HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN:	110013105 18 2020 00061 01.
DEMANDANTE:	DORIS QUINTERO FIERRO
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre 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 Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 28 de julio de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad de afiliación al régimen de ahorro individual realizada el 12 de marzo de 2001 a través de la AFP Colfondos S.A. En consecuencia, se efectué el traslado a Colpensiones junto con todos los aportes y rendimientos efectuados. Asimismo, se condene a las demandadas a pagar las costas del proceso y a reconocer los derechos en virtud de las facultades extra y ultra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 29 de abril de 1957 y que en el año 2001 los asesores de la AFP Colfondos le ofrecieron beneficios y condiciones superiores a los que tendría en el Instituto de Seguros Sociales, por lo que el 12 de marzo de 2001 se trasladó al régimen

de ahorro individual. Finalmente presentó reclamación administrativa, la cual no tuvo respuesta. (Expediente digital).

Al dar respuesta, **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, acepto la fecha de nacimiento y la reclamación administrativa. Frente a los restantes, manifestó no ser ciertos o no constarles. En su defensa, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de causa para pedir, la inexistencia del derecho y obligación para regresar al régimen de prima media con prestación definida, el error de derecho no vicia el consentimiento, el cobro de lo no debido, la buena fe, la prescripción, la imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, la no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente (Expediente digital).

Por su parte la **AFP Colfondos S.A.** se opuso a las pretensiones incoadas en su contra. Frente a los hechos, acepto únicamente la fecha de nacimiento. Frente a los restantes, manifestó no ser ciertos o no constarles. En defensa de sus intereses, formuló las excepciones de buena fe, la compensación, pago y las declarables de oficio (Expediente digital).

I. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 28 de julio de 2021 declaró la ineficacia del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por la demandante a través de la AFP Colfondos S.A. el 12 de marzo de 2001 y la tuvo como válidamente vinculada a prima media. Condenó a Colfondos devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación tales como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros y sin descuento por gastos de administración. Absolvió a las demandadas de las demás pretensiones. Declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las demandadas. (Expediente digital).

Como sustento de su decisión, señaló que la jurisprudencia del órgano de cierre de la jurisdicción Laboral ha establecido que se encuentra en cabeza de las administradoras de fondos el deber de información que no es suficiente demostrarlo con la suscripción del formulario, pues no se puede inferir el consentimiento informado. Tampoco se extrae del interrogatorio de parte alguna confesión tendiente a dar por cumplido el deber de información. Argumentó frente a la prescripción que no procede debido a que incluye derechos pensionales que no se pueden afectar.

II. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada Administradora Colombiana de Pensiones - **Colpensiones** interpuso recurso de apelación al argumentar que el traslado tiene plena validez conforme al artículo 2 de la Ley 797 de 2003, lo que obedece a la decisión libre y voluntaria. Además, que no se probó la omisión de información de la AFP y tampoco manifestó inconformidad de permanecer en el régimen de ahorro individual. Expuso que es improcedente el traslado debido a que se encuentra inmersa en la prohibición legal de regresar cuando le faltaren menos de 10 años para obtener el derecho a la pensión. Rechazó las costas.

III. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a 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 1° 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 4° 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 albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

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

2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

V. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 29 de abril de 1957, por lo que para el 30 de noviembre de 1995 contaba con 38 años y 619.19 semanas cotizadas a Cajanal (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 12 de marzo de 2001, 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 desde el 1° de mayo de 2001 ha estado afiliada a Colfondos S.A. (Expediente digital).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que se trasladó cuando ingresó a laborar a la Casa de Funerales Cristo Rey donde todo el personal debía estar vinculado a Colfondos debido a un convenio que tenían con el empleador. Refirió que sostuvo una reunión de aproximadamente 40 minutos con una asesora quien les informó que Cajanal se iba a acabar, que obtendrían beneficios como pensionarse antes de la edad y mejores rendimientos, motivo por el cual firmó el formulario. En asesoría realizada por Colfondos le indicaron que no tendría derecho a una pensión de garantía mínima y que no tiene el dinero suficiente para pensionarse. Confesó que el motivo para retornar a prima media es que va a recibir una mesada más justa comparada en el régimen de ahorro individual.

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 Corte Suprema de Justicia, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación para regresar al sistema de prima media, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

Conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte, ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen por la referencia que 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 Colfondos S.A. a la cual se encuentra afiliada actualmente la accionante deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.° 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. En consecuencia, la sentencia analizada se confirmará en este punto.

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

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

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

Finalmente, estima la Sala que no hay lugar a absolver a Colpensiones de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, las administradoras resultaron vencidas, pues además de declararse la ineficacia del traslado, esta Corporación le dispuso a la AFP devolver los gastos de administración que descontó al demandante mientras estuvo afiliado a este fondo y a Colpensiones recibir los recursos, a tenerlo como su afiliado y a actualizar la historia laboral.

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

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

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: DORIS QUINTERO FIERRO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICADO: 11001 31 05 018 2020 00061 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS

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

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

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 18 2019 00357 01
DEMANDANTE: NOHORA ILSE JIMENEZ VALENCIA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD 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 septiembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Protección S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de abril 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 resolutiva. 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 resolutiva. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutiva"* (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 el incumplimiento en el deber de información por parte de la AFP Provenir S.A. y AFP Protección S.A., por consiguiente, la nulidad e ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual efectuado por Porvenir S.A. y después por Protección S.A. En consecuencia, se condene a los fondos privados a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, bonos y títulos pensionales. A Colpensiones a activar la afiliación en el régimen de prima media y recibir el traslado de recursos. Finalmente, las facultades *ultra y extra petita* más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 29 de mayo de 1964 y comenzó sus aportes al Seguro Social el 1° de marzo de 1984 hasta el 28 de febrero de 1985. Luego estuvo en Cajanal y retornó al ISS el 22 de marzo de 1996. Adujo que en agosto de 2001 se afilió a la AFP Porvenir S.A. y el 22 de julio de 2003 a la AFP Santander hoy Protección S.A. Señaló que el asesor de Provenir S.A. le indicó que el Seguro Social se encontraba en problemas financieros y recibiría una pensión mayor. Advirtió que las AFP omitieron brindarle información completa y clara sobre los efectos y consecuencias del traslado de régimen pensional, así como las características de cada una de ellos. Finalmente, que solicitó la anulación de su afiliación, lo cual fue negado. (f.° 2 a 5).

Al contestar **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó las fechas de nacimiento de la demandante, la petición y su respuesta. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y las declarables oficiosamente (f.° 94 a 100).

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

afiliación al régimen de ahorro individual, el traslado horizontal, la solicitud presentada al fondo junto con su respuesta. En cuanto a los demás, manifestó no ser ciertos o no constarle su ocurrencia. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (f. ° 170 a 186).

Al dar respuesta a la demanda, la AFP **Protección S.A.** se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó el natalicio de la accionante. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal y las demás declarables de oficio. (f.° 203 a 215).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 36 de abril de 2021, declaró la ineficacia del traslado realizado por la promotora del régimen de prima media al de ahorro individual. En consecuencia, ordenó a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados. Dispuso a Colpensiones a recibir los dineros provenientes de la AFP Protección S.A. Declaró no probadas las excepciones propuestas y ordenó a las AFP pagar las costas del proceso (f.° 296 y 297).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP Porvenir no demostró que ofreció una información clara y objetiva sobre los efectos del traslado, pues la suscripción del formulario de afiliación solo acredita un consentimiento pero no el suministro de la información. Adujo que el traslado horizontal no es suficiente para sanear la afiliación inicial, dada que en ese traslado tampoco se cumplió con el deber de información.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

La AFP **Protección S.A.** imploró revocar la condena por gastos de administración dado que los mismos no tienen un origen en la mesada pensional y la administración se efectuó en debida forma.

A su turno, **Colpensiones** suplicó revocar la decisión de primera instancia, pues la promotora se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado. Además, no se probó ningún vicio del consentimiento. Finalmente, que se efectuaron actos de relacionamiento que avalaron la permanencia en el régimen de ahorro individual, máxime que estuvo afiliada por más de 15 años sin ninguna inconformidad.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, es también procedente también 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 1° 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 4° 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 albedrio 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 promotora del juicio nació el 29 de mayo de 1964, por lo que al 1° de abril de 1994 contaba con 29 años y 51,57 semanas cotizadas a Colpensiones (f.° 15 y 93). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y número de semanas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 31 de agosto de 2001, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.° 191). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Porvenir desde el 1° de octubre de 2001 al 31 de agosto de 2003 y desde el 1° de septiembre de 2003 en adelante a la AFP ING hoy Protección S.A. (f.° 229).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que en 2001 el Secretario General de la Contraloría dijo que debían pasarse al fondo Porvenir S.A., por lo que se hizo una reunión rápida general y

después el asesor pasó por cada uno de los puestos para firmar el formulario. Narró que el asesor no le indicó las diferencias entre fondos, así como tampoco las características y le indicó que el Seguro Social se iba acabar. Confesó que en noviembre de 2018 la AFP Protección a través de un requerimiento le informó algunas características del régimen de ahorro individual y que firmó el formulario de manera voluntaria. Finalmente, que a partir del 2018 recibe los extractos.

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

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

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

Por tanto, la AFP Protección S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, bonos pensionales y los gastos de administración 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.° 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por consiguiente, la sentencia analizada se confirmará en este punto.

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: 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.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia apelada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada Aclaración de voto.
18-2019-00357-01

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

ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: NOHORA ILSE JIMENEZ VALENCIA
DEMANDADO: COLPENSIONES, Y OTROS.
RADICACIÓN: 11001 31 05 018 2019 00357 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 31 de agosto de 2021 con decisión igual sobre el tema de ineficacia a la que se emite en el fallo de hoy 30 de septiembre 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 resolutiva 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 resolutiva 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 resolutiva 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 voto[1]*.*

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 31 de agosto de 2021 se postergó hasta el 30 de septiembre 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 31 de agosto de 2021.

---

[1] En otros países de lengua hispana se habla genéricamente de votos particulares, los cuales pueden ser concurrentes (para las aclaraciones) o discrepantes (para los salvamentos).
[2] Sentencia T-345 de 2014, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

En ese orden de ideas, se reitera que la decisión emitida en la presente sentencia es idéntica a la presentada en la ponencia de 31 de agosto de 2021 sustentada en las sentencias de tutela que han dejado sin efectos sentencias del Tribunal por apartarse del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre la ineficacia del traslado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 16 2019 00021 01
DEMANDANTE: MILTON FRECXES BAUTISTA RAMÍREZ
DEMANDADO: HOSPITAL SANTA CLARA E.S.E. HOY UNIDAD DE SERVICIOS DE SALUD SANTA CLARA DE LA SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS CENTRO ORIENTE E.S.E.

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

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 20 de agosto de 2020.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la existencia de un contrato laboral el 1° de octubre de 2012 hasta el 31 de octubre de 2015, que terminó de forma unilateral e injusta por el empleador. En consecuencia, se condene a la demandada a cancelar la indemnización por despido injusto, las prestaciones sociales legales, las vacaciones, el auxilio de alimentación, las horas extras, así como los recargos dominicales y festivos. A pagar todas las prestaciones de carácter convencional previstas para el cargo de Auxiliar de Mantenimiento/ Operario Calderas causadas a lo largo del vínculo, la sanción moratoria y la indexación. A reintegrarle las sumas pagadas como cotización a la seguridad social integral, los demás derechos en virtud de las facultades ultra y extra *petita,* más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que desde el 1° de octubre de 2012 hasta el 31 de octubre de 2015 prestó servicios a la demandada, mediante contratos de prestación de servicios ininterrumpidos, cumplió horario en turnos que se desarrollaron entre las 7:00 a.m. y las 5:00 p.m., percibió remuneración, acató las órdenes que le fueron impartidas por Julio Roberto Murillo Murillo y Cristian Melo, durante el desempeñó del cargo de Auxiliar de Mantenimiento/ Operario Calderas, el cual se encuentra dentro de la planta de personal de manera permanente. Refirió que el 17 de septiembre de 2018 solicitó el pago de acreencias laborales, lo cual fue negado (f.° 88 a 97 subsanación).

Al contestar la demandada se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió que la vinculación del actor se dio mediante contratos de prestación de servicio, la reclamación administrativa y su respuesta negativa. Manifestó no ser ciertos los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de pago de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, la ausencia de vínculo de carácter laboral, el cobro de lo no debido, la prescripción, el demandante es parcialmente coautor y la legalidad de los contratos suscritos entre las partes (f.° 188 a 192).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 20 de agosto de 2020, declaró entre las partes existió un contrato de trabajo. En consecuencia, condenó a la demandada a pagar unas sumas de dinero por concepto de prestaciones sociales, vacaciones, prima de navidad, prima de vacaciones, beneficio convencional por servicios prestados, indemnización moratoria y reembolso de pagos a la seguridad social. Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y condenó a la demandada a pagar las costas del proceso (f.° 222 y 223).

Como sustento de su decisión, determinó que el actor prestó servicios a la encartada ininterrumpidamente en actividades relacionadas con el mantenimiento y adecuación de la planta física, sin que el Hospital haya podido demostrar que se trataba de una labor transitoria o que no

pudiera ser ejecutado por el personal perteneciente a la planta. Determinó que el actor no demostró haber sido despedido, tampoco haber laborado en horas extras o dominicales y festivos. Sostuvo que pese a que es beneficiario de la convención colectiva no demostró los valores sobre los cuáles se deben liquidar los auxilios de alimentación y transporte. Consideró que la demandada no probó un actuar de buena fe por lo que debe cancelar la sanción moratoria correspondiente.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las partes interpusieron recurso de apelación.

