sentencia pues no es procedente declarar la ineficacia y el juez aplicó consecuencias jurídicas ajenas a esta figura. Se opone a devolver los gastos de administración, porque ya fueron descontados de la cuenta de ahorro individual en virtud de mandato legal. Alegó que estos han cubierto la gestión de la administradora que ha generado rendimientos al demandante y los riesgos de invalidez y muerte, por ello, su devolución desconoce el actuar de buena fe de la AFP y además genera un enriquecimiento sin causa.

Colpensiones por su parte aduce que no es posible eximir a la afiliada de sus obligaciones, en concreto del deber de informarse sobre su futuro pensional. Adujo que e encuentra inmersa en una prohibición legal para trasladarse.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen 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 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, 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 la cédula de ciudadanía y la historia laboral que la promotora del juicio nació el 5 de junio de 1964, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 30 años y había cotizado 69.82 semanas a Colpensiones (f.º 8 y 74). Así las cosas, la actora no demostró ser 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 20 de septiembre de 1996, a través de la AFP Porvenir S.A hoy según se verifica en formulario de folio de folio 125. El que se hizo efectivo el 1º de noviembre de 1996 (f.º 101)

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que el promotor de la AFP la abordó en su lugar de trabajo, le indicó que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, por lo que le convenía trasladarse al fondo privado, además el asesor fue quien diligenció el formato y ella se limitó a firmarlo. Confesó que nunca se acercó a una oficina a validar la información y que recibe extractos de la 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 por solicitud del empleador y con la mera firma del formulario, no es propio de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

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

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 que recordó 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 el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 11 de noviembre de 2020, en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada

TERCERO: Sin COSTAS en la consulta 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 *colocacion de voto*

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: GILMA YOLANDA CHAPARRO GIL

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 024 2019 00571 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 29 de abril de 2021 con decisión igual a la que se emite en el fallo de hoy 30 de julio de 2021, esto es, confirmando la sentencia de primera instancia.

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

La congruencia interna porque la decisión de confirmar la sentencia de primera instancia respecto de la ineficacia contenida en la parte resolutive tenía como parte motiva las sentencias de tutela mencionadas en el primer párrafo, al punto que así señala en la advertencia señalada en las páginas 1 y 2; 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 29 de abril de 2021 se postergó hasta el 30 de julio 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.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada