



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 34 2018 00328 01
DEMANDANTE: OFELIA DEL PILAR PINEDA PULIDO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y
COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

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

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 1° 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

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual a través de Colfondos AFP S.A. realizada el 1º de junio de 1996 y válidamente afiliada al régimen de prima media sin solución de continuidad. En consecuencia, se condene a la AFP a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual con la inclusión rendimientos. A Colpensiones a activar la afiliación y actualizar la historia laboral. Asimismo, se disponga a las demandadas a pagar las costas del proceso y a reconocer los derechos ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 8 de abril de 1963 y se afilió al Instituto de Seguros Sociales desde el 1º de marzo de 1992, donde cotizó 197 semanas. En junio de 1996 se afilió a Colfondos y que la AFP no le informó las implicaciones de trasladarse de régimen, no la ilustraron sobre los distintos escenarios comparativos de pensión en uno u otro régimen con base en sus características personales y laborales. Narró que el 1º de julio de 1999 se trasladó horizontalmente a la AFP Porvenir S.A. y en el mes de febrero de 2002 retornó nuevamente a Colfondos S.A. Finalmente, que en el año 2018 presentó solicitud de traslado, la cual negada por las administradoras (Expediente Digital).

Al dar respuesta, **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, admitió la fecha de nacimiento de la actora, la de afiliación al ISS y las semanas cotizadas a esa entidad, el traslado de régimen y el posterior cambio horizontal, la solicitud elevada a la AFP y la reclamación administrativa junto con las respuestas. Manifestó no constarle o no ser ciertos los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, excepción de error de derecho no vicia el consentimiento, la buena fe, la prescripción y las demás declarables de oficio (Expediente Digital).

Al contestar, **Colfondos AFP S.A** también rechazó las suplicas. En cuanto a los hechos, aceptó el natalicio de la accionante, la fecha de traslado, el salario percibido al momento de la afiliación a la AFP, el

traslado horizontal y la solicitud elevada junto con la respuesta. Manifestó no ser ciertos o no constarle los demás. Para enervar las pretensiones de la demanda, formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba causal de nulidad alguna, la prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, la buena fe, la compensación y pago, el saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y las demás declarables de oficio (Expediente Digital).

En audiencia celebrada el 8 de julio de 2019, se declaró probada la previa de falta de integración del *litis* consorcio necesario y se ordenó vincular al contradictorio a la **AFP Porvenir S.A.**, que al contestar se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, manifestó no contestarle o no ser ciertos. Propuso las excepciones de prescripción, la buena fe, la inexistencia de la obligación y las declarables oficiosamente (Expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 1º de marzo de 2021 declaró la nulidad del traslado realizado por la demandante el 31 de mayo de 1996 a través de la AFP Colfondos S.A. y su posterior traslado a la AFP Porvenir S.A. Condenó al fondo privado a reintegrar a Colpensiones todos los valores recibidos con motivos de la afiliación tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses o rendimientos causados. A Colpensiones a recibir los valores reintegrados por Colfondos S.A. Impuso costas a cargo de Colfondos S.A.

Como sustento de su decisión, señaló que, los fondos de pensiones tienen la responsabilidad de brindar una correcta asesoría a los futuros afiliados para atender sus necesidades y conveniencias concretas, por lo que deben garantizar que para el momento del cambio de régimen existió una voluntad informada con base en la cual el afiliado tomó una decisión

autónoma, libre y consciente, tal como lo dispone la Ley 100 de 1993, que debe ser objetivamente verificable. Argumentó que la AFP tiene desde su creación la obligación del buen consejo, no obstante, en el presente caso no demostró que brindó una correcta asesoría, requisito que no se satisface con la firma del formulario.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandada **Colpensiones** interpuso recurso de apelación, en el cual argumentó que la afiliada no es beneficiaria del régimen de transición, por lo cual al permanecer en el RAIS no se le causa una lesión injustificada. Adujo que no se acreditaron vicios del consentimiento. Frente al deber de información alegó que la actora tenía la obligación de concurrir suficientemente ilustrada a la escogencia de su régimen pensional, por tanto no se puede responsabilizar únicamente a las AFP. Finalmente, sostuvo que con el cambio de régimen ordenado se promueve la descapitalización del sistema pensional.

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

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

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

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

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

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

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

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos

los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

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

VI.CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 8 de abril de 1963, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 30 años y 91,96 semanas cotizadas a Colpensiones (expediente digital). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y el número de semanas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 31 de mayo de 1996, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colfondos S.A. (Expediente Digital). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Colfondos S.A. desde el 1º de julio de 1996 al 31 de enero de 2000; a Porvenir S.A. desde el 1º de febrero de 2000 al 31 de enero de 2002 y desde el 1º de febrero de 2002 en adelante a Colfondos S.A. (Expediente Digital).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que se vinculó a una empresa de servicios financieros y desde recursos humanos les indicaron que todos los empleados debían trasladarse a la AFP del grupo económico que era Colfondos y les pasaron los formularios para diligenciarlos, pero no les dieron ningún tipo de asesoría. Confesó que de manera personal tampoco buscó algún tipo de orientación respecto al régimen de ahorro individual, asimismo que en los últimos años recibe extractos de Colfondos. Adujo que se cambió a Porvenir en el momento en que entró a trabajar a Bancorp, allí le entregaron el formulario para que lo diligenciara porque estaban con este fondo privado, sin recibir información. Indicó que el retorno a Colfondos se dio por ayudar a una ex compañera de trabajo quien tenía que cumplir con las metas y ella tampoco le brindó información sobre el régimen de ahorro individual. Expresó que se enteró por medio de compañeros que ya estaban en el trámite de pensión, evidenció la diferencia entre Colpensiones y los fondos privados, fue ahí donde se dio cuenta que nunca fue informada de las implicaciones que le ocasionaría el traslado.

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

Del 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 lo que se expresa es que no recibió ningún tipo de ilustración, con lo que se evidencia que las AFP no brindaron información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del

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

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

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

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

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

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 modifica y adiciona la decisión analizada en la forma anunciada.

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 1º de marzo de 2021, para en su lugar, disponer la ineficacia del traslado del cambio de régimen pensional efectuado por la demandante, conforme quedó expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 1 de marzo de 2021, en el sentido de indicar que la AFP Colfondos S.A., deberá trasladar a Colpensiones las sumas de dinero que hubiesen descontado por conceptos de gastos de administración debidamente indexados.

TERCERO: ORDENAR a Porvenir S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES – los valores correspondientes a los gastos de administración y comisiones con cargo por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a dicho fondo privado.

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

QUINTO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 34-2018-00328-01

calificación de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: OFELIA DEL PILAR PINEDA PULIDO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 034 2018 00328 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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

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

Teniendo en cuenta ese precedente jurisprudencial contenido en las sentencias de tutela y que hace relación, entre otras, a las sentencias del párrafo anterior, se presentó a la sala por este despacho la ponencia el 27 de mayo de 2021 con decisión idéntica 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 27 de mayo 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 27 de mayo de 2021.

En ese orden de ideas, se reitera que la decisión emitida en la presente sentencia es idéntica a la presentada en la ponencia de 27 de mayo de 2021 sustentada en las sentencias de tutela que han dejado sin efectos sentencias

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

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

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


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 07 2018 000376 01
DEMANDANTE: MARGARITA EUGENIA FRIAS MIER
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y 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 la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 12 de enero de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

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

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

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

Según la H. Corte Constitucional la obligación de motivar las decisiones judiciales exige un esfuerzo argumentativo con *“miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta”*. (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 de la continuidad en la vinculación al régimen de ahorro individual con la AFP Porvenir S.A., e igualmente se declare válida la voluntad de la demandante de estar afiliada en Colpensiones. En consecuencia, se disponga al fondo privado a procesar y tramitar el traslado de régimen al de prima media administrado por Colpensiones. Asimismo, que reconozca y pague a título de indemnización de perjuicios la diferencia que pudiera existir entre los aportes realizados en el régimen de ahorro individual y los que se acrediten en prima media. Se declare que Colpensiones debe recibir el traslado, las cotizaciones y rendimientos. Se condene *ultra y extra petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 13 de julio de 1959, ha realizado cotizaciones desde el mes de mayo de 1983 y se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A. en el mes de junio de 1997. Adujo que la AFP no le informó acerca de la posibilidad de retornar al régimen de prima media antes del mes de 13 de julio del 2004, tampoco como funcionaba el traslado entre regímenes y no le realizó una proyección financiera. Indicó que se le manifestó que el ISS iba a desaparecer y que no se iba a lograr pensionar. Preciso que solicitó el traslado a las demandadas, pero fue negado. Además, que el día 4 de octubre del 2017 Porvenir le anexó una proyección pensional la cual indica que a la edad de 61 años tendría una mesada pensional en el régimen de ahorro individual por la suma de \$2'197.700 mientras que en Colpensiones ascendería a la suma de \$3'845.400. (f.º 5 a 17 Expediente Digital).

Al dar respuesta, **Colpensiones** se opuso al éxito de las pretensiones invocadas en su contra. Frente a los hechos, aceptó el natalicio de la demandante y la fecha de vinculación al sistema general de pensiones. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de buena fe, el hecho de un tercero, validez del negocio jurídico, inexistencia de intereses moratorios e indexación, la

prescripción y las demás declarables oficiosamente (f.º 60 a 67 Expediente Digital).

Por su parte, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías **Porvenir S.A.** también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó el natalicio de la demandante, la fecha de traslado de régimen pensional, el promedio base de cotización y el comunicado enviado. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. Para enervar las pretensiones de la demanda, propuso las excepciones de prescripción, la prescripción de la nulidad, el cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y la buena fe (f.º 145 a 169 Expediente Digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 12 de enero de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación y traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Horizonte S.A. contenida en el formulario No. 487948 de fecha 19 de octubre de 1995. Ordenó a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante incluyendo todos los gastos de administración y comisiones descontadas, con los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo el traslado a Colpensiones, debidamente indexados. Declaró no probadas las excepciones presentadas. Dispuso a Colpensiones recibir a la accionante sin solución de continuidad desde su afiliación primigenia. Condenó en costas a las demandadas.

Como sustento de su decisión, señaló que las administradoras de fondos de pensiones tienen el deber de información al momento de tramitar los traslados de los trabajadores del régimen de prima media al de ahorro individual. Igualmente, que el contrato de afiliación debe ejecutarse de buena fe y tiene que estar precedido de una información completa, clara, veraz y suficientemente útil al afiliado. Concluyó que en el presente asunto la AFP demandada no cumplió con la carga de demostrar que asesoró correctamente a la actora sobre las implicaciones del traslado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas interpusieron recurso de apelación.

Colpensiones suplica la revocatoria de la sentencia, pues no se acreditó la configuración de algún vicio de consentimiento de error, fuerza o dolo consagrado en el artículo 1740 del Código Civil. Asimismo, expresó que un error de derecho no afecta la validez del acto. Además, que las obligaciones son recíprocas en el contrato de afiliación, por lo que determina deberes en cabeza de los demandantes. Finalmente, adujo que no es viable debido a la descapitalización del fondo pensional, porque nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados por esta entidad.

A su turno, la AFP **Porvenir S.A.** adujo que obró conforme al marco legal que regulaba el deber de información en cabeza de las AFP vigente para la data del traslado, sin que se le pueda exigir información. Argumentó que la demandante tenía pleno conocimiento del régimen al que se trasladaba y que su única motivación para retornar a prima media se deriva del monto de la mesada pensional. Se opuso a la devolución de los seguros previsionales y 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 de la demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la H. Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

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

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y*

oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 13 de julio de 1959, por lo que el 30 de junio de 1995, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 para el Hospital Simón Bolívar E.S.E. contaba con 35 años y 632.58 semanas cotizadas a la Caja de Previsión Social de Bogotá (f.º 30 y Expediente Digital). Así las cosas, la actora es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 19 de octubre de 1995, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Horizonte S.A. (f.º 51 y 170 Expediente Digital).

Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Horizonte S.A. desde el 1º de noviembre de 1995 al 31 de diciembre de 2013 y desde el 1º de enero de 2014 en adelante a Porvenir S.A. (f.º 173 Expediente Digital).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que inició a trabajar para el Hospital Simón Bolívar donde cotizó a la Caja de Previsión del Distrito desde 1983 hasta 1995, época en la que se trasladó de régimen a través de la AFP Horizonte. Narró que talento humano convocó a todos los empleados a una reunión donde les informaron que la Caja de Previsión se iba a liquidar por lo que se tenían que pasar de manera rápida a un fondo diferente. Igualmente, la asesora del fondo les manifestó que se pensionarían en menor tiempo y que la pensión sería heredable, por lo que no verificó esa información y procedió a firmar el formulario de manera voluntaria pero sin leerlo.

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 para obtener mayores rendimiento, o la referencia que el fondo público iba a desaparecer, 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 debidamente indexados, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. En consecuencia, se mantendrá la sentencia analizada en este punto.

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

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

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

No se causan costas en la consulta y en la instancia.

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 el 12 de enero de 2021, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., 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
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 007-2018-00376-0
Relación de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARGARITA EUGENIA FRIAS MIER

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 007 2018 00376 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 004 2019 00319 01
DEMANDANTE: NELCY URQUINA GARZÓN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y,
PORVENIR PENSIONES Y CESANTÍAS

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., AFP Protección S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 21 de enero de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

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

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

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

Según la H. Corte Constitucional la obligación de motivar las decisiones judiciales exige un esfuerzo argumentativo con *“miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta”*. (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 con solidaridad a través de la AFP Protección S.A. y el traslado a la AFP Porvenir S.A.. En consecuencia, condenar a la AFP Porvenir a trasladar los dineros de la cuenta de ahorro individual. A Colpensiones a recibir los dineros, contabilizarlos en la historia laboral y reconocer y pagar pensión de vejez al amparo del artículo 33 de la Ley 100 de 1993. Asimismo, a las demandadas a 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 nació el 19 de mayo de 1965, desde el 8 de enero de 1985 hasta el 31 de marzo de 1997 estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales y cotizó más de 300 semanas. Adujo que cuando se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colmena, el asesor del fondo no le explicó las características, ventajas y desventajas de cada régimen pensional, pues solo le informó que obtendría una mesada superior, pero no le indicó como ello se concretaría. Luego, se cambió a la AFP ING y finalmente a Porvenir, no obstante, en ninguna de las AFP le fueron explicadas las condiciones jurídicas y financieras del RAIS, tampoco las consecuencias negativas que su decisión le acarrearía.

Adujo que la pensión que le reconocerá el RAIS será de \$983.9851, entre tanto, en prima media ascendería \$2.738.711. Finalmente, que cuenta con 1.580 semanas cotizadas en toda la vida laboral y que reclamó administrativamente, la cual fue negada (f.º 3 a 40).

Al contestar, **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Respecto de los hechos, aceptó el natalicio de la demandante, la fecha de afiliación al Instituto de Seguros Sociales, las semanas cotizadas, la reclamación presentada a la entidad y su respuesta. Manifestó que los restantes no le constaban. En su defensa, propuso las

excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual; la buena fe de Colpensiones, el cobro de lo no debido, la falta de causa para pedir; la inexistencia del derecho reclamado, la compensación, la prescripción y las demás declarables oficiosamente (f.º 87 a 94).

Al contestar la **AFP Protección S.A.** se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la accionante, que el asesor de la AFP Colmena la abordó para que firmara el formulario de afiliación al RAIS. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y causa para pedir, la buena fe, la prescripción, el aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, la inexistencia de la obligación de devolver el seguro pensional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento o restitución mutua en favor de la AFP inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y las demás declarables oficiosamente (f.º 194 a 207).

Al dar respuesta a la demanda, la **AFP Porvenir S.A.** se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos, manifestó no ser ciertos o constarle. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de prescripción, la buena fe; la inexistencia de la obligación la compensación y las demás declarables de oficio (f.º 131 a 158).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 21 de enero de 2021, declaró la nulidad de la afiliación de la accionante al régimen de ahorro individual a través de la AFP Protección S.A., para tenerlo como válidamente afiliado a Colpensiones. Condenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual con todos los rendimientos. Dispuso a las AFP Protección S.A. y Porvenir S.A. a pagar las diferencias que llegaren a resultar entre lo

ahorrado en el RAIS y su diferencia con prima media si fuere caso, las cuales serán asumidas con cargo a su propio patrimonio con la inclusión de gastos y cuotas de administración, así como las comisiones, para el efecto, conminó a Colpensiones a realizar las correspondientes gestiones necesarias con el fin de obtener el pago de dichas sumas si a ello hubiere lugar. Ordenó a Colpensiones aceptar el traslado de la demandante al régimen de prima media. Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las demandadas Porvenir y Protección (f.º 209 a 302).

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

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas interpusieron recurso de apelación.

La **AFP Porvenir S.A.** imploró revocar la sentencia en cuanto ordenó retornar a Colpensiones los gastos de administración y rendimientos, dado que genera un enriquecimiento sin causa en cabeza de Colpensiones que recibiría cuotas respecto de periodos en los que no administró recursos de la afiliada.

AFP Protección S.A. sostuvo que los gastos de administración se descontaron por disposición legal y estuvieron destinados a cubrir los seguros de invalidez y sobrevivencia, así como la gestión del fondo. Señaló que los rendimientos financieros que produce el RAIS son superiores a los que prima media hubiera generado por lo que se configura un enriquecimiento sin causa.

Por su parte **Colpensiones** discutió que no es razonable imponer a las AFP cargas demostrativas que no estaban vigentes al momento del traslado y que vinieron a ser introducidas por la jurisprudencia. Alegó que

al absolver interrogatorio de parte la actora aceptó que no fue presionada, firmó el formulario de forma libre y voluntaria y recibió información.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría 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 historia laboral y la copia de cedula de ciudadanía que nació el 19 de mayo de 1965, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 28 años y 115.97 semanas a Colpensiones (f.º 30 y 31). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y la densidad de cotizaciones.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 8 de abril de 1997, así se colige del formulario de afiliación a la AFP Colmena S.A. (f.º 212). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a la AFP Colmena desde el 1º de junio de 1997 al 31 de marzo de 2000; a la AFP ING S.A. desde el 1º de abril de 2000 al 31 de julio de 2004 y del 1º de agosto de 2004 en adelante a la AFP Porvenir S.A. (f.º 159).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante indicó que para el momento del traslado de régimen los asesores del fondo privado le informaron que el Instituto de Seguros Sociales no iba a tener respaldo a futuro para los pensionados, entre tanto, en el fondo privado podría recibir la pensión antes de los 50 años, pues tendría mayores rendimientos. Aseguró que no le hicieron ningún comparativo de los regímenes o proyección del monto pensional. Confesó que firmó voluntariamente el formulario, pero lo hizo motivada por las razones que le expuso el promotor. Dijo que cuando estaba por cumplir 50 años se acercó a una oficina y le dijeron que su pensión sería equivalente a un salario mínimo. Admitió que recibe extractos y en ellos verificaba el pago de aportes mensual y que desea trasladarse a Colpensiones por el monto de la pensión, así como la omisión en la información en que incurrieron los fondos.

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 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 para tener una mesada pensional de manera anticipada o la referencia 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 Porvenir S.A. a la cual se encuentra actualmente afiliada la demandante deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989,

referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por lo anterior, la Sala la confirma la decisión en este punto.

Se precisa que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Protección S.A. de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo. Dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360-2019). En consecuencia, la sentencia también se confirma en este aspecto.

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

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

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,

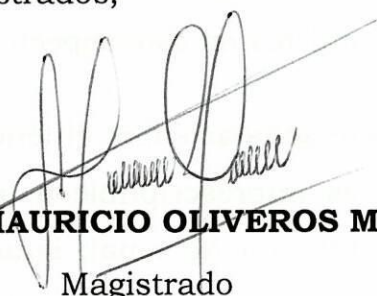
RESUELVE

PRIMERO: PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 21 de enero de 2021.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

delacion de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: NELCY URQUINA GARZON

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 004 2019 00319 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 04 2018 00075 01.
DEMANDANTE: JOSÉ SANTOS GONZÁLEZ CALDERÓN, CARLOS MIGUEL DUARTE PINZÓN, WILSON PEÑUELA FLOREZ Y FLODUARDO CORTÉS PALACIOS
DEMANDADO: CONCRETERA TREMIX S.A.S.

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 Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 6 de julio de 2020.

I. ANTECEDENTES

Los accionantes promovieron demanda laboral para que se declare que a los afiliados del sindicato SINTRAINMACONST se les da un trato discriminatorio. Que en los últimos años la demandada no les ha pagado, ni tenido como factor salarial la productividad por transporte de metro cúbico de concreto, pese a que desempeñan el mismo cargo y adelantan idénticas funciones que Wilson Martín Ramírez Hurtado, quien devenga un salario diferente. También que en los últimos tres años no les han sido canceladas la totalidad de horas extras laboradas. En consecuencia, se condene a la demandada a reconocerles y pagarles debidamente indexados los valores debidos por concepto de productividad por transporte de metros cúbicos de concreto, la nivelación salarial respecto de lo que recibe Wilson Martín Ramírez Hurtado o quien tenga mayor salario. A cancelar la totalidad de horas extras laboradas desde enero de 2010. Reliquidar y

pagar lo correspondiente a prestaciones sociales y aportes a pensión con la inclusión de todos los factores salariales, horas extras y productividad. Más la indemnización por falta de pago, junto con los intereses correspondientes. Se disponga a la accionada abstenerse de dar trato discriminatorio a los afiliados al sindicato por ser violatoria su conducta del Convenio 111 de la OIT. Asimismo, a pagar los demás derechos que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narraron que la demandada hasta enero del año 2010 pago el salario básico, horas extras y un monto por productividad de metros cúbicos trasportados de concreto. En febrero de 2010 la empresa pasó a ser propiedad de un grupo brasilero. Su vinculación se ha dado de la siguiente manera:

Nombre	Fecha ingreso	Salario	Metros cúbicos transportados últimos 3 años dejados de pagar	Diferencia salarial respecto de Wilson Martín Ramírez Hurtado
Carlos Miguel Duarte Pinzón	08/04/2015	\$845.000	12.936.25	\$219.000
Floduardo Cortés Palacios	04/04/2015	\$998.000	15.827.00	\$66.000
José Santos González Calderón	08/04/2015	\$923.000	15.104.50	\$141.000
Wilson Peñuela Florez	13/11/2013	\$923.000	15.253	\$141.000

Refirieron que la demandada determinó la forma de pago de la productividad por metro cúbico de concreto, así:

Modalidad	Antes del 1º de julio de 2016	Después del 1º de julio de 2016
Normales desde 6:31 a.m. hasta 3º viaje	\$1.613	\$1.658
Normales después 4º viaje	\$3.226	
Madrugados	\$2.420 antes de las 6:30 a.m	\$2.487
Cargados antes de las 6:30 a.m.		
Dentro de la obra		\$844

Nocturnos después del 4º viaje		\$3.316
--------------------------------	--	---------

Adujeron que la enjuiciada se ha abstenido de realizar el pago correspondiente y tenerlo en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales y aportes a pensión. Que cuando reclamaron su cancelación les fue informado que había sido pagado las sumas correspondientes con una “pay card”, que no se veía reflejada en el desprendible de nómina porque no era constitutiva de salario. Al validar el pago señalado por la empresa pudieron verificar que el mismo corresponde es al pago de horas extras.

Expusieron que Wilson Martín Ramírez Hurtado, ejerce el mismo cargo y funciones que ellos, sin embargo, devenga como salario mensual la suma de \$ 1.064.000, el cual arroja diferencias como se lee a continuación respecto de la asignación que cada uno percibe y tienen incidencia en las prestaciones sociales, así como los aportes al sistema de pensiones.