La parte **demandante** suplicó adicionar la sentencia para que se ordene la devolución del 75% de la cotización realizada a pensiones desde el 1° de octubre del 2012 hasta el 31 de octubre del 2015, al corroborarse con los documentos obrantes y con el dicho de los testigos que asumió estos costos y que no era posible renovar contrato si no se pagaban los aportes correspondientes.

De otro lado, sostuvo la procedencia en de la indemnización convencional por despido injusto, la cual se encuentra enlistada como protección en caso de terminación del vínculo laboral, dado que en el presente asunto la demandada simplemente acudió a la no renovación del contrato sin que mediara explicación alguna, lo que no constituye un motivo justo para finalizar el vínculo contractual.

Sostuvo también que aportó planillas al expediente con las cuales se demuestra que laboró turnos de más de 12 horas por lo que debe reconocerle el trabajo efectuado en horas extras. Además, la prima de antigüedad convencional teniendo en cuenta que la misma se encuentra enlistada en la norma convencional y puede ser liquidada posteriormente por la entidad. De otra parte, indicó que el auxilio convencional de alimentación puede ser liquidado con base en las sumas registradas en la convención colectiva vigente para el año 2012, anualidad en que ingresó a laborar al servicio de la demandada.

Por su parte, la parte **demandada** imploró revocar la sentencia, al no ser procedente declarar la existencia de una relación laboral, pues no se encuentra acreditado el elemento de subordinación, de conformidad con la jurisprudencia del H. Consejo de Estado según la cual laborar en la sede de la entidad por sí mismo no da lugar que se declare un contrato de trabajo, tampoco el cumplir un horario, recibir algunas instrucciones o rendir informes, porque no de otra manera se puede establecer un orden y concordancia entre la actividad prestada por un contratista y las necesidades del servicio por parte de la E.S.E. Además, el deber de seguimiento que tiene la entidad de las actividades que contrata para proceder al pago de honorarios y salvaguardar los recursos públicos.

Alegó que al absolver interrogatorio el demandante aceptó que las actividades que desarrollaba se sujetaban a las descritas en los contratos de prestación de servicios y que las ejecutaba de manera autónoma conforme a sus conocimientos sobre construcción y mantenimiento en general. Refirió que con el dicho de los testigos se evidencia que existió una coordinación de actividades previa, las cuales eran desarrolladas de manera autónoma por el accionante. Alegó que la ley faculta a las entidades a contratar en los eventos en que el personal de planta no es suficiente o para desarrollar actividades específicas, por ende, la prestación personal del servicio hace posible el cumplimiento del objeto contractual, pero de ningún modo es configurativa de la relación laboral.

Refirió que el elemento de la subordinación o dependencia constituye un aspecto diferenciador entre el vínculo contractual por prestación de servicios y la relación laboral y que ha sido definida por la jurisprudencia como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo en imponerle reglamentos, la cual, debe mantenerse por todo el tiempo de la duración del vínculo y en el presente asunto el actor no demostró haber cumplido un horario o turnos de trabajo. Aclaró que si el contratista hubiera desarrollado sus actividades en un tiempo

determinado ello sólo sería el reflejo de la coordinación de actividades que no desnaturaliza el contrato de prestación de servicios.

Expuso que la parte actora no demostró que las actividades desempeñadas por el demandante fueran las mismas que las desarrolladas por el personal de planta y su simple afirmación no es suficiente para demostrar la existencia de una relación legal y reglamentaria. Tampoco lo es, la ratificación de los testigos en ese sentido, toda vez que la prueba idónea para acreditar ese hecho es el manual de funciones de la entidad, es así como, no se probó dentro del proceso que la funciones para las cuales fue contratado el demandante hacen parte del giro ordinario de la entidad.

De igual manera, solicitó revocar la condena por concepto de indemnización moratoria, al no actuar de mala fe, dado que el demandante se sometió voluntariamente al régimen contractual y firmó de manera libre cada uno de los contratos de prestación de servicios. Adicionalmente, señaló que no se tomó en consideración que el contrato es ley para las partes, donde se enmarca claramente la intención, la voluntad y la necesidad que hace parte de esa contratación.

IV. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a desatar los recursos de apelación según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que corresponde dilucidar si entre las partes existió un verdadero contrato de trabajo que dé lugar al pago de las acreencias legales y extralegales reclamadas.

1. **De la apelación de la demandada.**

(i) De la existencia del contrato de trabajo

Frente al particular, anota la Sala que el contrato de trabajo a la luz del artículo 2 del Decreto 2127 de 1945, se configura cuando concurren la:

1) actividad personal del trabajador; *2)* dependencia del trabajador respecto del empleador, que le otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, y *3)* un salario como retribución del servicio. A su vez, el artículo 20 del citado precepto dispone que el contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha, por lo que corresponde a este último destruir la presunción. Es decir, basta al trabajador demostrar la que prestación del servicio para que se presuma la existencia de dicho vínculo laboral subordinado.

Bajo ese horizonte, una vez reunidos los tres elementos, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé, tampoco por las condiciones particulares que le asigne el empleador, ni por las modalidades de la labor o por el tiempo que en su ejecución se invierta, ni del sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador, ni de la naturaleza de la remuneración, sea en dinero o en especie, o el sistema de pago ni de cualquier otra circunstancia, pues, así lo dispone el artículo 3° del citado Decreto y se infiere del principio de realidad sobre las formas previsto en el artículo 53 de la Constitución Nacional.

Igualmente, es bueno poner de presente que la H. Corte Constitucional en la sentencia C-154 de 1997, al estudiar la constitucionalidad del numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, refiere acerca de las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo, para lo cual precisa que: *"la contratación de prestación de servicios se puede efectuar cuando las actividades de la administración no puedan desarrollarse con personal de planta o cuando sea necesaria la ejecución de labores por parte de una persona natural en razón de su experiencia, capacitación y formación profesional, prestación que si bien está relacionada con actividades inherentes al funcionamiento de la entidad, debe ser temporal y existir autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico".*

Es abundante la jurisprudencia de las altas Cortes que reafirman la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente, al constituir una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. En ese mismo sentido, despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta (Sentencias H. Corte Constitucional C-614 de 2009 y C-171- 2012; H. Corte Suprema de Justicia SL 5545 de 2019, SL 199 de 2021, SL 3795 de 2021, SL 3938 de 2021 y artículo 63 de la Ley 1429 de 2010).

(ii) De la naturaleza jurídica de la demandada.

Ahora, recuerda la Sala que las personas vinculadas a las Empresas Sociales del Estado, como lo es la demandada SUB RED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE ESE, por regla general tienen el carácter de empleados públicos y son trabajadores oficiales quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales en estas mismas. Ello, de conformidad con lo previsto en el numeral 5° del artículo 195 de la Ley 100 de 1993, el cual dispone que las personas vinculadas a las Empresas Sociales del Estado tendrán el carácter de empleados públicos o trabajadores oficiales conforme a las reglas del capítulo IV de la Ley 10 de 1990. Distinción que también se encuentra regulada en el artículo 17 del Decreto 1876 de 1994 (CSJ SL3612-2021).

De vieja data y de manera pacífica la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que *"El mantenimiento de la planta física de los hospitales comprende el conjunto de actividades orientadas a mejorar, conservar, adicionar o restaurar la planta física de los entes hospitalarios destinados al servicio público esencial de salud, tales como electricidad, carpintería, mecánica, jardinería, pintura, albañilería, vigilancia o celaduría."* También, que por servicios generales *"ha de entenderse aquel elenco de actividades cuyo propósito es el de atender las necesidades que le son comunes a todas las entidades, tales como la cocina, ropería, lavandería, costura, transporte, traslado de pacientes, aseo en general y las propias del servicio doméstico, por citar algunas, en vía puramente enunciativa o ejemplificativa, no restrictiva o limitativa."* (Rad. n.° 36668, 29 jun. 2011).

(iii) Caso concreto

Certifica la demandada el 16 de julio de 2018, que el demandante estuvo vinculado entre el 1° de octubre de 2012 y el 31 de octubre de 2015, mediante 16 contratos de prestación de servicio (f.° 5). Asimismo, de conformidad con los contratos de folios 7 a 12 y los aportados en CD de folio 194 se verifica que Milton Bautista Ramírez fue contratado para desempeñarse como *"Ayudante Segunda"* y dentro de sus funciones se pactó *"Realizar las actividades preliminares como cerramientos provisionales, retiro de equipos e inmuebles para la ejecución de adecuación de espacios. 2. Realizar el Aseso y desinfección de las áreas de trabajo con el fin de evitar contaminación y la diseminación de infecciones. 3. Localizar y replantear las adecuaciones en el área que se va a intervenir. 4. Solicitar al área correspondiente los materiales requeridos para la realización de la obra. 5. Realizar actividades de obra gris y acabados con el fin de cumplir con la programación establecida. 6. Aplicar los procedimientos de bioseguridad, salud ocupacional, gestión ambiental, y calidad con el fin de disminuir los riesgos ..."*

En el *"Formato Único Hoja de Vida"* allegado por la entidad en CD de folio 193, se puede leer que el accionante pertenece a la dependencia de mantenimiento y desempeña el cargo de auxiliar.

A solicitud de la parte actora fue escuchado el testimonio de Abel Teófilo Barreto y José Cupertino Aldana Leal. El primero, manifestó que prestó servicios de vigilancia a la demandada de marzo de 2012 a junio de 2016; aseguró que el demandante laboró en un área llamada *"servicios de mantenimiento, servicios generales"* en el cual hacia lo relacionado con obra civil y eventualmente lo ponían a adelantar labores de vigilancia cuando descansaban los guardas. Aseguró que por el radio pudo escuchar cómo le impartían órdenes para que adelantara actividades, como hacer arreglos en general, pintar, arreglar cañerías, para las cuales no tenía autonomía. Atestiguó que el promotor debía cumplir un horario de trabajo en turnos que eran fijados por sus superiores y controlados a través de una planilla.

El deponente José Cupertino Aldana Leal refirió que prestó servicios a la demandada desde el 2003 a septiembre de 2016, como operario de ruta sanitaria y allí conoció al demandante, quien también prestó servicios de manera ininterrumpida desde el año 2012 al 2015 en mantenimiento, pintura o lo que le pusieran a hacer, dijo que el cargo se llamaba *"operario de obras civiles o sea todo lo que era construcción"*. Aseguró que el actor ejecutaba las mismas labores que otro trabajador quien integraba la planta de personal de la entidad. Recibía órdenes de Julio Murillo, Hernán Gómez, la ingeniera Nancy Nuera Valderrama y Cristian Melo, además debían cumplir un horario por turnos y no podían ausentarse sin pedir permiso.

Conforme a lo anterior, queda demostrado la prestación personal del servicio del demandante en favor del demandado, por lo que obra en favor del actor la presunción que dicha labor estuvo regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole al empleador, probar que la relación fue independiente y sin subordinación, es decir, acreditar el hecho contrario al presumido, situación que no alcanza a materializarse con la sola suscripción de los contratos de prestación de servicios. Veamos.

Del análisis en conjunto de los elementos de prueba, se verifica que la labor desarrollada por el promotor del juicio al servicio de la demandada como *"Ayudante de Segunda"*, está destinada al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales, por lo que se trata de un trabajador oficial. Dicha actividad, fue ejecutada de manera subordinada como lo explican los testimonios rendidos por Abel Teófilo Barreto y José Cupertino Aldana Leal quienes aseguraron que recibió órdenes de Julio Murillo, Hernán Gómez, la ingeniera Nancy Nuera Valderrama, Cristian Melo, Hamer Salamanca, Carlos Osorio y el *"señor Moya"* quienes fueron contestes al indicar que el actor debía cumplir turnos que eran controlados a través de planillas que se firmaban a la entrada y salida, no tenía autonomía para cambiarlos o no cumplirlos, tampoco para ejecutar sus funciones, pues estaba a disposición para ejecutar las actividades que le fueran asignadas, incluso aseguraron que reemplazó turnos de vigilancia.

Paralelamente, la suscripción sucesiva y prolongada de múltiples contratos de prestación de servicios, devela que la vinculación no obedecía a una circunstancia excepcional y transitoria, sino permanente en el desarrollo del objeto de la entidad (CSJ SL 15964-2016).

Puestas las cosas de esta manera, resulta claro que la demandada incumplió con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, pues no demuestra los supuestos en los que fundó su defensa, como quiera que por ningún medio logró acreditar que el actor realizaba sus funciones de manera autónoma e independiente, lo que resulta lógico, pues estaba supeditado a las funciones que a diario le ordenara la entidad, para el mantenimiento de la planta física, según el contenido del contrato de trabajo y el dicho de los testigos.

Por tanto, es evidente que la entidad disfrazó el contrato de trabajo que lo ataba con el demandante, pues acudió a una forma de vinculación inadecuada, como el contrato de prestación de servicios para servirse de un trabajo consistente en labores de mantenimiento de la planta física y,

por ello, debía ser contratado de manera directa. En consecuencia, tal como concluyó la juez de conocimiento entre las partes si existió un verdadero contrato de trabajo conforme al principio de la primacía de la realidad sobre las formas regulado desde la Ley 6ª de 1945 y su Decreto Reglamentario 2127 del mismo año, así como en el artículo 53 de la Constitución Nacional, por lo que la Colegiatura no puede acceder a la revocatoria de la sentencia implorada por la demandada al apelar.

2. Del recurso de apelación de la parte demandante

(i) Del trabajo realizado en horas extras

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

En el presente caso, la parte accionante incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por virtud del artículo 145 del Código Procesal Del Trabajo y la Seguridad Social, al no demostrar los supuestos en los cuales fundó sus pretensiones. En efecto, aunque solicita el reconocimiento y pago de trabajo realizado en horas extras, no prueba de manera precisa cuántas horas y en qué días laboró más allá de la jornada máxima legal, lo cual no puede suponer el juez laboral o realizar cálculos acomodaticios para fulminar condena, por ello, el dicho de los testigos quienes afirmaron que se laboraba por turnos que incluso alcanzaban las 12 horas no resulta suficiente.

(ii) De la prima de antigüedad

Al punto, advierte la colegiatura que no obra en el plenario documento alguno que sirva de fuente al derecho reclamado y permita establecer las condiciones de su causación. No basta como se argumenta en el recurso con que la prima de antigüedad esté enlistada en la convención colectiva como factor a tener en cuenta para determinar prestaciones como la *"Protección en caso de terminación del vínculo laboral"* o la liquidación de cesantías, para determinar que el demandante es beneficiario de este pago. En consecuencia, la sentencia de primera instancia no será modificada en este punto.

(iii) Del auxilio convencional de alimentación

No se discute que el demandante es beneficiario de la convención colectiva suscrita entre la Secretaría Distrital de Salud y Sintrasalud vigente para los años 2007 a 2011 y el pacto colectivo vigente desde 2012 a 2016, tampoco que dichos instrumentos constituyen plena prueba, pues fueron aportados con sus correspondientes constancias de depósito ante el Ministerio de Trabajo.

Dispone el artículo 3° del Acta de Arreglo Directo el pago de un subsidio de alimentación en los siguientes términos:

> *"ARTÍCULO 3. SUBSIDIO DE ALIMENTACIÓN. Las empresas Sociales del Estado que conforman la red pública de hospitales del Distrito Capital incrementarán el subsidio de alimentación de los trabajadores Oficiales a partir del primero de enero de 2012, en el 7% sobre lo establecido en la Convención Colectiva vigente.*
>
> *Para los años 2013, 2014, 2015 y 2016 el incremento del subsidio de alimentación de los trabajadores oficiales será el porcentaje más favorable, más un 0.5% entre las tres opciones siguientes,*
> *a.- El incremento del IPC Nacional*
> *b.- El incremento del salario mínimo mensual que decrete el Gobierno Nacional*
> *c.- El incremento de los empleados públicos del Distrito Capital"*

De la lectura de la norma convencional no es posible extraer cuál es el valor que por concepto de subsidio de alimentación debe reconocerse al demandante, tampoco puede calcularse, dado que no se demostró el valor que a partir de enero de 2007 se fijó de acuerdo al artículo 3° de la

convención colectiva vigente del 1° de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2011 (f.° 73 a 78), razón suficiente para no modificar la sentencia de primera instancia en cuanto absolvió a la demandada de pagar esta prestación.

(iv) De la indemnización convencional por despido injustificado

En reiterada jurisprudencia la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que al trabajador le corresponde probar el hecho del despido y al empleador la justa causa para exonerarse de indemnizar los perjuicios (SL284-2018). No obstante, en el asunto puesto en consideración, el promotor no allegó medio de convicción alguno que permita concluir que la demandada puso fin al vínculo laboral, por lo que no procede el pago de la indemnización reclamada, que de conformidad con el artículo 7° de la convención colectiva esta prevista en los eventos en que la Empresa Social del Estado de por terminado el contrato de forma unilateral e injusta o por supresión del cargo (f.° 75 vuelto). Bajo estas circunstancias no hay lugar a modificar la sentencia tampoco en este punto.

(v) De la devolución de las sumas pagadas por concepto de aportes a seguridad social en pensiones

Dado que los aportes al sistema de seguridad social en pensiones sirven para constituir el futuro derecho pensional y los empleadores están obligados a contribuir con el 75% de la cotización mensual, es procedente condenar a la demanda a reintegrarle al accionante el porcentaje que estaba a cargo de Subred Integrada de servicios de Salud Centro Oriente ESE Hospital Santa Clara al accionante, quien en virtud del aparente contrato de prestación de servicios debió asumir el 100% de la cotización, pero a su cargo apenas estaba el 25%.

Revisado el plenario encuentra la Sala que la parte actora solamente demostró el pago de seguridad social en pensiones para los periodos

noviembre de 2012, enero, febrero, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2013, enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2014; enero, marzo y junio de 2015 (f.° 33 a 42 y CD f° 193). En consecuencia, se modificará la sentencia de primera instancia, dado que sólo ordenó hacer la devolución respecto de los periodos de: febrero, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2014, junio y enero de 2015, lo cual se indicará en la parte resolutiva de esta providencia.

Pasa la Sala a estudiar el argumento pendiente por analizar planteado por la parte demandada relacionada con la sanción moratoria.

(vi) De la sanción moratoria

En relación con el tema, anota la Sala que la indemnización moratoria de que trata el artículo 1° del decreto 797 de 1949, no opera de forma objetiva y automática. En efecto, habrá de valorarse la conducta **del empleador** que no cumplió con su obligación legal de pagar los salarios y prestaciones del trabajador (SL 1012 de 2015, SL1920 de 2019 y SL 593 de 2021).

Dentro del caso que ocupa la atención del Tribunal, es evidente la mala fe del empleador, al mantener oculta una verdadera relación laboral subordinada con el demandante bajo unos supuestos contratos de prestación de servicios, pues conforme a los medios probatorios obrantes en el proceso se pudo determinar que las funciones a cargo del demandante eran propias de un trabajador oficial se ejercían en las instalaciones de la misma, con uso de los medios, y elementos que esta le proporcionaba, bajo un horario de trabajo, lineamientos y procedimientos señalados por la ESE. En el mismo sentido, la suscripción sucesiva y prolongada de varios contratos de prestación de servicios, lleva a la Sala a concluir que la vinculación del demandante no obedeció a una circunstancia excepcional y transitoria, sino permanente en el desarrollo

del objeto de la entidad. En consecuencia, no hay lugar a modificar la sentencia apelada tampoco en este punto.

De conformidad con las anteriores consideraciones, la Sala modificará la sentencia en la forma anunciada.

No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el literal e) del numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 20 de agosto de 2020, para en su lugar, ordenar a la demandada a reembolsar al actor el 75% de la cotización realizada con destino al sistema de pensiones para los periodos de: noviembre de 2012; enero, febrero, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2013; enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2014, así como enero, marzo y junio de 2015.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin COSTAS en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada salvamento de voto parcial
16-2019-00021-01.

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

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

DEMANDANTE: MILTON FRECXES BAUTISTA RAMIREZ
DEMANDADO: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE ESE HOSPITAL SANTA CLARA III NIVEL
RADICACIÓN: 11001 31 05 016 2019 00021 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

De manera respetuosa se presenta salvamento parcial de voto respecto de la decisión de condenar a la demandada al pago de la indemnización moratoria por las siguientes razones:

Revisado el expediente se encuentra acreditada la existencia de un contrato de trabajo, pero no asi que la demandada haya tenido una conducta carente de buena fe para ser condenada al pago de la indemnización moratoria.

Al aplicar la jurisprudencia sobre la indemnización moratoria, esto es, que se debe estudiar la carencia de buena fe del empleador, se encuentra en el presente caso que la demandada no fue la entidad que contrató al demandante.

Recuérdese que la entidad demandada que se encuentra vinculada en el presente caso es la Empresa Social del Estado denominada Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E. creada mediante el Acuerdo 641 de 5 de abril de 2016 a la que se fusionó el Hospital Santa Clara que fue la entidad contratante, siendo esta última entidad la que suscribió los contratos, sin que sea dable estudiar la conducta de la ESE SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE porque no existía al momento en que se debe valorar la conducta para determinar la buena fe o su carencia en la contratación.

Nótese que en la contestación de la demanda se indica que la entidad fue fusionada a otras, y los documentos son emitidos por la hoy demandada y no por la contratante inicial.

Adicionalmente, aun cuando no se desconoce que en la realidad se ejecutó un contrato de trabajo, no se puede olvidar que las actividades contratadas fueron por necesidad en la prestación de un servicio respecto del cual no se tenía personal de planta, situación que no fue derruida en el presente proceso.

Por tal razón se considera que la decisión de primera instancia debió ser revocada.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 15 2018 00386 01.
DEMANDANTE: LUISA FERNANDA GAITÁN ÁVILA
DEMANDADO: UNIVERSIDAD MANUELA BELTRÁN UMB.

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

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 4 de julio de 2019.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la existencia de un contrato laboral a término fijo, que terminó de forma unilateral el empleador. En consecuencia, se condene a la demandada a reconocer indemnización por despido injusto por el tiempo de ejecución que le restaba al contrato, a pagar aportes a seguridad social, los honorarios del abogado y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 1° de septiembre de 2014 suscribió contrato a término fijo con la demandada para desempeñarse como Docente Investigador, a partir de 2016 ocupó el cargo Coordinadora de Investigación el Psicología. Acató las instrucciones del empleador, cumplió horario, como última remuneración percibió $3.665.168. Adujo que no le fue entregado manual de funciones, de procedimiento, guía del cargo o reglamento interno de trabajo.

Refirió que el 17 de abril de 2018 fue citada a diligencia de descargos a adelantarse el día siguiente, pero no le hicieron traslado de prueba alguna, tampoco le informaron que podía asistir acompañada de testigos, por lo que solicitó aplazamiento de la audiencia, la cual quedó fijada para el día siguiente. La diligencia fue adelantada en presencia de la Directora Jurídica de Gestión Humana y una testigo por parte de la empresa, no le fueron informados los generales y principios de ley, no se hicieron presentes dos testigos del sindicato, tampoco se le permitió exponer las pruebas que el mismo día aportó y radicó dirigidas a la Directora de Gestión Humana. El 4 de mayo de 2018, la demandada comunicó la terminación del contrato.

Finalmente, adujo que la relación se mantuvo entre el 1° de septiembre de 2014 hasta el 4 de mayo de 2018 bajo los siguientes contratos: del 1° de septiembre al 19 de diciembre de 2014; desde el 12 de enero de 2015 al 16 de diciembre de 2016; del 10 de enero al 15 de diciembre de 2017 y del 12 de enero al 14 de diciembre de 2018 (f.° 3 a 10).

Al contestar la demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la existencia de contratos de trabajo a término fijo, los cargos desempeñados por la accionante y el último salario devengado. Manifestó no ser ciertos los restantes. En defensa de sus intereses, propuso la excepción previa de ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones y las de mérito que denominó actuación disciplinaria con el cumplimiento de los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos, la existencia de justa causa de terminación del contrato, la mala fe y la excepción genérica (f.° 108 a 118).

En audiencia inicial se declaró probada la excepción previa de inepta demanda únicamente en cuanto se solicitó el pago de honorarios al abogado (f.° 255).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 4 de julio de 2019, absolvió a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra. Declaró probadas las excepciones de existencia de justa causa de terminación del contrato de trabajo, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido. Impuso condena en costas a la parte actora (f.° 261).

Como sustento de su decisión, determinó que la accionada logró demostrar que la terminación del contrato obedeció a una justa causa

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante suplicó revocar la sentencia, para ello, argumentó que el despido obedeció a quejas de asuntos que para el momento en que se dio la diligencia de descargos ya habían sido solucionados, según se demuestra con el interrogatorio de parte. En relación con la queja del estudiante Badillo no opera el principio de inmediatez. Además, que de haberse configurado una sistemática inejecución de las labores existe omisión por parte de la demandada que a través del Concejo debió citarla, impartirle algún llamado de atención o memorando, hacer seguimiento de las inconformidades, notificar mediante correo electrónico a la jefe inmediata la existencia de las quejas y el incumplimiento el contrato por parte de la accionante.

Aseguró que el testimonio de Juan Camilo Urazán no fue correctamente valorado, pues se trata de un empleado de la demandada quien no estuvo presente en la diligencia de descargos, ni conoció del proceso disciplinario y que se refirió a casos que se configuraron con posterioridad al retiro de la trabajadora, los que no fueron tratados en la diligencia de descargos, ni objeto de la carta de despido. De igual forma, estaba aleccionado y sus respuestas fueron inducidas por la demandada. Refirió que no fueron valorados los testimonios de Steffy Gutiérrez y Margarita Segura Dueñas.

Mencionó que se pasó por alto la violación al debido proceso, dado que no se tomó en consideración que la demandada el 17 de abril de 2018 a las 5:30 p.m. llamó a la demandante para informarle que al día siguiente a las 8:00 a.m. debía recoger citación para asistir a diligencia de descargos dentro de la misma jornada, pero a las 4:00 p.m., sin poner de presente las pruebas que tenía en su contra que entregó a las 4:27 de la tarde. Ante su solicitud la diligencia fue aplazada para el otro día a las 10:00 a.m, es decir, que no tuvo ni 24 horas para prepararse. Expuso que no existe coherencia entre la citación, la diligencia de descargos y la carta de despido

IV. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que corresponde dilucidar si se configuró una justa para dar por terminado el contrato a la demandante, así como la constatación del debido proceso alegado.