Nombre	Salario	Diferencia salarial respecto de Wilson Martín Ramírez Hurtado
Carlos Miguel Duarte Pinzón	\$845.000	\$219.000
Floduardo Cortés Palacios	\$998.000	\$66.000
José Santos González Calderón	\$923.000	\$141.000
Wilson Peñuela Flórez	\$923.000	\$141.000

Manifestaron que se encuentran afiliados a Sintrainmaconst, organización sindical creada en el año 2017. Antes de su vinculación laboraban entre 16 y 18 horas diarias, no obstante, la empresa desde mediados de 2017 elabora planillas especiales y les permite trabajar tan sólo 8 horas diarias, les impide trabajar horas extras, lo que les ha generado perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante consolidado y daño emergente. Refirió que la demandada no les ha

cancelado la totalidad de horas extras laboradas lo que incide además en la liquidación de las prestaciones sociales, las vacaciones y los aportes a pensión (f.º 9 a 33 y 175 a 193).

Al dar respuesta, la demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó el cargo para el cual fueron contratados los demandantes, que el trabajador Wilson Martín Ramírez Hurtado ejerce el mismo cargo y devenga como salario \$1.064.000, el cual es diferente al que perciben los accionantes, también admitió que los actores están vinculados a Sintrainmaconst. Manifestó no ser ciertos los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, la buena fe y la prescripción (f.º 210 a 231 y 730 a 754).

Mediante autos de 17 de octubre de 2018 y 18 de junio de 2019, se aceptó el desistimiento de las pretensiones respecto de Floduardo Cortés Palacios, José Santos González Calderón y Carlos Miguel Duarte Pinzón por haber llegado a un acuerdo con la demandada (f.º 758 y 770 a 772).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 6 de julio de 2020 absolvió a la demanda de las pretensiones elevadas en su contra y se abstuvo de imponer condena en costas.

Como sustento de su decisión, señaló que los accionantes demostraron haber transportado metros cúbicos de concreto, sin embargo, no probaron si estos fueron transportados antes de las 6:30 a.m. o en la noche, tampoco a que viaje pertenecían al 1º, 2º, 3º, o 4º, por lo que el juzgado no puede hacer los cálculos correspondientes para verificar si las sumas canceladas por concepto de horas extras en las cuales se encuentra incluido el transporte corresponden a la realidad. Preciso que no es posible

promediar el valor de los metros cúbicos, pues no es esta la forma en que se pactó el pago. De otro lado, advirtió que las horas extras no fueron probadas y no es posible estimarlas. En cuanto a la nivelación salarial determinó que no es procedente, porque la persona respecto de la cual se pretende la equivalencia tiene una antigüedad superior a la de los accionantes. Finalmente, concluyó que la parte actora por ningún medio demostró la discriminación que se alega por pertenecer a la asociación sindical.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, para ello, suplica que la sentencia sea revocada, pues se premia a la demandada quien pese a tener en su poder los registros totales de cuántos viajes, normales, madrugados o nocturnos realizó cada accionante, cuántos metros cúbicos transportó y las horas en qué cada uno realizó el cargue y descargue de su carro no las aportó. Alegó que cada demandante firmó actas o planillas de ingreso o salida, por tanto, tienen la certeza que la empresa cuenta con estos documentos y por este motivo solicitó en la demanda que fueran aportados junto con la contestación. Sin embargo, la accionada no lo hizo y apenas aportó un certificado general de metro cúbicos transportados y se concluye que hubo deficiencia probatoria de los demandantes y se les achaca una carga probatoria que no pueden soportar.

Sostuvo que no quedó claro que el concepto pagado por horas extras realmente correspondiera a la bonificación por productividad e inclusive el jefe de personal manifestó que ello sucedía porque el sistema de nómina estaba así diseñado, lo cual resulta contrario a las normas contables nacionales e internacionales, por lo que resulta absurdo creer que horas extras corresponde a otros conceptos, en una empresa como Tremix S.A.S. Adujo que la empresa nunca pagó el bono de productividad y si lo hubiera

hecho como alega bajo el concepto de horas extras, era muy fácil corroborar la información de cuántos metros cúbicos transportó cada persona y en qué horario, pero el juzgado inobservó este aspecto.

Alegó que la instancia desconoció la existencia de discriminación respecto de los trabajadores que tuvieron la valentía de afiliarse al sindicato de industria, de los cuales tan sólo queda uno en la empresa, pues a los demás los arreglaron. Además, que, si hubo diferencia en la remuneración respecto de otro trabajador, pero ello, era razonable en razón a la antigüedad, aspecto que la demandada probó a través de sus propios testigos quienes debían manifestarlo así porque de lo contrario también los sacaban. En todo caso, en la empresa no existe una prima de antigüedad que premie el tiempo de servicio, por esta razón no es justificable la diferencia salarial.

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

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, la Sala limitará su estudio a los argumentos que fueron materia de apelación, únicamente respecto del promotor Wilson Peñuela Flórez, en razón a que los demás demandantes desistieron de sus pretensiones. Por lo que corresponde determinar en primer lugar si la demandada adeuda alguna suma por concepto de productividad por transporte de metros cúbicos de concreto.

i) Del pago del concepto de productividad de metros cúbicos

Para el efecto, se encuentra demostrado que Wilson Peñuela Flórez se vinculó a la demandada mediante contrato de trabajo a término

indefinido el 13 de noviembre de 2013, para desempeñar el cargo de conductor de mixer, conforme al contenido del certificado de folio 253, aportado por la demandada.

También se advierte que Concretera Tremix S.A.S., certificó que, desde el 28 de agosto de 2014 hasta el 28 de agosto de 2017 el actor transportó 14.774.25 metros (f.º 177). Asimismo, de conformidad con la comunicación adiada el 1º de julio de 2016, se verifica que la demandada informó a los conductores de mixer, cargo desempeñado por el accionante, que el valor de los metros cúbicos a partir de esa data sería: i) dentro de la obra \$844; ii) normales \$1.688; iii) madrugados \$2.532 y iv) nocturnos \$3.376 (f.º 38).

De otro lado, aunque a petición de la parte actora se ordenó a la demandada allegar copia de las remisiones diarias del demandante de los últimos tres años, la empresa contestó que estaba imposibilitada para hacerlo, dado que *“al no ser un documento contable, no se genera la obligación de conservar los mismos, y por tanto pasan por un proceso de destrucción anualmente”* y porque *“no se realizan registros de las remisiones a nombre de cada trabajador de forma específica, por lo que no es posible realizar una búsqueda específica de los trabajadores demandantes en los documentos”* (f.º 7887).

Al absolver interrogatorio de parte el representante legal de la demandada Roberto Da Silva Bahio Junior, confesó que la empresa creó un pago de productividad y que mediante comunicación del 1º de julio de 2016 estipuló una nueva forma de pago por metro cúbico transportado al señalar *“es cierto, nosotros creamos una bonificación puntual además del pago de las horas que trabajara, pero es cierto el pago de la productividad que es un bono adicional que nosotros creamos a todos los trabajadores”*. Paralelamente, admitió las sumas en que este pago se realizaba dependiendo si el transporte se realizaba dentro del parque industrial, de

manera normal, en la madrugada o en la noche. Dijo que en el desprendible de nómina Tremix en el concepto de horas extras involucra tanto el pago de la bonificación como el trabajo suplementario.

A solicitud de la parte demandada fueron decretados y practicados los testimonios de William González Novoa, Camilo Buitrago, Juan Carlos Contreras y Laura Contreras. El primero, empleado del área de nómina de la demandada coincidió con el representante legal en afirmar que se pagaban las horas extras máximas y allí se incluía el pago de productividad, es decir, *“un concepto agrupado”*, luego aseguró que Tremix siempre pagaba horas extras, incluso a quienes no las laboraban por el simple hecho de mover productividad y porque se presentaban tiempos muertos ocasionados por la movilidad que se ve reducida a raíz de los trancones.