En el presente caso, se encuentra probado que: ***i)*** las partes suscribieron contratos a término fijo con las siguientes vigencias: a partir del 1° de septiembre al 19 de diciembre de 2014; del 12 de enero de 2015 al 16 de diciembre de 2016; del 10 de enero al 15 de diciembre de 2017 y del 12 de enero al 14 de diciembre de 2018; ***ii)*** la accionante desempeñó como último cargo el de Coordinador de Investigaciones de Psicología y, ***iii)*** el contrato fue finalizado por la demandada el 4 de mayo de 2018, para ello, invocó hechos imputables a la trabajadora.

1. De la justa causa del despido

En reiterada jurisprudencia la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que al trabajador le corresponde probar el hecho del despido y al empleador la justa causa para exonerarse de indemnizar los perjuicios (SL284-2018). Al respecto,

encuentra el Tribunal que la demandada mediante comunicación de 4 de mayo de 2018 (f. ° 17 a 23), informa a la demandante su decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, por la sistemática inejecución sin razones válidas de las obligaciones y por el incumplimiento de las obligaciones relacionadas con el cargo incluidas en el contrato de trabajo en los numerales 1, 2, 3, 7, 9, y 17. Indicándole que:

1. *De los hechos que motivaron la presente acción.*
Tal como se estableció en el acta de cargos, la imputación realizada a la trabajadora tuvo lugar, por cuanto los estudiantes del programa de investigación de psicología, manifestaron mediante quejas formales allegadas al Consejo de la Universidad su preocupación por la falta de manejo y control de revisión de gestión de los docentes asesores a cargo de la coordinación del programa de psicología, respecto a la no asignación y cambio constante de docente asesor, toda vez que como manifiesta en su escrito la estudiante Sara Bernate Holguín, su asesor ha sido cambiado más ocho (8) veces, perdiendo el hilo conductor de las investigaciones y correcciones realizadas por el asesor anterior, desencadenando cambios constantes sobre los temas ya vistos y revisados, generando traumatismo y retroceso en el proyecto de investigación y en consecuencia en su proceso de grado.

No siendo este el único caso de conocimiento por la institución, toda vez que se cuenta con las siguientes quejas puntualmente:
   a. *Queja formal presentada por las estudiantes Lendy Lizeth Lerma Bedoya y Laura Camila Suarez Ospina de fecha 11 de abril de 2018 (demora asignación asesor de investigación, manifestando a la fecha 11 de abril de 2018 no contar con asesor alguno).*
   b. *Correos electrónicos que denotan la tardanza y la falta de seguimiento al proyecto de investigación de la estudiante Laura Camila Suarez Ospina.*
   c. *Inconformidad estudiante de intercambio Vanessa Sánchez Gutiérrez por tardanza y falta de seguimiento al proyecto de investigación.*
   d. *Informe del Departamento de Bienestar Institucional de la UMB por inconsistencias en la asignación de todo el cuerpo estudiantil del programa de investigación de psicología.*

2.- *Frente al caso concreto*

En cuanto al asunto objeto de estudio, es importante referir que a la trabajadora, le han sido imputados dos cargos el primero de los cuales consiste en la sistemática inejecución de sus obligaciones, respecto del cual se procederá a realizar el siguiente análisis:

En primer lugar es oportuno indicar que la inejecución que se alega por parte de la funcionaria responde a las funciones contractuales estipuladas para el cargo de. Coordinadora de Investigaciones de Psicología.

Para el efecto es oportuno referir que tal como usted lo manifestó en su diligencia de descargos del día 19 de abril de 2018, dentro de sus responsabilidades como Coordinadora de Investigación de psicología se encuentra el coordinar el trabajo de los docentes relacionado con la investigación en el aula, revisar, evaluar informes de gestión y avances de investigación realizadas por los docentes investigadores, adicional a coordinar los grupos de investigación y hacer seguimiento de los mismos, funciones por medio de la cual se garantiza que cada grupo de estudiantes del programa de psicología que se encuentra en desarrollo del trabajo de grado para optar al título de psicólogo, cuenten con el respectivo asesor de investigaciones, con una efectiva tutoría y trazabilidad al desarrollo del mismo, en consecuencia, según las quejas formuladas y

presentadas por el cuerpo estudiantil del programa de psicología usted no ha efectuado el adecuado manejo y control tanto de la asignación de docentes asesores, como de la revisión de gestión de los mismos, vulnerando así los derechos de los estudiantes y por ende su proceso de grado, de manera que como se e evidencia en su diligencia de descargos, no hay un control constante de revisión y seguimientos a las actividades de los asesores de investigación dejando en algunos casos a los grupos de investigación sin docente asesor a cargo, según su manifestación me permito citar respuesta dada en la diligencia de descargos en la cual manifiesta cuales son los controles que se realizan a los grupos de investigación:

- *<<Los comités de investigaciones: se hablan de los casos que tienen los docentes y los estudiantes en cuanto al trabajo de grado, asistencia, calidad de los trabajos de investigación* ***se realizan dos veces al mes.***
- *Las exposiciones de proyecto: Se hacen para aprobación de anteproyecto y aprobación de proyecto final* ***se hacen al final de cada semestre.***
- *GIVI-FM-010: Formato del departamento de calidad donde se consígnanos avance asesorías de cada uno de los estudiantes y estos son entregados a la coordinación de investigaciones, son entregados por cada docente a mí,* ***estos formatos me los entregan semestralmente.>>***

*Revisión y seguimiento que no es eficaz dada la periodicidad del mismo, toda vez que como se le puso de presente son varios los estudiantes los cuales manifiestan su inconformidad al no contar en muchos casos con asesor de investigación o ser sustituido de manera constante, perdiendo así el hilo conductor de las investigaciones y correcciones realizadas por el asesor anterior desencadenando cambios constantes sobre los temas ya vistos y revisados, teniendo en cuenta que como usted misma lo manifiesta <<****revisión periódica de cada uno de los grupos no se realiza porque se cuenta con más de 400 estudiantes, se realiza la revisión puntual de los grupos cuando existe alguna solicitud****>> situación que ha desencadenado que los estudiantes del programa de psicología interpongan quejas formales n del programa de psicologia y el Consejo Académico de la Universidad, toda vez que al no contar con un adecuado seguimiento al estado actual de cada proyecto de investigación se general traumatismos tanto para el estudiante que se queda sin asesor por un largo periodo como para el docente que no sabe en que estado se encuentra la investigación que le es asignada, toda vez que como usted lo manifestó los comités se realizan cada mes y los formatos GIVI-FM-010 cada semestre adecuado para el manejo de los grupos de investigación.*
Adicional a lo anterior, no se cuenta con una base de datos actualizada con la información personal y de labores de los docentes investigadores a su cargo, lo cual permite entrever que no existe un control siquiera sumario de cada uno de los grupos de investigación, aun cuando es su obligación mantener un control interno con el fin de revisar y evaluar informes de gestión y avances de investigación realizados por cada uno de los docentes investigadores, control que contrario a toda lógica realiza según su manifestación una vez al semestre, a través del formato GIVI-FM-010, lo cual deja en evidencia que los traumatismos que han presentado los estudiantes respecto a las asignaciones de asesor de investigación y avance de los proyectos se debe al incumplimiento de sus funciones como coordinadora de investigaciones del programa de psicología, al desconocer y omitir sus obligaciones respecto la vigilancia y control sobre el equipo de trabajo a su cargo.

Por último es claro que al no existir un control tanto de los docentes investigadores como de los grupos de investigación en su totalidad, se da el caso que algunos grupos queden sin asignación de asesor de investigaciones, situación inaceptable a la luz de los derechos de los estudiantes.

(...)

Finalmente, frente a este punto es oportuno referir que la funcionaria fue requerida en múltiples ocasiones por parte del Director del Programa para que diera cumplimiento a sus obligaciones haciendo caso omiso a dichas órdenes, omitiendo

en forma reiterada, regular, continua y periódica el cumplimiento de sus funciones , lo cual se agrava al no existir justificación alguna dando lugar a la configuración de la justa causa al tenor de lo establecido en el numeral 10 de literal a del art 62 de C.S.T relativa a la sistemática inejecución de las obligaciones convencionales o legales por parte del trabajador.

(...)

Asimismo, el retraso injustificado en la asignación de docentes asesores a los grupos de investigación y el reiterado cambio de los mismos ha expuesto a la institución a múltiples quejas y reclamos que tienen un alto riesgo de convertirse en acciones judiciales en perjuicio de la Universidad.

Sus descargos lejos de aclarar su incumplimiento confirman su falta al constatar en dicha diligencia que usted no cuenta con los mecanismos de control regular e idóneos para verificar el estado y efectivo desarrollo de los proyectos de investigación liderados por los estudiantes del programa." (Subrayas fuera del texto])

Pues bien, a efectos de probar la justeza del despido la parte demandada solicitó decretar y practicar el testimonio de Paola Munar Salgado, Piedad Rodríguez Ramírez y Juan Camilo Urazán Chinchilla, no obstante, solo se practicó el último como quiera que la interesada desistió de los dos restantes.

El testigo Juan Camilo manifestó que se vinculó a la demandada como docente de planta en el año 2016 y en junio de 2014 fue ascendido a Decano de la Facultad de Educación en Ciencias Humanas y Sociales, desde allí debió asumir el rol de líder de investigaciones en psicología en lo relacionado con las sustentaciones de los proyectos de grado e incluso con trabajos de investigación propios como docente, también eventualmente hacía parte de los Concejos de Programa y Consejos de Facultad desde donde pudo evidenciar que eran reiterativas las solicitudes y quejas del programa que coordinaba la demandante en las que, entre otras, manifestaban que no contestaba los correos, no eran asignados asesores o que eran cambiados, situación que llevó a que se tuvieran que adelantar reuniones exclusivas para atender estos asuntos en las cuales estuvo presente la accionante, quien daba las explicaciones, sin embargo, se cuestionaba la falta de respuesta oportuna a los estudiantes de su parte, que hacía que los casos escalaran hasta el Concejo.

Recordó los casos de los estudiantes Giselle Barajas, quien lo abordó pidiéndole auxilio para verificar su asunto, en el que pudo constatar que la

alumna perdió la asignatura de investigación tres veces, siendo su asesora la demandante, quien no le contestaba los correos y de hacerlo era con evasivas y en la cuarta oportunidad la situación por causa imputables a la actora iba por el mismo camino.

También rememoró los casos de Luisa Fernanda Gil y Katerin Gámez, quienes presentaron un requerimiento ante el Ministerio de Educación donde señalaban particularmente que la demandante no les brindó asesoría y exigió resultados sin seguimiento alguno. Igualmente, el referente a la estudiante de intercambio Vanesa Sánchez. Anotó que en los tres primeros casos la universidad tuvo que adelantar un plan de acompañamiento e incluso permitir que la materia se cursara sin ser pagada o pagada de manera individual para apoyar a las estudiantes.

El deponente refirió que la rotación de docentes es baja, no supera el 5% y que en momentos de renuncia de algún docente, es la coordinadora quien debe notificar para que la universidad proceda a conseguir otro, además, *"tiene que hacer un monitoreo constante frente a lo que están haciendo los docentes investigadores"* a través de los formatos GIVI en el cual profesores asesores y alumnos al inicio del semestre definían el plan de asesorías, las fechas en que se reunirían, las entregas y la coordinación debe hacer el seguimiento y verificar el cumplimiento. Mencionó que los procesos de investigación están parametrizados e incluso gozan de certificación ISO 9001. Sostuvo que en la actualidad no todos los casos respecto de los cuales se elevaron quejas ante la falta de gestión de la accionante se encuentran cerrados.

Finalmente, acotó no haber participado en el proceso disciplinario seguido a la demandante, sólo sabe cuáles de los casos que en los Consejos se trataron le fueron imputados a la demandante para terminar el contrato, pero aseguró que le constaba que el director del programa se remitió directamente a la rectora de la universidad a solicitarle su intervención inmediata ante la reiteración de quejas.

A solicitud de la parte accionante fueron escuchados los testimonios de Sara Margarita Segura Dueñas y Diana Steffi Gutiérrez Galvis. La primera estuvo vinculada a la demandada desde febrero de 2015 hasta diciembre del 2018, manifestó que ostentó el mismo cargo que la demandante – Coordinadora de Investigaciones - y que el conocimiento que tiene de la terminación el contrato proviene de lo que esta le contó después de haber salido de una reunión del programa.

Relató que las funciones asignadas al cargo que desempeñaban estaban estipuladas en acuerdos internos, que no recibieron capacitaciones y básicamente tenían que *"atender a los estudiantes y teníamos profesores a cargo nuestros profesores de investigación tenían clases de investigación y tenían proyectos de investigación ambos y los estudiantes que nosotros atendíamos básicamente eran todos los del programa porque en algún momento llegaban a esas materias bien sea de investigaciones o bien sea los proyectos de investigación."*. Además *"el coordinador tenía que tener claro cuáles eran los proyectos de investigación esos se llevaban en una carpeta en unos formatos y tenía que hacer todo lo posible o todo lo que estuviera en sus manos para que esos proyectos se llevaran al mejor termino posible, entonces tenía la asignación de los docentes y si los docentes faltaban tenía que hacer todo lo posible para conseguir un cambio de docente, un cambio de proyecto digamos que toda la parte administrativa que va detrás de ello y en algunos casos dependiendo del área de expertis de cada uno de nosotros podía ser de tutor de proyecto o no"* .

Aludió que al llegar las quejas debían solucionar el asunto a menos que se tratara de tutelas u otro tipo de solicitudes que debían ser escaladas, que la rotación del personal no era responsabilidad del coordinador, máxime porque investigación se veía en cuatro semestres y en dos años algunos profesores pueden renunciar o moverse a otras áreas.

La deponente Diana Steffi Gutiérrez Galvis adujo que fue Vicerrectora de investigaciones de la demandada, seleccionó a la actora dentro de su equipo como Coordinadora de Investigaciones por

aproximadamente 3 o 4 años, por lo que era su subalterna. Contó que trabajaba de forma remota desde Estados Unidos en el año 2018 - 25 de enero al 4 de octubre - Reconoció que estuvo incapacitada en enero, febrero y marzo, ejerció sus funciones y luego se designó como Vicerrector encargado al *"Doctor Collazos"*, pero aseguró que ella dirigía el trabajo desde allá y que la incapacidad le fue cancelada. Adujo que conoció del proceso disciplinario y del despido directamente por la accionante, pues la universidad no le comunicó, ni le consultó.

Narró que todas las quejas o circunstancias que se presentaban en la coordinación debían ser puestas en conocimiento de la Vicerrectoría y había unos tiempos establecidos de respuesta a los interrogantes, pero para despedir a la demandada no fue consultada y se *"expusieron unos casos que no habían sido conocidos por la vicerrectoría ni claramente no se había realizado el debido proceso, unas quejas de tiempos que no eran en permanencia de Luisa como que estuviera contratada o que estuviera allí presente, entonces esas quejas no se llevaron no llevaron el debido proceso que está establecido por la universidad para darle respuesta a los estudiantes"*. Reseñó que el Coordinador de Investigaciones tiene funciones administrativas *"encargados de liderar el grupo de investigación, de coordinar la producción investigativa de los docentes a cargo, de hacer la integración de la investigación con el programa al cual están asociados, de llevar toda la parte administrativa de los proyectos fin carrera de los estudiantes, del programa que representan y adicionalmente tenían una función de docencia"*.

Describió que en el formato Givi -10 los estudiantes legalizan su proyecto de investigación ante la Vicerrectoría y diligencian formatos con el nombre de los asesores. Allí de común acuerdo el profesor y el estudiante establecen sus reuniones *"el coordinador debe estar vigilando que los formatos se llenen de manera adecuada puesto que en ese momento nosotros teníamos la certificación ISO de los procesos de investigación, pero el responsable directo es el tutor del proyecto y el estudiante mismo que tiene la capacidad para hacer cumplimiento de ese cronograma que no lo llamamos cronograma, sino era el horario que habían dispuesto para hacer*

sus asesorías y sus encuentros, pero el responsable directo y el proceso como esta descrito es el tutor y el estudiante". El formato Givi se entrega a la Vicerrectoría al finalizar el semestre y solo al completar el estudiante los cuatro niveles.

Aseguró que las reclamaciones que los alumnos radicaban a través de "*aulanet*" se remitían a la Vicerrectoría y *"no iban al coordinador como tal, sino a la vicerrectoría de investigaciones, y estos eran vigiladas por el área de control de la Universidad porque allí nos median si nosotros estábamos contestando las quejas y reclamos durante los días establecidos por la Universidad que no eran más de 8 días hábiles".* Algunas peticiones podían llegar directamente al correo de la demandante, pero eran sencillas, como la disponibilidad de un docente, el trámite en el que estuviera la revisión de un documento por parte del tutor o del coordinador cuando revisaba las normas APA, sin que estuvieran sujetas a quejas formales. Finalmente, que interpuso acción de tutela en contra de la universidad para obtener el pago de la licencia de maternidad.

Obra en el expediente diligencia de descargos adiada del 17 de abril de 2018 (f.° 30 a 36), en la que se relacionan como inconsistencias en el desarrollo de las funciones consistentes en que los estudiantes no cuentan con asesor de investigaciones fijo y en algunos casos han sido cambiados hasta ocho veces; demora en los paz y salvos y generación de reprocesos – estudiante Camila Badillo- y no asignación de asesor de investigaciones. Admitió, que dentro de sus funciones están las de *"Coordinar el trabajo de los docentes relacionado con la investigación en el aula", "Participar en la elaboración, establecimiento y control de los procesos y procedimientos de investigación", "Revisar y evaluar informes de gestión y avances de investigación realizados por los docentes investigadores", Mantener una base de datos actualizada con la información personal y de labores de los docentes investigadores a su cargo".*

Allí se le pusieron de presente los casos de los alumnos Sara Bernate Holguín, Vanessa Sánchez Gutiérrez, Andrea Stefanía Flórez Forero, Lizetth Lerma Bedoya y Laura Camila Suarez, frente a lo cual explicó que

como hay más de 400 estudiantes no se realiza revisión periódica, sino puntual de los grupos de presentarse alguna solicitud. Que el cambio de docente asesor se hace por renuncia del anterior y esa es una circunstancia que no depende de ella. Refirió que para para verificar que los docentes asesores se contacten de forma oportuna con los estudiantes para iniciar o continuar los proyectos, las acciones que se toman son: *"GIVI-FM-010 (allí reposa el nombre, correo y teléfono del estudiante) y los correos electrónicos donde se comunican con los estudiantes los docentes donde me envían copia"*.

En ese horizonte, se advierte que la demandada terminó el contrato de trabajo debido a que la promotora del juicio desde su cargo como Coordinadora de Investigaciones de Psicología no realizó un adecuado control y seguimiento de los grupos de investigación, así como la labor de los docentes investigadores, lo que generó que varios estudiantes elevaran quejas y solicitudes ante la demora en la asignación de asesor o su cambió constante. Es decir, que el despido no se dio por casos en particular, los cuales alega fueron solucionados, sino por un cúmulo de situaciones que incluso superaron las enunciadas en la citación a descargos y los abordados en la diligencia correspondiente, tal como lo relató el testigo Juan Camilo Urazan Chinchilla, quien como Decano de la Facultad de Ciencias Humanas dijo haber participado de reuniones del Concejo de facultad y el de programa en las cuales se trataron de forma reiterativa quejas que involucraban la gestión de la demandante respecto de asuntos que esta no había solucionado y por ello escalaron a ese nivel.

Ahora, la demandante al absolver interrogatorio de parte confesó que en el formato GIVI-FM-010 se hace el seguimiento a los estudiantes cuando van a las asesorías, se empieza a diligenciar al inicio del semestre, en el queda registrada cada asesoría, lo que se hace y la fecha del siguiente encuentro. Confesó que este formato se pedía al *"final de semestre en eso se registra la nota y esa nota yo las digitaba como nota o aprueba o no aprueba los estudiantes"*. Describió que para saber si los docentes cumplían, existía el aula a través de los cuales los estudiantes podían dirigirse directamente a ella si se les presentaba algún problema;

además el último jueves de cada mes hacía reuniones con los docentes investigadores en los que se tocaba cada uno de los casos reportados.

Lo confesado por la accionante coincide con sus manifestaciones en la diligencia de descargos, en donde indicó que revisaba el formulario referido para verificar que los docentes cumplieran con las asesorías a los estudiantes y que estos le eran entregados semestralmente (f.° 30 a 36).

Ahora, la testigo Sara Margarita Segura Dueñas quien también se desempeñó como Coordinadora de Investigación aseguró que dentro de las funciones del cargo estaban las de *"hacer todo lo posible o todo lo que estuviera en sus manos"* para que los proyectos de investigación se llevaran al mejor término posible y, para ello, debían ejercer control a través de unos formatos. La declarante Diana Steffy Gutiérrez Galvis, Vicerrectora y jefe en alguna época de la accionante expuso que el coordinador debe vigilar que los formatos se llenen de manera adecuada a efectos de mantener la certificación ISO.

Quiere decir lo anterior, que el control de un proceso que requería continua supervisión y acompañamiento para evitar que los estudiantes se vieran avocados a circunstancias que impidieran o retardaran el cumplimiento de sus objetivos académicos y que se mantuviera la certificación, no fue realizado por la accionante permanentemente, sino al finalizar el periodo académico. Con todo, solo se analizaban en comité los casos en los cuales los estudiantes manifestaban inconformidad, por lo que se evidencia, tal como argumentó la universidad al terminar el contrato, que la accionante incumplió con sus obligaciones contractuales.

Puestas las cosas de esta manera es claro que la demandada cumplió con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable en materia laboral en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, pues acreditó que la demandante en su calidad de Coordinadora de Investigación no realizó y evaluó informes de gestión, así como los avances de investigación con la frecuencia debida para ejercer el control que correspondía a su cargo, por

lo que no es procedente revocar la decisión de primera instancia. Máxime cuando en la apelación no se discute la configuración de los hechos que llevaron a que los estudiantes elevaran quejas que evidenciaron la falta de gestión de la accionante.

2. Del debido Proceso

En el asunto bajo examen, la universidad dispuso en el artículo 92 del Reglamento Interno de Trabajo el procedimiento interno disciplinario para aplicar sanciones, sin que fuere extensible para efectos del despido. Con todo, la demandada citó a la señora Luisa Fernanda a diligencia de descargos, le corrió traslado de las pruebas, escuchó su versión de los hechos y recibió los elementos de convicción que aportó, no obstante, decidió poner fin al contrato de trabajo, con lo cual se evidencia que no se configuró vulneración alguna al derecho al debido proceso, pues este proceder se aviene a lo previsto en el artículo 29 de la Constitución Nacional.

Ahora bien, aunque la testigo Diana Steffi Gutiérrez indicó que ella en calidad de Vicerrectora no tuvo conocimiento de las quejas elevadas, su dicho no resulta determinante, dado que admitió que en el año 2018 solamente recibió el pago de salarios y estuvo vinculada para los meses de enero a marzo y el despido de la accionante se produjo en el mes de abril de esa anualidad. Además, no resulta claro si la deponente cumplió o no con sus funciones, pues al parecer estuvo incapacitada y disfrutó de licencia de maternidad, sin que se encuentren determinados los periodos en que ello sucedió. Igualmente, la deponente señaló que residía en Estados Unidos y la citación a descargos, así como el despido le fue informado por la actora, no por la universidad.

3. De la comisión de la falta por primera vez

Se discute en la apelación que a la actora nunca le fue realizado llamado de atención previo al despido, sin embargo, ello no es óbice para revocar la decisión de primera instancia, dado que el Reglamento Interno

de Trabajo en el artículo 83 (f.° 155), dispone la terminación del contrato por la comisión de una falta grave *"así sea por primera vez"*. En consecuencia, este argumento no conduce a revocar la decisión de primera instancia.

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

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 Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 4 de julio de 2019.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada IJ-2018-00386.01

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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 012 2019 00464 01
DEMANDANTE: JOSÉ LUIS ROSERO RIASCO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron la parte demandante y las demandadas AFP Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 29 de junio de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad e ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A., en efecto, que se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media. En consecuencia, ordene el traslado de los aportes efectuados a la cuenta individual, más sus rendimientos. Se disponga a Colpensiones reconocer la pensión de vejez al amparo de la Ley 100 de 1993, junto con los intereses moratorios y la indexación correspondiente. Asimismo, a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 22 de abril de 1958 y cotizó al Instituto del Seguro Social desde el 16 de octubre de 1984 hasta el 31 de mayo de 1994. En junio de 1994 se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. Adujo que el fondo privado no le suministró información sobre las características, ventajas, desventajas de cada régimen, tampoco sobre la manera como se liquidaban los beneficios pensionales. Refirió que de conformidad con proyecciones pensionales la prestación de vejez en el RAIS será de $1'264.400, entre tanto, en prima media ascendería a $2.802.400. Finalmente, que las demandadas negaron la solicitud de traslado (f. ° 1 a 9 y 136 a 146 de la reforma de la demanda).

Al dar respuesta a la demanda, **Colpensiones** se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos aceptó el natalicio del demandante y también la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó no constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción y caducidad, la inexistencia del derecho y de la obligación, la no configuración del derecho al pago de intereses ni indemnización moratoria, el cobro de lo no debido, la buena fe y las demás declarables de oficio (f.° 71 a 77 y 150).

Por su parte, **Porvenir S.A.** se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, manifestó no ser ciertos, no constarle o no ser hechos. Con el fin de enervar las pretensiones, planteó las excepciones de prescripción, la buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las declarables oficiosamente. (f.° 107 a 129 y 149).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 29 de junio de 2021 declaró la ineficacia en sentido estricto de la afiliación y cotización del demandante celebrada con la AFP Porvenir S.A. el 5 de mayo de 1994 y formulario No. 062676. Condenó a la AFP a la a devolver el saldo de la cuenta individual constituido por aportes y rendimientos. A Colpensiones a aceptar el traslado, recibir los recursos, sin reconocer al demandante como beneficiario del régimen de transición.

Absolvió a las demandadas de las demás súplicas. Declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas y se abstuvo de condenar en costas. (f. °152 y 153).

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

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las partes interpusieron recurso de apelación.