Por su parte, el testigo Camilo Buitrago - solicitado por la pasiva - quien se desempeña como Líder de Planta, aseguró que el actor Wilson Peñuela Flórez trabaja con él en la planta, por lo que sabe que es conductor, aseguró que la bonificación de productividad se paga a todos los conductores mensualmente. Manifestó que es un valor agregado diferente a las horas extras y que estas últimas se pagan a razón de dos horas diarias, sean o no laboradas y aplican a todos los trabajadores, también como valor agregado.

El deponente Juan Carlos Contreras, quien ejerce como conductor al servicio de la demandada, aseguró que recibía el pago del salario y una bonificación que incluía la producción y las horas extras, aseguró que este pago lo recibían todos los conductores, laboraran o no. Finalmente, la testigo Laura Contreras como Abogada Junior de Concretera Tremix, aseguró que la bonificación por producción se paga dependiendo de las horas *“que hagan”*, pero en el desprendible aparece como horas extras y comprende los dos conceptos.

Ahora bien, del análisis en conjunto de los medios probatorios arrimados establece la Colegiatura que el promotor del juicio como conductor de mixer tenía derecho al pago de una bonificación por productividad de metros cúbicos de concreto transportados, pues así lo confesó el representante legal de la demandada, manifestación que corroboraron los testigos y, en todo caso, quedó plasmado en escrito del 1º de julio de 2016, en el cual se incluyeron los valores previstos para cada modalidad, estos últimos también fueron admitidos por el representante de la demandada al absolver interrogatorio de parte.

Para la Sala no es de recibo en manera alguna el argumento expuesto por la demandada según el cual el pago de esta bonificación se realizó oportunamente y se reflejaba en el desprendible de nómina bajo el concepto de horas extras, pues cada rubro percibido por el trabajador debe estar determinado sin confundirse con otro, a efectos de tener claridad sobre las sumas devengadas y naturaleza salarial, como tampoco puede excusarse la empleadora en inconvenientes del sistema de nómina.

Aunque el actor no demostró los horarios y las condiciones en que transportó el concreto, en principio habría lugar a imponer condena teniendo en cuenta el parámetro de menor remuneración, esto es, “*dentro de la obra*” que se remunera en la suma de \$844. No obstante, la Sala no cuenta con el dato exacto de cuántos metros cúbicos transportó el demandante, ello como quiera que, si bien la demandada certificó el 18 de septiembre de 2017 que entre el 24 de agosto de 2013 y el 24 de agosto de 2014 transportó 14.774.25 metros (f.º 177), no está demostrado qué valor por metro cúbico transportado se pagaba con anterioridad al 1º de julio de 2016 – fecha de certificación folio 37 - y tampoco se tiene certeza de los metros transportados entre esta data y el 24 de agosto de 2017, sin que sea dable a la Sala realizar aproximaciones, cálculos acomodaticios o conjeturas con el fin de fulminar condena como se pretende en el recurso.

En consecuencia, ante la falta de contundencia en los elementos probatorios arrimados, resulta forzoso confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto absolvió a la demandada de reconocer suma alguna por concepto de bonificación por metro cúbico de concreto transportado.

ii) De las horas extras

Frente al particular, recuerda el Tribunal que el trabajador que pretende el reconocimiento de trabajo realizado en horas extras, dominicales y festivos tiene la carga probatoria de comprobar cuántas horas y en qué días laboró en tiempo adicional a su jornada de trabajo ordinaria. Así las cosas, no le basta únicamente con afirmarlo, pues el juez no puede hacer estimativos o aproximaciones respecto del número de horas extras laboradas (CSJ SL3009- 2017).

En la demanda se indica que el demandante antes de vincularse al sindicato Sintrainmaconst en el año 2017, laboraba entre 16 y 18 horas diarias, no obstante, con posterioridad la empresa elabora planillas especiales y no le permite laborar más de 8 horas diarias, con lo que se exterioriza un trato discriminatorio. En consecuencia, corresponde a la Sala determinar si entre el 13 de noviembre de 2013 cuando fue contratado el accionante Wilson Peñuela Flórez y diciembre de 2016, el actor laboró en tiempo suplementario.

Pues bien, el representante legal de la demandada y los testigos convocados fueron coincidentes en señalar que la empresa paga a todos los conductores dos horas extras diarias, sean o no laboradas, lo cual obedece a que se toma en consideración el tiempo que conlleva trasladarse de un lugar a otro en razón a los trancones. Sin embargo, el promotor del juicio no pudo demostrar que hubiera laborado en horas diferentes a las que la demandada le cancela, pues con las pruebas allegadas al expediente no es posible determinar la jornada en que laboró y menos establecer como

se afirma en la demanda, que prestaba sus servicios por espacio superior a 16 horas diarias. Por tal motivo, no es posible que esta Colegiatura efectúe conjeturas, apreciaciones, suposiciones o cálculos acomodaticios, respecto de la jornada de trabajo cumplida a fin de fulminar condena, ni si siquiera en aplicación de los principios que gobiernan el derecho del trabajo y la protección a la parte débil de la relación contractual.

Se advierte que el actor faltó al deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo), al no demostrar los supuestos en los que fundó sus pretensiones por lo que también en este punto habrá de confirmarse la decisión de primera instancia.

iii) Del trabajo de igual valor

El artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 7 de la Ley 1496 de 2011, dispone que, a trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendido en este todos los elementos a que se refiere el artículo 127. También que no pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, género, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales. Agrega la norma que todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación.

En las condiciones del proceso, no encuentra la Sala que se den los presupuestos legales que permita predicar la existencia de una desmejora salarial al demandante, pues la misma se manifiesta cuando se está en presencia de dos trabajadores que desempeñan la misma función o el mismo cargo, en la misma jornada, en iguales condiciones de eficiencia y rendimiento y, perciben remuneraciones salariales diferentes.

No obstante, el actor persigue la nivelación salarial respecto de Wilson Martín Ramírez Hurtado, quien se encuentra vinculado a la demandada desde el 14 de diciembre de 2002 según consta en contrato de trabajo de folios 239 y 240. Es decir, que se trata de un compañero con más de 10 años de antigüedad y experiencia dentro de la empresa, por consiguiente, existe un criterio objetivo en la diferencia salarial, que de todas maneras no resulta ser desproporcionada si se tiene en cuenta que el demandante para el año 2017 devengaba como salario \$923.000 y confesó en el escrito inicial que el trabajador respecto de quien pretende la nivelación ganaba \$141.000 más.

Con todo, aunque se alega un trato desigual, la parte actora no se ocupó en demostrar que ejerce el mismo cargo, jornada laboral y condiciones de eficiencia igual, respecto de quien pretende ser nivelado salarialmente. Lo anterior, conduce a confirmar la sentencia de primera instancia en este tópico.

iv) De la discriminación en razón de la afiliación al sindicato

Se argumenta en la apelación que fue víctima de discriminación con motivo de su afiliación al sindicato, de lo cual es muestra que pese a que 5 fueron los asociados y demandante, la empresa los llamó a arreglar y el proceso tan sólo continuó respecto de uno.

Sobre el particular, resulta pertinente recordar que se considera ilegítima e ilegal toda conducta por parte del empleador que se oriente a desalentar a los posibles asociados, sancionarlos o discriminarlos basados en la circunstancia de estar o no afiliado al sindicato. No obstante, en el asunto bajo examen la parte actora no cumplió con la carga de demostrar el acto de discriminación que alega, consistente en que fueron reducidas las horas de trabajo de 16 o 18 a tan sólo 8 horas diarias, que por demás

Radicación n.º 110013105 04 2018 00075 01.

decirlo corresponde a la jornada máxima legal. En consecuencia, no hay lugar a modificar la sentencia apelada.

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

No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 6 de julio de 2020.