El **demandante** argumentó que es procedente reconocer la pensión de vejez, los intereses moratorios y la indexación correspondiente, pues fue un asunto debatido en juicio y Colpensiones tuvo la oportunidad de contradecir las pruebas y aportar medios de convicción. De otro lado, señaló que el actor aporta a pensiones, para evitar afectar su mínimo vital, no porque no quiera acceder a la pensión.

La AFP **Porvenir S.A.** suplicó revocar la sentencia pues demostró que el accionante suscribió el formulario de forma voluntaria y como consumidor financiero. Sostuvo que la información que se otorgó al demandante estuvo acorde con las exigencias legales de la época.

A su turno, **Colpensiones** imploró revocar la decisión de primera instancia, dado que el actor actuó de manera libre y voluntaria al escoger el régimen, pues firmó el formulario y permaneció por más de 20 años. Además, conforme al interrogatorio de parte, es dable concluir que la AFP cumplió con el deber de informar al demandante las características del sistema pensional conforme a las previsiones legales de la época.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1° 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 4° 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 albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no

informado (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y SL3050-2021).

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

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020, STL3200-2020 y SL3050-2021. También la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la copia de cédula de ciudadanía que el promotor del juicio nació el 22 de abril de 1958, por lo que para el 1° de abril de 1994 contaba con 35 años. Ahora no es posible establecer el número de semanas cotizadas a Colpensiones como quiera que no allegó historia laboral y el reporte traído por Colpensiones está en blanco con la anotación *"sin registro histórico"* (f. ° 12 y 83 CD expediente administrativo). Así las cosas, el actor no demostró ser beneficiario del régimen de transición en razón a la edad o el número de semanas cotizadas.

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 5 de mayo de 1994, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f. ° 39 y 130). Asimismo, no es posible verificar la fecha de efectividad debido a que no se aportó el reporte de asofondos.

Al absolver el interrogatorio de parte, el demandante señaló que en el año 1994 en que fueron creados los fondos privados se indicaba en los medio de comunicación que el Instituto de Seguros Sociales no era un buen sistema. Precisó que en su lugar de trabajo fue visitado en 1995, por un asesor del fondo privado quien realizó una reunión, pero no recuerda nada de la información que le brindó dolo que le indicaros que lo mejor era trasladarse. Confesó que recibe extractos y que se acercó hace algunos años a la AFP para averiguar sobre su pensión y se encontró con que sería de un salario mínimo después de más de 25 años de trabajo.

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

Suprema de Justicia, haber brindado al demandante al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

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

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

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros 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.° 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por lo anterior, la Sala adicionará el fallo analizado, en el sentido de condenar a la AFP Porvenir a trasladar al Colpensiones debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliado a dicho fondos privado.

Resulta importante señalar sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema

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

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

(I) Del recurso de apelación de la parte demandante

El artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, contempla como requisitos para acceder a la pensión de vejez en lo que interesa al proceso, que el afiliado hombre haya alcanzado los 62 años y acredite cotizaciones por un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. Precisa la norma que a partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementaría en 50 y a partir del 1°. de enero de 2006 ascenderá en 25 cada año hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015.

En esa perspectiva, una vez realizadas las validaciones correspondientes, se determina que el accionante alcanzó los 62 años de edad el 22 de abril de 2020 (f.° 12), no obstante, no es posible determinar el número de semanas cotizadas al sistema general de pensiones, pues como ya se indicó, el demandante no allegó historia laboral o certificados de información laboral correspondiente a los servicios prestados con anterioridad al traslado al RAIS, el reporte allegado por Colpensiones tiene la observación *"sin registro histórico"* (f.° 83 CD expediente administrativo) y no es posible tener como semanas cotizada a prima media las informadas por la AFP Porvenir S.A en la historia laboral consolidada visible a folio 32, pues este es apenas un dato de referencia tomado de la

liquidación provisional de bono pensional y no representa en manera alguna la información definitiva de historia laboral. Máxime porque es imposible pasar por alto que Colpensiones indica en su reporte que el actor no ha cotizado a esa entidad. Así las cosas, no es posible entrar a validar si tiene o no derecho a la pensión de vejez en los términos previstos en la ley de seguridad social.

En tal virtud, es claro que la parte accionante incumplió con el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, pues no demostró los supuestos en que fundó las pretensiones relacionadas con la pensión de vejez, dado que aunque alega que el actor cumple con el requisito de semanas cotizadas no lo acreditó en juicio.

Bajo este panorama no es procedente revocar la sentencia de primera instancia en la forma anhelada por la parte demandante, pero por las razones expuestas en precedencia. Con todo, a fin de evitar la declaración de cosa juzgada futura, se tiene que en el presente asunto no se analizó de fondo el derecho del accionante de acceder a la pensión de vejez el que deberá ser atendido y validado por Colpensiones una vez sean trasladados los recursos de la cuenta individual más los rendimientos y gastos de administración.

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 punto segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 29 de junio de 2021, en el sentido de condenar a la AFP Porvenir a trasladar al Colpensiones debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliado a dicho fondo privado.

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

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada aclaración de voto

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JOSE LUIS ROSERO RIASCOS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICADO: 11001 31 05 12 2019 00464 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS

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

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

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 014 2018 00544 01
DEMANDANTE: LUZ MERY CESPEDES ALAPE
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 19 de febrero de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Se advierte que este proceso ha pasado al suscrito Magistrado por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de una armonía y concordancia entre la conclusión derivada de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutiva. 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 resolutiva. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutiva"* (CSJ SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021).

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

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

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A., que la actora se encuentra válidamente afiliada a prima media. En consecuencia, condenar a la Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual. A Colpensiones a activar la afiliación y actualizar la historia laboral. Asimismo, a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita,* más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 10 de mayo de 1961 y se afilió al Instituto de Seguro Social desde el 10 de diciembre de 1987, en la que cotizó 639 semanas. En el año 2002 se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A.. Adujo que el fondo privado no la ilustró sobre las características, implicaciones, ventajas y desventajas de cada régimen. Finalmente, que solicitó a las demandadas anular el traslado, pero fue negada (f.° 58 a 82).

Al dar respuesta a la demanda, **AFP Porvenir S.A.** rechazó las suplicas. En cuanto a los hechos, admitió únicamente el natalicio de la actora, la solicitud elevada a la AFP y su respuesta. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, la falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, la buena fe, la prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, el enriquecimiento sin causa y las demás declarables oficiosamente (f.° 136 a 144).

Al contestar **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora, las semanas cotizadas, la data de afiliación al Instituto de Seguro Social, también la reclamación administrativa y su respuesta. Respecto de los demás, manifestó no constarle. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones inexistencia de la obligación, la excepción de error de

derecho no vicia el consentimiento, la buena fe, la prescripción y las demás declarables oficiosamente (f.° 162 a 176).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 19 de febrero de 2021, declaró ineficaz el acto del traslado del Porvenir S.A., que ningún efecto jurídico surtió, por tanto, siempre estuvo afiliada a Colpensiones. Condenó a la AFP a trasladar el saldo total de la cuenta individual con los rendimientos financieros y a pagar las costas del proceso. Declaró no probadas las excepciones (f.° 244).

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

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

La **AFP Porvenir S.A.** suplica la revocatoria de la sentencia pues la manifestación de voluntad de afiliarse al RAIS se materializó con la suscripción del formulario de vinculación y se ratificó con la permanencia más las cotizaciones efectuadas. Sostuvo que la accionante omitió su deber de solicitar el traslado dentro de los términos previstos en la ley. Refirió que la doble asesoría nació a la vida jurídica con posterioridad a la vinculación de la afiliada al fondo privado. De otro lado, solicitó revocar la sentencia en cuanto ordenó la devolución de los gastos de administración, ya que no financian la pensión, están destinados a cubrir la gestión de la

administradora, el pago de los seguros previsionales y su remisión constituiría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones.

Colpensiones imploró revocar la sentencia al argumentar que la demandante se trasladó de forma libre y voluntaria, sin que se haya demostrado la configuración de algún vicio del consentimiento. Alegó que el traslado vulnera la sostenibilidad financiera del fondo común.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Colegiatura determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al 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 1° 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 4° 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 albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y SL3050-2021).

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

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020, STL3200-2020 y SL3050-2021. También la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la

AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la copia de la cédula de ciudadanía y la historia laboral que la promotora del juicio nació el 10 de mayo 1961, por lo que para el 1° de abril de 1994 contaba con 32 años y había cotizado 331,39 semanas a Colpensiones (f.° 3 y 148). Así las cosas, la actora no demostró ser 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 18 de abril de 2002, así se colige del formulario de afiliación a Porvenir S.A. (f.° 99). El que se hizo efectivo a partir del 1° de junio de 2002 de conformidad con el reporte de Asofondos de folio 100.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que una asesora se presentó en su lugar de trabajo le ofreció trasladarse de régimen para obtener una mejor mesada. Aseguró que firmó de manera voluntaria y libre de coacción, un documento con el único fin de obtener el reporte de semanas cotizadas en Colpensiones, pero no con la intención de cambiarse. Refirió que la promotora le ofreció volver dentro de los 5 días siguientes para entregarle la información de prima media y posteriormente proceder con la vinculación al RAIS, sin regresar, dándose cuenta a los dos

meses a través del desprendible de nómina que los aportes se empezaron a hacer con destino a Porvenir.

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 una mesada pensional mayor, no es propio de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

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

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 que rememoró la SL del 8

sep. 2008, radicado n.° 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 Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 19 de febrero de 2021, en el sentido de condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente indexadas las sumas de dinero que hubiese descontado por conceptos de gastos de administración mientras la demandante estuvo vinculada a dicho fondo.

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

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

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

ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: LUZ MERY CESPEDES ALAPE
DEMANDADO: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 11001 31 05 014 2018 00544 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga

probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado.

Teniendo en cuenta ese precedente jurisprudencial contenido en las sentencias de tutela y que hace relación, entre otras, a las sentencias del párrafo anterior, se presentó a la sala por este despacho la ponencia el 27 de mayo de 2021 con decisión igual sobre el tema de ineficacia a la que se emite en el fallo de hoy 30 de septiembre 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 resolutiva 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 resolutiva 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 resolutiva 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 voto[1]*.*

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 septiembre 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.

---

[1] En otros países de lengua hispana se habla genéricamente de votos particulares, los cuales pueden ser concurrentes (para las aclaraciones) o discrepantes (para los salvamentos).
[2] Sentencia T-345 de 2014, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

En ese orden de ideas, se reitera que la decisión emitida en la presente sentencia es idéntica a la presentada en la ponencia de 27 de mayo de 2021 sustentada en las sentencias de tutela que han dejado sin efectos sentencias del Tribunal por apartarse del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre la ineficacia del traslado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN:	110013105 012 2018 00619 01
DEMANDANTE:	LUZ ELENA AMADO BAENA
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 septiembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandada AFP Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., 22 de abril 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 resolutiva. 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 resolutiva. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutiva"* (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 la AFP Porvenir S.A. el 20 de octubre de 2000. En consecuencia, condenar a Colpensiones a aceptar y recibir a la actora como afiliada cotizante. Se condene a Porvenir S.A. devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con los frutos e intereses, más los rendimientos que hubiere causado. Finalmente, las facultades *ultra y extra petita,* más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 29 de mayo de 1960 y se trasladó el 1° de febrero de 1999 al régimen de ahorro individual. Adujo que el asesor de la AFP le ofreció el beneficio de pensionarse a más temprana edad, un monto de pensión más alto, que el Seguro Social iba a ser liquidado y que sus aportes estaban en riesgo. Señaló que el asesor no le presento información suficiente, clara y concisa frente a las características del fondo que le permitiera tomar la mejor decisión pensional. Finalmente, realizó reclamación administrativa, la cual fue negada. (f.° 2 a 26).

Al dar respuesta **Colpensiones** se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó el natalicio de la actora, el reclamó administrativo y su respuesta. Señaló que no le constaban o no eran ciertos los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción y caducidad, la inexistencia del derecho y de la obligación, el cobro de lo no debido, la buena fe y las declarables de oficio (f. ° 81 a 87).

Al contestar la **AFP Porvenir S.A.,** también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, manifestó no ser ciertos o no constarle. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de prescripción, la buena fe, la inexistencia de la obligación y las demás declarables oficiosamente (f.° 162 - 198).

Mediante auto de fecha 15 de octubre de 2019 se vinculó como litisconsorte necesario a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. (f.° 120)

Al dar respuesta, la AFP **Protección S.A.** rechazó las súplicas. Frente a los hechos, aceptó la data de nacimiento. Señaló no constarle o no ser ciertos los demás. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, la buena fe, la prescripción, el aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, la inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y las declarables de oficio (f.° 213 Expediente Digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 22 de abril de 2021, declaró la ineficacia en sentido estricto de la relación jurídica de afiliación y de cotización celebrado en su momento con la AFP Davivir, hoy Protección S.A. el 11 de diciembre de 1998 y la subsiguiente con la AFP Porvenir el 30 de septiembre de 2003. En consecuencia, condenó a Porvenir S.A la devolución a Colpensiones de los saldos, rendimientos y gastos de administración, sin reconocimiento al régimen de transición al no tener derecho sobre el particular. Absolvió a las demandadas de las demás suplicas. Declaró no probadas las excepciones formuladas. Se abstuvo de imponer costas. (f. ° 216 y 217).

Como sustento de su decisión, señaló que la firma del formulario no tiene una ratificación frente al acto jurídico que se declara ineficaz y también de plano la ineficacia de la relación jurídica de afiliación con los fondos y que no se cumplió con la carga de la prueba por parte de Porvenir.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la **AFP Porvenir S.A.** apeló la decisión de primera instancia, para lo cual manifestó que no se le puede endilgar el incumplimiento del deber de información. Además, que no procede la devolución de los gastos dado que se generan respecto a la prima de seguros que se cubrió que fue establecido por la ley y que en el efecto de la ineficacia conllevaría que el acto jurídico no hubiese existido y no podría llevarse a cabo la devolución de rendimientos financieros en este aspecto.

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 1° 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 4° 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 albedrio 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 29 de mayo de 1960, por lo que para el 1° de abril de 1994 contaba con 33 años y cotizó 713,86 semanas a Colpensiones (f.° 28 y 114 CD Expediente Administrativo). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y la densidad de cotizaciones.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 17 de diciembre de 1998 , así se colige del formulario de afiliación a la AFP Davivir, hoy Protección (f. °213 Expediente Digital). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a ING del 1° de febrero de 1999 al 31 de octubre de 2003 y a partir del 7 de octubre de 2003 en adelante a Porvenir S.A (f. °213 Expediente Digital).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que el asesor se acercó a su lugar de trabajo y le dijo que tendría una mejor pensión, no iba a tener ninguna restricción o limitación, si no se pensionaba podía retirar los aportes en cualquier momento y podría quedar a los beneficiarios si moría. Confesó que firmó el formulario de manera voluntaria. Precisó que el motivo para pasarse a Colpensiones es por el monto de la pensión. Adujo que se trasladó a Porvenir porque un

asesor fue a su oficina y le ofreció una mejor pensión ya que el fondo era más sólido económicamente.

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

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

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

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019,

SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.° 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por consiguiente, la sentencia analizada se confirmará 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 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 del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia analizada en el sentido de 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.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia apelada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada aclaración de voto
012-2018-00619.01.

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

ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LUZ ELENA AMADO BAENA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO
RADICACIÓN: 11001 31 05 012 2018 00619 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 julio de 2021 con decisión igual sobre el tema de ineficacia a la que se emite en el fallo de hoy 30 de septiembre 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 resolutiva 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 resolutiva 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 resolutiva 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 voto[1]*.*

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 julio de 2021 se postergó hasta el 30 de septiembre 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 julio de 2021.

---

[1] En otros países de lengua hispana se habla genéricamente de votos particulares, los cuales pueden ser concurrentes (para las aclaraciones) o discrepantes (para los salvamentos).
[2] Sentencia T-345 de 2014, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

En ese orden de ideas, se reitera que la decisión emitida en la presente sentencia es idéntica a la presentada en la ponencia de 29 de julio de 2021 sustentada en las sentencias de tutela que han dejado sin efectos sentencias del Tribunal por apartarse del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre la ineficacia del traslado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 011 2019 00029 01
DEMANDANTE: JAIRO VESGA LADRÓN DE GUEVARA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y

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

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Colfondos S.A.,. Old Mutual S.A., Protección S.A., Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de mayo 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 resolutiva. 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 resolutiva. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutiva"* (CSJ SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021).

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

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

aplicable al caso. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia." (sentencia T-214- 2012).

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad o invalidez del acta o formulario de afiliación al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos S.A. En consecuencia, se condene a Old Mutual devolver a Colpensiones los aportes los aportes realizados. Finalmente, las facultades *ultra y extra petita,* más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 23 de julio de 1958 y se afilió al régimen de prima media el 21 de abril de 1982. Adujo que se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos S.A. en mayo de 1994. Señaló que el promotor del fondo le aseguró que su pensión sería superior, que el Seguro Social se iba a acabar, que era mejor cambiarse en el momento o perdería los aportes. Indicó no le suministro información previa a la afiliación sobre la manera de cómo se liquidaría la pensión, ni los requisitos que debía cumplir en el fondo, tampoco las ventajas y desventajas del mismo. Finalmente, que reclamó la nulidad, lo cual fue negado (f.° Expediente Digital)

Al dar respuesta, **Colpensiones** se opuso al éxito de las pretensiones. Respecto de los hechos, admitió el natalicio del actor, la afiliación al régimen de prima media y la reclamación administrativa. Manifestó no constarle los demás. En su defensa, propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, la inexistencia del derecho para represar al régimen de prima media con prestación definida, la prescripción, la caducidad, la inexistencia de causal de nulidad, el saneamiento de la nulidad alegada, la no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y las demás declarables oficiosamente (f.° 101 a 131 Expediente Digital)

Al contestar la AFP Old Mutual, hoy **Skandia S.A.** también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la solicitud con su respuesta. Indicó no constarle los restantes. Con el fin de enervar las pretensiones, planteó las excepciones de Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de regímenes, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, la ausencia de configuración de causales de nulidad, la inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación régimen de ahorro individual, la ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, la prescripción, la buena fe y las declarables de oficio (f.° 165 a 183 Expediente Digital).

Al dar respuesta, la AFP **Colfondos S.A.** se allanó a la totalidad de las pretensiones (f.° 237 Expediente Digital).

Mediante acta de audiencia de 2 de octubre de 2020 se ordena vincular de manera oficiosa como litisconsortes necesarios a las AFP Horizonte, hoy **Porvenir S.A.** y a la AFP **Protección S.A.** (f.° Expediente Digital).

Al contestar la AFP **Protección S.A.** rechazó las súplicas. Respecto de los hechos, refirió no constarle. Con el fin de enervar las pretensiones, planteó las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, la buena fe, la prescripción, el aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, la inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, el reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, el traslado de la totalidad de los aportes a Colfondos y las demás declaradas de oficio (f.° Expediente Digital).

Por su parte, la AFP **Porvenir S.A.** se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó el natalicio del demandante. Señaló no constarle los restantes. Con el fin de enervar las pretensiones, planteó las excepciones de prescripción, la prescripción de la acción de nulidad, el cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y la buena fe (f.° Expediente Digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 26 de mayo de 2021 declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual administrado por Colfondos S.A. En consecuencia, condenó a Old Mutual S.A. trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses, y rendimientos. Ordenó a Protección S.A., Provenir S.A., Colfondos S.A. y Old Mutual S.A. reintegrar a Colpensiones, de su propio patrimonio y debidamente indexados, los deterioros sufridos por los recursos administrados al actor, incluidos los gastos de administración, a prorrata del tiempo en que el actor permaneció afiliado a cada uno de esos fondos. A Colpensiones que acepte al actor, reactive su afiliación y corrija su historia laboral conforme a los dineros trasladados. Declaró no probadas las excepciones propuestas y se abstuvo de condenar en costas a las demandadas. (f.° Expediente Digital).

Como sustento de su decisión, señaló que Colfondos S.A. no probó el cumplimiento del deber de información, además que aceptó dicha omisión. Lo cual no puede ser convalidado por la parte actora por todo el tiempo que ha pertenecido en el RAIS ni por la movilidad que ha tenido dentro del régimen.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas interponen recursos de apelación.

La AFP **Colfondos S.A.** interpuso recurso de apelación respecto a la devolución por gastos de administración de manera indexada, teniendo en cuenta que los descuentos se hacen conforme a lo consagrado en la ley. Adujo que estos tienen unas destinaciones específicas como lo es la póliza de seguro de invalidez y sobrevivencia. Indicó que al momento del traslado horizontal procedió a trasladar todo lo que se encontraba en la cuenta de ahorro individual, por lo que no debe al demandante.

La AFP **Old Mutual S.A** señaló que el demandante recibió instrucción por parte de las administradoras respecto del funcionamiento del régimen, por lo que no existe un vicio en el consentimiento. Frente a los gastos de administración, indicó que se descontaron por mandato legal para generar rendimientos y el pago del seguro previsional.

A su turno, **Colpensiones** señaló que no se demostró la existencia de algún vicio en el consentimiento. Además, que el demandante realizó 4 traslados en el RAIS, lo que refleja estar a gusto con el mismo. Señaló que el demandante conocía las condiciones del régimen y no se evidencia que se le haya causado algún perjuicio. En caso se no acogerse a los argumentos expuestos solicita que se condicione el cumplimiento de la sentencia del retorno de la totalidad de los aportes debidamente indexados.

Por su parte, la **AFP Protección S.A.**, precisó que existen actos de relacionamiento que convalidan el conocimiento sobre las características y funcionamientos del régimen. Además, que el demandante conoce las características del régimen de ahorro individual. Frente a los gastos de administración indexados, indicó que se genera un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones, por recibir una comisión que no va destinada a financiar la pensión de vejez.

Finalmente, la **AFP Porvenir S.A.** apeló la condena de devolver los gastos de administración, pues son sumas con una destinación especifica por mandato legal la cual fue cumplida plenamente y fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley, por lo que no se encentran en poder de la representada, por consiguiente, resulta improcedente.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1° 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 4° 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 albedrio 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 el promotor del juicio nació el 23 de julio de 1958, por lo que para el 1° de abril de 1994 contaba con 35 años y cotizó 429,14 semanas a Colpensiones, así se observa en la historia laboral allegada por el demandante (f. 18 y 29 Expediente Digital). Así las cosas, el actor no es beneficiario del régimen de transición en razón a la edad y la densidad de cotizaciones. 32 196

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 20 de abril de 1994, conforme el reporte emitido por Asofondos allegado mediante contestación de la AFP Porvenir S.A. Además, es posible verificar que el actor estuvo afiliado al fondo privado Colfondos S.A. del 1° de mayo de 1994 al 31 de mayo de 1995; a Protección S.A. del 1° de junio de 1995 al 31 de octubre de 2002; a Horizonte S.A. del 1° de noviembre de 1997 al 31 de octubre de 1999; a partir del 27 de julio de 2017 en adelante al fondo Skandia S.A. (f.°196 formulario de afiliación y Expediente Digital).

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante señaló que mientras laboraba en Old Mutual le hicieron una reunión a toda la empresa, donde las personas de Colfondos les informaron que el seguro social se iba a acabar o liquidar entonces que debían pasarse a un fondo, específicamente Colfondos. Adujo que se trasladó a Protección porque cambió de empresa, lo cual también ocurrió cuando se afilió a Horizonte. En el año 2003 lo visitó un asesor de Skandia y le dijo que si hacia aportes voluntarios van a bajar la retención en la fuente, pero que no recibió información adicional. Confesó que si recibía extractos y firmó los formularios. Además, que trabajó para Colfondos en 1997 por dos meses, por lo que iba a empresas a decirles a las personan con grandes ingresos que se afiliaran al fondo voluntario, para bajar un poco su retención en la fuente, en la capacitación le dijeron en que consistía hacer las afiliaciones,

cuanto era el máximo que podían ahorrar para bajar la retención en la fuente. Señaló que no conocía la diferencia de un fondo con otro y que solo hacia lo que las compañías le decían que se afiliara.

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

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

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

Por tanto, la AFP Old Mutual hoy Skandia S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración debidamente indexados a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-

2018, que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.° 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por lo anterior, la Sala confirmará el fallo analizado.

Se precisa que no es posible eximir de responsabilidad a las AFP Protección S.A., AFP Porvenir S.A., y AFP Colfondos 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 también se confirmará en este aspecto.

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

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada

TERCERO: Sin COSTAS en la consulta 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 aclaración de voto

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

ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JAIRO VESGA LADRON DE GUEVARA
DEMANDADO: COLPENSIONES, PORVENIR S.A Y OLD MUTUAL S.A.
RADICACIÓN: 11001 31 05 011 2019 00029 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 31 de agosto de 2021 con decisión igual sobre el tema de ineficacia a la que se emite en el fallo de hoy 30 de septiembre 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 resolutiva 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 resolutiva 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 resolutiva 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 voto[1]*.*

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 31 de agosto de 2021 se postergó hasta el 30 de septiembre 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 31 de agosto de 2021.

---

[1] En otros países de lengua hispana se habla genéricamente de votos particulares, los cuales pueden ser concurrentes (para las aclaraciones) o discrepantes (para los salvamentos).
[2] Sentencia T-345 de 2014, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

En ese orden de ideas, se reitera que la decisión emitida en la presente sentencia es idéntica a la presentada en la ponencia de 31 de agosto de 2021 sustentada en las sentencias de tutela que han dejado sin efectos sentencias del Tribunal por apartarse del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre la ineficacia del traslado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 10 2019 00131 01
DEMANDANTE: WALTER ARCHILA FLOREZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

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

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Protección S.A., AFP Porvenir S.A. y AFP Skandia S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 13 de abril 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 resolutiva. 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 resolutiva. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutiva"* (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 y traslado de régimen a través de Colpatria hoy Porvenir el 9 de agosto de 1994. En consecuencia, se condene a Old Mutual a trasladar a Colpensiones los aportes que se encuentren en la cuneta de ahorro junto con los rendimientos e intereses. A Colpensiones a recibir e incluir en la historia laboral las semanas que fueron cotizadas en el régimen de ahorro individual. Finalmente, las facultades *ultra y extra petita.*

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 13 de junio de 1962 y el 3 de noviembre de 1982 se afilió al Seguro Social. Adujo que en el segundo semestre de 1994 varios asesores de la AFP Colpatria la visitaron a la empresa donde laboraba y le indicaron que el ISS se iba acabar, que podría pensionarse antes de cumplir la edad y podría heredar el dinero ahorrado, por lo que se trasladó de régimen. Indicó que en septiembre de 1995 se cambió a la AFP Colmena hoy Protección S.A., en abril de 2001 a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. y en noviembre de 2006 a la AFP Skandia hoy Old Mutual. Precisó que ninguna de las AFP cumplió con el deber de información. Finalmente, que solicitó la nulidad de traslado lo cual fue negado. (f.° 79 a 81).