SEGUNDO: No se causan costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

Radicación n.º 110013105 04 2018 00075 01.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 4-2018-00075-01



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 03 2018 00699 01
DEMANDANTE: GLORIA PATRICIA TOVAR MALDONADO
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 el recurso de apelación que interpuso la demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de agosto de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

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

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

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

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

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. realizada el 1º de junio de 1995, que para todos los efectos siempre ha permanecido afiliada a prima media. En consecuencia, se ordene a la AFP Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes existentes en la cuenta individual y pagar las costas del proceso. Asimismo, a las demandadas a reconocer los demás derechos en virtud de las facultades ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 7 de enero de 1968 y se afilió al régimen de prima media el 17 de marzo de 1986 al que cotizó 382 semanas. El 1º de mayo de 1995 se trasladó de régimen de ahorro individual a través de la AFP Horizonte. Adujo que el cambio se dio debido a la gran presión psicológica que ejerció el promotor del fondo privado el que se limitó a decirle que obtendría una mesada pensional mayor, pero no le brindo información completa, integral y veraz sobre las características de cada régimen, sus ventajas y desventajas. En el año 2011 Horizonte se fusionó con la AFP Porvenir S.A., no obstante, a pesar de estar a más de 10 años de acceder a la pensión le indicó que podría trasladarse a Colpensiones.

Refiere que en el fondo privado la pensión de vejez le sería reconocida en la suma de \$2.561.700, entre tanto, en prima media ascendería a \$6.121.220, es decir, un 58.15% menos. Además, solicitó a Porvenir y a Colpensiones la nulidad del traslado de régimen la cual fue negada (f.º 3 a 22).

Al contestar la **AFP Porvenir S.A.** rechazó las suplicas. Respecto de los hechos, admitió únicamente los relacionados con la fecha de nacimiento de la accionante, las reclamaciones presentadas y sus respuestas. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, la falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, la prescripción de las

acciones laborales de tracto sucesivo, el enriquecimiento sin causa y las declarables de forma oficiosa (f.º 46 a 54).

Al dar respuesta a la demanda, **Colpensiones** también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora, el traslado de régimen y la reclamación administrativa. Respecto de los demás, manifestó no constarle. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia del traslado de régimen, la responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, la proporcionalidad y ponderación, el error no vicia el consentimiento, la inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, la buena fe de Colpensiones, el cobro de lo no debido, la falta de causa para pedir, la presunción de legalidad de los actos jurídicos, la inexistencia del derecho reclamado, la prescripción y las demás declarables oficiosamente.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 27 de agosto de 2020, declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante el 7 de enero de 2000 del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad – en su momento realizado por Horizonte S.A., hoy AFP Porvenir S.A., para entenderla válidamente vinculada a Colpensiones. Condenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias en el caso de haberse efectuado, bono pensional en el evento de encontrarse ya redimido, con todos los rendimientos financieros e intereses causados. Ordenó a Colpensiones aceptar el traslado, activar la afiliación como si nunca se hubiere trasladados y actualizar la historia laboral. Declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a la AFP Porvenir S.A (f.º 78 y 79).

Como sustento de su decisión, luego de analizar las pruebas obrantes concluyó que la demandada AFP Porvenir S.A., antes Horizonte S.A., no

demostró haber brindado la información completa, veraz, oportuna, objetiva, comparada sobre las características, condiciones, efectos y riesgos de cada régimen pensional para que la demandante sopesara su decisión de trasladarse. Consideró que la sola firma voluntaria del formulario no era demostrativa del cumplimiento del deber de información que la ley impuso a las AFP desde su creación. Que, si bien la actora se trasladó entre fondos privados, conforme a la jurisprudencia este hecho no convalida la acción inicialmente viciada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada Colpensiones interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que la demandante se cambió de régimen de forma libre y voluntaria, además tal como confesó al absolver interrogatorio de parte recibió asesoría de parte de la AFP Horizonte. Sostuvo que los derechos fundamentales de la demandante no se ven afectados al permanecer en el RAIS, pues este es un régimen previsto en el ordenamiento jurídico, por lo tanto, resulta ser completamente válido y eficaz.

Mencionó que el traslado de régimen afecta el principio de sostenibilidad financiera ya que descapitaliza el fondo común. Finalmente, expuso que ninguna injerencia tuvo en el acto del traslado por lo que no tiene que verse afectada con las consecuencias de la ineficacia del mismo.

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 historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la demandante nació el 7 de enero de 1968, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 26 años y 382 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 23 y 75). 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 31 de mayo de 1995, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Horizonte S.A. (f.º 56), el cual se hizo efectivo el 1º de junio de 1995, según certificación de folio 55.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que para la data del traslado estaba vinculada a un call center que tenía a cargo la gestión de cobranzas del banco BBVA. Que en una reunión grupal con 5 empleados el asesor les aseguró que el fondo privado era la mejor opción porque iba a recibir mesadas muy superiores que las que en ese momento ofrecía el Seguro Social y que a futuro existiría la posibilidad de tener incluso grandes excedentes de liquidez debido a las altas rentabilidades, lo que le permitiría incluso pensionarse de manera anticipada, sin embargo, no les explicó las desventajas o consecuencias de trasladarse a otro régimen. Aseguró, que al cumplimiento de los 48 años se acercó al fondo a averiguar por su futuro pensional y allí le informaron que ya no podía regresar a Colpensiones, también que sólo después de cumplir 47 años le empezaron a llegar extractos.

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

Conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte, ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse con el convencimiento que iba ganar mayores rendimientos, que podría acceder a dinero líquido o pensionarse de manera anticipada, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen

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

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

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

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 Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 27 de agosto de 2020, en el sentido de CONDENAR a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones las sumas de dinero que hubiese descontado a la actora por concepto de gastos de administración debidamente indexados.

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

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 03-2019-00699-01

actuarium de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: GLORIA PATRICIA TOVAR MALDONADO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 003 2018 00699 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 01 2015 00889 02
DEMANDANTE: GENARO LUIS PATIÑO HERRERA
DEMANDADO: AGUAS DE BOGOTA S.A E.S.P.

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 Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 20 de agosto de 2020.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se condene a la demandada a reconocer y pagar la indemnización por terminación unilateral del contrato por el periodo que faltó para que se cumpliera su periodo prorrogado, esto es, desde el 13 de septiembre de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2017, junto con la sanción moratoria, la indexación, los demás derechos en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso. Subsidiariamente, imploró condenar a la demandada a reconocer indemnización por terminación unilateral del contrato correspondiente al periodo 13 de septiembre de 2014 hasta el 12 de agosto de 2016.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 13 de agosto de 2012 se vinculó a la demanda mediante contrato de trabajo a término fijo para desempeñar el cargo de Asesor Control Interno, con una asignación

mensual de \$2.750.000, el cual tuvo vigencia hasta el 12 de junio de 2013 y se prorrogó por primera vez del 13 de junio al 12 de noviembre de 2013; por segunda vez, del 13 de noviembre de 2013 hasta el 12 de abril de 2014; por tercera y última vez, a partir del 13 de abril de 2014 al 12 de septiembre de 2014. Refirió que devengó como último salario \$6.948.450.

Manifestó que el Asesor de Control Interno debe designarse por un periodo de 4 años, por lo que su contrato tuvo que extenderse hasta el 12 de agosto de 2016. Adujo que el cargo para el cual fue contratado comienza a partir de la mitad del periodo que lleve el alcalde o gobernador de turno, por lo que debió ser desvinculado el 31 de diciembre de 2013, como ello, no sucedió se renovó el periodo de Asesor de Control Interno desde el 1º de enero de 2014 y correspondía laborar hasta el 31 de diciembre de 2017 (f.º 2 a 11 y 71 a 82 subsanación).

Al dar respuesta la demandada, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la existencia del contrato, su modalidad y prórrogas, también la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó no constarle o no ser ciertos los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de cobro de lo no debido, la inexistencia de la obligación, el pago, la compensación, la prescripción y las demás declarables oficiosamente (f.º 132 a 140).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 20 de agosto de 2020, declaró probada la excepción de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación. En consecuencia, la absolvió de las pretensiones de la demanda y le impuso costas al demandante (f.º 194).

Como sustento de su decisión, señaló que la demandada es una empresa de servicios públicos mixta, de naturaleza privada y, por ello, no es procedente aplicar normas que regulan las relaciones de empleados públicos. Analizó el vínculo de conformidad con el Código Sustantivo de

Trabajo y determinó que el contrato finalizó por vencimiento del plazo pactado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, para ello, imploró la aplicación de lo dispuesto en la Ley 1474 de 2011, para el cargo de Asesor de Control Interno de entidades de servicios públicos, referente al periodo fijo de 4 años. Señaló que el asunto está determinado en los artículos 209 y 269 de la Constitución Política, las Leyes 87 de 1993 y 142 de 1994 y posteriormente en la Ley 1474 de 2011 que establecen un periodo fijo de 4 años para el cargo que desempeñó.

Refirió que, si bien debe aplicarse el Código Sustantivo del Trabajo, no puede olvidarse que hay una norma específica que regula lo relacionado con el cargo de Asesor de Control Interno que dispone un periodo de designación. Discutió que la entidad demandada nunca ha manejado una buena contratación para el cargo en cuestión y que debe darse aplicación al principio de primacía de la realidad.

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

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, la Sala limitará su estudio a los argumentos materia de apelación. En tal virtud, se debe establecer si el actor por el hecho de haber ejercido el cargo Asesor de Control Interno al tenor de lo dispuesto en la Ley 1474 de 2011, debió ser contratado por un periodo fijo de 4 años, dado la naturaleza de la demandada. O, por el contrario, el precepto legal que regula su vinculación es el Código Sustantivo del Trabajo por tratarse de un empleado de carácter particular.

Se encuentra al margen de la discusión que: **1.)** el promotor del juicio se vinculó a la demandada mediante contrato a término fijo, el 13 de agosto de 2012, para desempeñar el cargo de “ASESOR DE CONTROL INTERNO”, por 10 meses hasta el 12 de junio de 2013 (f.º 12 a 14). **2.)** Está acreditado que el vínculo se prorrogó por tres periodos más, cada uno de 5 meses así: **i)** del 13 de junio de 2013 al 12 de diciembre de 2013; **ii)** del 13 de diciembre de 2013 al 12 de abril de 2014 y **iii)** a partir del 13 de abril de 2014 hasta el 12 de diciembre de 2014 (f.º 15 a 20). **3.)** Igualmente, no puede pasar por alto la Sala que el *a quo* concluyó que el contrato de trabajo terminó por vencimiento del plazo pactado sin que tal consideración haya sido objeto de reparo.

Para dilucidar el problema jurídico puesto en consideración, conviene precisar que la Constitución Nacional de 1991 en sus artículos 365 a 370 facultó al legislador para establecer un régimen jurídico especial que regule los servicios públicos tanto domiciliarios como no domiciliarios, al disponer que “*los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley*”. En desarrollo del mandato constitucional, el Congreso expidió la Ley 142 de 1994 «*por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones*» que en su artículo 41 prevé que “*Las personas que presten sus servicios a las empresas de servicios públicos privadas o mixtas, tendrán el carácter de trabajadores particulares y estarán sometidas a las normas del Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en esta Ley*”.

Ahora, la Ley 87 de 1993, contiene regulaciones de carácter general para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del Estado, la que fue modificada por la Ley 1474 de 2011, que en el artículo 8º dispone:

ARTÍCULO 8. *Designación de responsable del control interno. Modifíquese el artículo 11 de la Ley 87 de 1993, que quedará así:*

Para la verificación y evaluación permanente del Sistema de Control, el Presidente de la República designará en las entidades estatales de la rama ejecutiva del orden nacional al jefe de la Unidad de la oficina de control interno o quien haga sus veces, quien será de libre nombramiento y remoción.

Cuando se trate de entidades de la rama ejecutiva del orden territorial, la designación se hará por la máxima autoridad administrativa de la respectiva entidad territorial. Este funcionario será designado por un período fijo de cuatro años, en la mitad del respectivo período del alcalde o gobernador.

PARÁGRAFO 1. Para desempeñar el cargo de asesor, coordinador o de auditor interno se deberá acreditar formación profesional y experiencia mínima de tres (3) años en asuntos del control interno.”

Bajo tal contexto constitucional y legal, así como lo elementos de pruebas allegados, es dable colegir que la demandada Aguas de Bogotá S.A. está constituida como una empresa prestadora de Servicios Públicos, por lo que al tenor de lo dispuesto en numeral 6º del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 es una Empresa de Servicios Públicos Mixta.

Por tanto, al amparo de las referidas normas y lo establecido por el H. Consejo de Estado a través de su Sala de Consulta y Servicio Civil en Concepto n.º 11001030600020200020400 de 23 de noviembre de 2020, la Colegiatura concluye que el “*Jefe de Control Interno*” de las empresas de servicios públicos mixtas es un trabajador particular al cual se le aplica el Código Sustantivo del Trabajo.

Lo anterior, como quiera que las empresas mixtas constituyen una tipología especial de entidades públicas que forman parte del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del poder público, sometidas a un régimen especial contenido en la Constitución Nacional, en la Ley 142 de 1994 y demás disposiciones que la modifiquen, sustituyan o deroguen. En consecuencia, su régimen especial no se ve comprometido por la condición de ser entidades descentralizadas que pertenecen a la Rama Ejecutiva del poder público, dado que la Ley 142 de 1994 regula específicamente su régimen laboral y dispone que las personas que prestan sus servicios en las empresas de servicios públicos mixtas tienen el carácter de trabajadores particulares, a quienes se les aplica el Código Sustantivo del Trabajo.

Ahora, el aludido concepto del H. Consejo de Estado en lo referente a la calidad del jefe de control interno de una empresa de servicios públicos

mixta, al analizar el contenido de la Ley 142 de 1994 y la Ley 87 de 1993, modificada por la Ley 1474 de 2011, puntualizó que su naturaleza es la de trabajador particular sometido a las normas del Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en la Ley 142 de 1994, de conformidad con lo señalado en el artículo 41 del mismo precepto que regula el régimen laboral de estas entidades. Para arribar a esta conclusión precisó:

“7. Sobre el régimen de control interno, el cual forma parte del régimen de control de gestión y resultados, la Ley 142 de 1994 (artículos 45 al 52) contiene una regulación especial, por lo que son estas normas, y no otras, las que rigen en las empresas de servicios públicos, entre ellas las mixtas.

8. Según estas disposiciones especiales, la responsabilidad del control interno en las empresas de servicios públicos es de la Gerencia, la cual está facultada para delegar en la auditoría interna la responsabilidad de la evaluación y vigilancia de dicho control. Asimismo, son estas empresas las facultadas para determinar la organización y funciones de la auditoría interna. Se someten, en consecuencia, a un régimen de controles propio de administración.

9. Todo lo anterior, fuerza a concluir que, en materia de control interno y en materia de régimen laboral, entre otros, no se aplican, a las empresas de servicios públicos, y concretamente a las mixtas, las disposiciones contenidas en la Ley 87 de 1993 y sus modificaciones, como es el caso de la Ley 1474 de 2011. Es decir, la modificación introducida por esta última ley en lo relacionado con la potestad nominadora de los jefes de control interno de las entidades estatales de la Rama Ejecutiva del orden nacional, otorgándosela al presidente de la República, y la calidad asignada a los jefes de control interno de ser empleados públicos de libre nombramiento y remoción, no es predicable en las empresas de servicios públicos mixtas, pues estas empresas y en general, todas las empresas de servicios públicos, tienen una regulación especial sobre estas materias.

10. En consecuencia, el cargo de jefe de control interno de las empresas de servicios públicos mixtas es desempeñado por trabajadores particulares sujetos al régimen del Código Sustantivo del Trabajo. Dichos trabajadores son designados por el gerente de dichas empresas, quien tiene la facultad para organizar la auditoría interna y fijar sus funciones, lo que conlleva la función nominadora de dicho trabajador, por así disponerlo el artículo 49 de la Ley 142 de 1994.” (Negritas fuera del texto)

En ese horizonte, no le asiste razón al demandante cuando alega que el solo hecho de haberse desempeñado como Asesor de Control Interno de Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., en aplicación de la Ley 1474 de 2011 le da derecho a permanecer en el cargo por un periodo fijo de 4 años, dado que la demandada es una empresa de servicios públicos mixta de carácter

especial, por lo que el cargo ejecutado por el promotor del juicio se rige privativamente por las normas que regulan los trabajadores particulares, esto es, el Código sustantivo del Trabajo, como en efecto ocurrió durante el tiempo que perduró la relación laboral.

De conformidad con las consideraciones expuestas, la Sala confirma la decisión absolutoria de primera instancia.

No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 20 de agosto 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 001-2015-00889-02.



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 39 2019 00257 01.
DEMANDANTE: DORA LUISA TELLEZ RESTREPO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

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

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 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 ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual a través de la AFP Davivir S.A. hoy Protección S.A. y posterior afiliación a la AFP Porvenir S.A. y se tenga como afiliada al régimen de prima media sin solución de continuidad. En consecuencia, se condene a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual y semanas cotizadas. A Colpensiones a recibirla como su afiliada. Asimismo, se disponga a las demandadas reconocer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra y petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 26 de abril de 1962, cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 8 de agosto de 1984 y el 30 de abril de 1998, 347.57 semanas. Se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Davivir hoy Protección S.A.. Adujo que no recibió información clara, oportuna, completa, veraz y comprensible sobre las características, diferencias, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, tampoco la AFP le realizó proyecciones o comparativos, la asesoría se limitó a señalar que el Instituto de Seguros Sociales desaparecería y en consecuencia no podría reclamar el derecho pensional.

Refirió que el 1º de abril de 2000 se trasladó a la AFP Porvenir S.A., administradora que tampoco le informó sobre las características del RAIS y la forma como accedería a la pensión. A diciembre de 2018 acredita 1.411 semanas cotizadas al sistema general de pensiones. Porvenir le realizó proyección pensional según la cual de continuar afiliada al régimen de ahorro individual su mesada pensional a los 57 años tendría derecho a la garantía de pensión mínima, entre tanto, en Colpensiones la prestación ascendería a \$2.743.421. Finalmente, indicó que reclamó administrativamente el cambio de régimen (f.º 6 a 22).

Al contestar, **Colpensiones** se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó el natalicio de la actora, la afiliación al Instituto de Seguros Sociales y las semanas cotizadas a esta entidad, la afiliación a la AFP Porvenir, también la reclamación administrativa presentada y su respuesta. Manifestó que los demás, no le constan. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional; inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media; la inexistencia de causal de nulidad; la prescripción, la caducidad; el saneamiento de la nulidad alegada; la no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y las demás declarables de oficio (f.º 105 a 141).

Al dar respuesta, la AFP **Protección S.A.** se rechazó las pretensiones incoadas en su contra. En cuanto a los hechos, admitió la fecha de nacimiento de la actora, la de traslado a ahorro individual, el periodo en que estuvo afiliado a esta administradora, al igual que las solicitudes presentadas a esta administradora y sus respuestas. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. Para enervar las pretensiones de la demanda, propuso las excepciones de inexistencia del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante en la administradora de fondos de pensiones Protección S.A.; la declaración de manera libre y espontánea al momento de la afiliación a la AFP; la buena; la inexistencia de perjuicio; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; la prescripción y las demás declarables oficiosamente (Expediente digital)

Por su parte **Porvenir S.A.** también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, manifestó que ninguno le consta. En su defensa, formuló las excepciones de prescripción, la buena fe; la inexistencia de la obligación, y las demás declarables de oficio (Expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 23 de noviembre de 2020, declaró que el traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual, a través de la AFP Protección S.A., efectivo a partir del 1º de mayo de 1998 es ineficaz, y, por ende, no produjo efecto jurídico alguno, por lo que se debe entender que la actora jamás se separó del régimen de prima media con prestación definida. También declaró ineficaz la afiliación realizada al interior del RAIS a Porvenir Condenó a Porvenir a transferir todas las sumas de dinero que obren en la cuenta individual, junto con los rendimientos y comisiones por administración debidamente indexadas, sin lugar a descuento alguno por pagos efectuados a seguros de invalidez y sobrevivientes. Condenó a Protección a transferir debidamente indexadas a Colpensiones todas las sumas de dinero recibidas durante el periodo en que la demandante estuvo afiliada a dicho fondo, junto con los rendimientos, comisiones por administración, bonos pensionales, sin lugar a descontar suma alguna por gastos de administración o seguros previsionales. Ordenó a Colpensiones recibir los recursos y reactivar la afiliación sin solución de continuidad. Declaró no probadas las excepciones e informó a Colpensiones que está facultada para iniciar las actuaciones civiles a que haya lugar para obtener el pago de los perjuicios con el acto declarado. Impuso condena en costas a cargo de Porvenir S.A. y Protección S.A. (Expediente digital).

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

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas interpusieron recurso de apelación.

La AFP **Protección S.A.** imploró revocar la sentencia en cuanto le ordenó transferir a Colpensiones las cuotas de administración indexadas, pues dichas deducciones están previstas en la ley y su objetivo es cubrir la gestión de la AFP y amparar al afiliado de los riesgos de invalidez y muerte. Arguyó que estos dineros no conforman el capital para financiar la pensión por lo que se genera un enriquecimiento sin causa.

Por su parte, **Porvenir S.A.** suplicó la revocatoria de la sentencia, por cuanto declaró la ineficacia pese a que la actora se mantuvo por un largo periodo vinculado al régimen de ahorro individual y expresó su voluntad de permanecer en el régimen privado con actos inequívocos como el traslado entre AFP, la actualización de datos.

Colpensiones imploró revocar la sentencia como quiera que se demostró que la demandante se trasladó al régimen de ahorro individual y entre AFP de forma libre y voluntaria, libre de presiones o coacciones, además no realizó ninguna gestión o averiguación tendiente a verificar las condiciones en que se pensionaría. Alegó que la demandante para el momento del traslado no gozaba de ninguna expectativa legítima o derecho adquirido que mereciera protección especial o la elaboración de proyecciones pensionales.

Señaló que la actora se encuentra a menos de 10 años para acceder a la edad de pensión por lo que está incurso en una prohibición legal para retornar a prima media. Además, ha prescrito la oportunidad para reclamar la ineficacia del traslado. Imploró condenar a la AFP a normalizar la información de la afiliación de la demandante en el sistema de información SIAF, a remitir los recursos y la historia laboral de la accionante.

IV.DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 26 de abril de 1962, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 31 años y 146.11 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º30 y 49 expediente digital). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y el número de semanas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 30 de marzo de 1998, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Davivir S.A., después ING hoy Protección S.A. (f.º59). Asimismo, se verifica conforme al reporte emitido por Asofondos que la accionante estuvo vinculada a ING desde el 1º de mayo de 1998 hasta el 31 de marzo de 2000; a partir del 1º de enero de 2000 en adelante a la AFP Porvenir S.A. (Expediente digital).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que cuando inició su rural de enfermería superior, la pusieron a llenar unos papeles y les dijeron que ahí estaban los asesores que fueran y escogieran, pero esas personas no les dieron información, se afilió al fondo al cual pertenecía el promotor que primero le pasó la hoja, la leyó y la firmó voluntariamente, pues creyó que era un requisito para iniciar su rural. Además, le refirieron que el Seguro Social se iba a acabar y perdería todo lo que había cotizado, porque la entidad no tenía como garantizar la pensión de vejez. Refirió que no se retractó de esta decisión, pues no sabía que podía hacerlo. Expuso que tampoco de la AFP Porvenir S.A., recibió información sobre la forma como se pensionaría. Confesó que su interés en regresar a prima media está basado en la diferencia en el valor de la mesada pensional que obtendrá en el fondo privado y monto que puede recibir en Colpensiones.

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

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

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

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

Se precisa que no es posible eximir a la AFP Protección S.A. de remitir a Colpensiones debidamente indexadas las sumas de dinero

descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo, dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360-2019). En consecuencia, la sentencia será confirmada en este punto.

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

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura confirmará 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: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de noviembre de 2020.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Asesoradora de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: DORA LUISA TELLEZ RESTREPO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 039 2019 00257 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 aprobada².

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

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