Al contestar **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó las fechas de nacimiento de la demandante y la afiliación al Seguro Social. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de prescripción, caducidad, inexistencia de la obligación, falta de causa y título para pedir y las demás declarables oficiosamente. (f.° 94 a 99).

Por su parte, la AFP **Protección S.A.**, se opuso a las pretensiones. Respecto de los hechos, aceptó la data de nacimiento de la demandante, la afiliación al régimen de ahorro individual y el traslado horizontal. En cuanto a los demás, manifestó no ser ciertos o no constarle su ocurrencia. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de validez de la

afiliación al Rais con Colmena y Davivir, prescripción de la acción para demandar la nulidad de la afiliación, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho y las demás declarables de oficio. (f. ° 161 a 168).

Al dar respuesta a la demanda, la AFP **Old Mutual S.A. hoy Skandia S.A.** se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de afiliación y la respuesta a la reclamación. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al Rais, ausencia de falta al deber de asesoría e información, supuestos del proceso diferentes al contexto de la sentencias invocadas, prescripción, buena fe y las demás oficiosamente declarables. (f.° 182 a 192).

Finalmente, la AFP **Porvenir S.A.** también se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, manifestó no ser ciertos o no constarle. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa, inexistencia de la obligación y buena fe. (f °. 223 a 247).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 13 de abril de 2021, declaró la ineficacia de la vinculación del demandante a la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. realizada el 9 de agosto de 1994. En consecuencia, ordenó a Colpensiones a recibir y restablecer la afiliación en el régimen de prima media. Dispuso a la AFP Skandia S.A. a hacer entrega de todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, frutos, intereses, rendimientos y gastos de administración indexados. A las AFP Porvenir S.A. y AFP Protección S.A a hacer la devolución de los gastos de administración debidamente indexado. Declaró no probadas las

excepciones propuestas y ordenó a la AFP Porvenir S.A. pagar las costas del proceso (f.° 258 y 259).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP Porvenir S.A. no probó el cumplimiento del deber de información, dado que la suscripción del formulario de afiliación no es prueba suficiente, dado que ello acredita únicamente un consentimiento, más no el suministro de información clara y precisa del cambio de régimen. Además, la reasesoría o el traslado horizontal no implican una ratificación de permanencia en el régimen de ahorro individual. Finalmente, señaló que no existió ninguna confesión del interrogatorio de parte.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas AFP Porvenir S.A., AFP Protección S.A. y AFP Skandia S.A. interpusieron recursos de apelación.

La AFP **Porvenir S.A.** imploró revocar la totalidad de la sentencia, dado que con los traslados horizontales existe una ratificación de permanencia en el régimen de ahorro individual. Además, que del interrogatorio de parte se verifica que conocía las características del régimen de prima media. Por otro lado, indicó que no procede la devolución de los gastos de administración como quiera que no existe mala fe del fondo y efectuarlo conlleva a un enriquecimiento sin causa en favor del demandante. Finalmente, la condena en costas.

A su turno, la AFP **Protección S.A.** suplicó revocar la decisión de primera instancia, pues la devolución de los gastos de administración resulta improcedente dado que se utilizaron en debida forma y tienen un fundamento legal. Además, recibir los rendimientos y los gastos de administración genera un enriquecimiento sin justa causa.

Finalmente, la AFP **Skandia S.A.** adujo que los gastos de administración son una obligación legal, por lo que de no haberse efectuado tampoco tendría rendimientos financieros. Máxime que los rendimientos son suficientes para satisfacer una mesada 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 también procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

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

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *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 1° 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 4° 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 albedrio 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 el promotor del juicio nació el 13 de junio de 1962, por lo que al 1° de abril de 1994 contaba con 31 años y 444,22 semanas cotizadas a Colpensiones (f.° 2 y 3). Así las cosas, el actor no es beneficiario del régimen de transición en razón a la edad y número de semanas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 9 de agosto de 1994, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colpatria S.A. (f.° 250). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que el actor estuvo afiliado a Horizonte desde el 1° de diciembre de 1994 al 30 de septiembre de 1995; en Colmena desde el 1° de octubre de 1995 al 31 de mayo de 2001; en Horizonte nuevamente desde el 1° de junio de 2001 hasta el 31 de diciembre de 2006 y a partir del 1° de enero de 2006 en adelante a la AFP Old Mutual hoy Skandia S.A. (f.° 249).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que mientras trabajaba en una compañía unos asesores autorizados de Colpatria le dijeron que el Seguro Social se iba a acabar y ofrecieron mayores beneficios como que la pensión podría ser heredada. Adujo que el cambio entre AFP obedeció al cambio de gerente en la compañía. Confesó que suscribió los formularios de afiliación de manera voluntaria, que tuvo una reunión con un asesor de Skandía y que recibió los extractos financieros.

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

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

Conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte, ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen por 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 Skandia S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración debidamente indexados a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.° 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por consiguiente, la sentencia analizada se confirmará en este punto.

Se precisa que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Porvenir S.A. y 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 confirmará en este punto.

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

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

Finalmente, estima la Sala que no hay lugar a absolver a la AFP Porvenir S.A. de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, la administradora resultó derrotada, pues además de declararse la ineficacia del traslado, esta Corporación le dispuso a la AFP devolver los gastos de administración que descontó al demandante mientras estuvo afiliado a este fondo.

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR 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.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia apelada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada aclaración de voto
10-2019.00131.01.

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

ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: WALTER ARCHILA FLOREZ
DEMANDADO: COLPENSIONES, PORVENIR S.A Y OLD MUTUAL S.A.
RADICACIÓN: 11001 31 05 010 2019 00131 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 31 de agosto de 2021 con decisión igual sobre el tema de ineficacia a la que se emite en el fallo de hoy 30 de septiembre 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 resolutiva 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 resolutiva 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 resolutiva 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 voto[1]*.*

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 31 de agosto de 2021 se postergó hasta el 30 de septiembre 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 31 de agosto de 2021.

---

[1] En otros países de lengua hispana se habla genéricamente de votos particulares, los cuales pueden ser concurrentes (para las aclaraciones) o discrepantes (para los salvamentos).
[2] Sentencia T-345 de 2014, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

En ese orden de ideas, se reitera que la decisión emitida en la presente sentencia es idéntica a la presentada en la ponencia de 31 de agosto de 2021 sustentada en las sentencias de tutela que han dejado sin efectos sentencias del Tribunal por apartarse del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre la ineficacia del traslado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 008 2019 00409 01
DEMANDANTE: HUGO EDUARDO BERMUDEZ NIÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 18 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 resolutiva. 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 resolutiva. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutiva"* (CSJ SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021).

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

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

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la anulación por ineficacia al régimen de ahorro individual a través de la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A. En consecuencia, se ordene el traslado y afiliación a Colpensiones. A la AFP Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración y asumir con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión. Se disponga a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que se afilió a la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal el 1° de noviembre de 1984 y al Instituto de Seguros Sociales el 28 de diciembre de 1990. Se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A. el 26 de noviembre de 1999. Adujo que el promotor del fondo se limitó a llenar el formulario sin brindarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respeto de las características de cada régimen y las, consecuencias e implicaciones que cada uno tenía en su futuro pensional.

Refirió que la AFP le realizó proyección pensional según la cual la mesada pensional en el fondo privado sería de $828.116. De conformidad con cálculo al que accedió de manera particular en Colpensiones la prestación ascendería $2.090.734. Finalmente, que reclamó ante las administradoras la nulidad del traslado de régimen, pero fueron negadas (f. ° 2 a 36).

Al dar respuesta, **Colpensiones** se opuso al éxito de las pretensiones. Respecto de los hechos, admitió únicamente la afiliación a Cajanal y al Instituto de Seguro Social. Manifestó no constarle los demás. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, la inexistencia del derecho y de la obligación, la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f. ° 252 a 260)

Al contestar, la AFP **Porvenir S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la afiliación al fondo, la solicitud que le presentó el accionante y su respuesta. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. Con el fin de enervar las pretensiones, planteó las excepciones de prescripción, la buena fe, inexistencia de la obligación, el cobro de lo no debido y las declarables oficiosamente. (f. °274 a 299).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 18 de marzo de 2021 declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual administrado por Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A. del 26 de noviembre de 1999. En consecuencia, condenó a Colpensiones admitir el traslado, A la AFP a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses. Se dispone a Colpensiones a aceptar todos los valores que devuelva Porvenir y efectuar los ajustes en la historia pensional. Se abstuvo de imponer costas. (f.° 320 y 321).

Como sustento de su decisión, señaló que el deber de información no se debe acreditar únicamente respecto de los beneficiarios del régimen de transición o quienes contaran con expectativa legitima. Señaló que el acto de afiliación debe ser la expresión de la voluntad acompañada del consentimiento informado el que no resultó probado en este proceso.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

La AFP **Porvenir S.A.** suplicó revocar la decisión de primera instancia, pues demostró que brindó al accionante asesoría verbal clara y

completa que le llevó a suscribir el formulario de afiliación, único requisito que imponía la ley al momento del traslado. Sostuvo que la inconformidad en el monto de la pensión no es motivo para anular el cambio de régimen, además el afiliado se encuentra incurso en una prohibición legal. Finalmente, que no es procedente ordenar la devolución de gastos de administración indexados, dado que los mismos no integran el capital necesario para acceder a la pensión, fueron descontados por disposición legal, sirvieron para mantener cubierta al accionante de los riesgos de invalidez y muerte y porque se genera un perjuicio para la AFP y un enriquecimiento sin causa respecto de Colpensiones.

A su turno, **Colpensiones** imploró revocar la sentencia apelada, al argumentar que el accionante suscribió el formulario de afiliación por lo que su traslado a ahorro individual es válido ya que este era el único documento que para la época exigía la ley. Solicitó adicionar la sentencia y ordenar la devolución de gastos destinados a cubrir la garantía de pensión mínima y el porcentaje destinado al seguros previsionales.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1° 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 4° 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 albedrio 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, el certificado expedido por la Contraloría General de la República y la copia de cédula de ciudadanía que el promotor del juicio nació el 31 de mayo de 1956, por lo que para el 1° de abril de 1994 contaba con 37 años y cotizó 396.86 semanas a Cajanal y Colpensiones (f. ° 82, 48 y 311 CD expediente administrativo). Así las cosas, el actor no es beneficiario del régimen de transición en razón a la edad y la densidad de cotizaciones.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 24 de noviembre de 1997, así se observa en reporte de Asofondos incluido en comunicación del 4 de abril de 2019 (f. 73 y 74), dado que los demás formularios aportados a folio 62 y 315 no corresponden al traslado inicial. Asimismo, que estuvo afiliado a la AFP

Horizonte del 1° de enero de 1998 al 30 de septiembre de 2009; a ING del 1° de octubre de 2009 al 30 de diciembre de 2012; a Protección del 31 de diciembre de 2012 al 30 de abril de 2013; a Horizonte del 1° de mayo de 2013 al 31 de diciembre de 2013; a partir del 1° de enero de 2014 en adelante a la AFP Porvenir S.A. (f. ° 80 y 81).

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante señaló que se vinculó laboralmente a través de una bolsa de empleo que manejaba a la AFP Horizonte como fondo de pensiones. Confesó que no fue presionado a firmar, pero si le indicaron de manera directa que era a ese fondo al que debía vincularse, refirió que en el trámite no intervino ningún promotor de la AFP, por ello, nunca estuvo consciente que cambiaba de régimen.

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

Conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte, ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que en el presente caso ni siquiera intervino asesor de la AFP, por lo que es evidente que el accionante no recibió 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), máxime como en

este caso, ni siquiera fue aportado el formulario con el cual se tramitó el traslado inicial.

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

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.° 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Conviene señalar que los gastos de administración comprenden todas las sumas que la AFP haya descontado con destino a cubrir los seguros previsionales, razón para no adicionar la sentencia.

Se precisa que aunque el accionante estuvo afiliado a la AFP Protección, no es posible impartir condena alguna en su contra como quiera que no fue convocada al juicio.

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

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

dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.BB

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 18 de marzo de 2021, en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

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

ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: HUGO EDUARDO BERMUDEZ NIÑO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO
RADICACIÓN: 11001 31 05 008 2019 00409 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 julio de 2021 con decisión igual sobre el tema de ineficacia a la que se emite en el fallo de hoy 30 de septiembre 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 resolutiva 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 resolutiva 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 resolutiva 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 voto[1]*.*

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 julio de 2021 se postergó hasta el 30 de septiembre 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 julio de 2021.

---

[1] En otros países de lengua hispana se habla genéricamente de votos particulares, los cuales pueden ser concurrentes (para las aclaraciones) o discrepantes (para los salvamentos).
[2] Sentencia T-345 de 2014, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

En ese orden de ideas, se reitera que la decisión emitida en la presente sentencia es idéntica a la presentada en la ponencia de 29 de julio de 2021 sustentada en las sentencias de tutela que han dejado sin efectos sentencias del Tribunal por apartarse del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre la ineficacia del traslado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada