



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 009 2019 00502 01
DEMANDANTE: MARTHA LILIANA SALAMANCA BARRERA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A Y
COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Protección S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., 11 de marzo de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

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

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

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

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

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

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colmena, hoy Protección S.A. realizado el 5 de septiembre de 1994 por no haberse respetado el tiempo mínimo de permanencia previsto en la Ley 100 de 1993. Subsidiariamente, se declare la nulidad del cambio por haber omitido la AFP su deber de información. En consecuencia, ordenar a Colfondos S.A. trasladar los aportes, rendimientos, semanas cotizadas y gastos de administración como si nunca se hubiese surtido el traslado. Disponer a Colpensiones aceptar el traslado. Asimismo, a las demandadas a reconocer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 27 de septiembre de 1965 y se afilió al Instituto de Seguro Social en 1988. El 5 de septiembre de 1994 se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colmena, hoy Protección S.A., luego se vinculó a Colfondos. Adujo que no recibió asesoría ni información clara, completa y oportuna por parte de las administradoras, al momento de traslado, ni durante la vigencia de la afiliación sobre las características de cada régimen sus ventajas y desventajas y las implicaciones que el cambio tendría en su futuro pensional de acuerdo a sus circunstancias personales. Expuso que Colfondos S.A. realizó proyección pensional según el cual la mesada pensional en el RAIS sería de \$1'437.987, entre tanto, en prima media ascendería a \$6'108.907. Finalmente, que le fue negada la solicitud de anulación de traslado (f.º 55 a 95).

Al dar respuesta **Colpensiones** se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó el natalicio de la actora, la afiliación al Instituto de Seguro Social, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó no constarle o no ser ciertos los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, la improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de

régimen, la inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005), la inexistencia de la obligación de afiliación, la excepción error de derecho no vicia el consentimiento, la buena fe, la prescripción la presunción de legalidad de los actos jurídicos y las declarables de oficio (f.º 116 a 136).

Al dar respuesta, la AFP **Protección S.A.** rechazó las súplicas. Frente a los hechos, la afiliación al fondo y la solicitud con su respuesta. Señaló no constarle o no ser ciertos los demás. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de validez de la afiliación a protección, la buena fe, la inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, la prescripción y las declarables oficiosamente (f.º 152 a 160).

Por su parte, la **AFP Colfondos S.A.**, se allanó a las pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió la afiliación y la proyección pensional. Frente a los restantes, manifestó no constarle su ocurrencia. (f.º 178 a 180).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 11 de marzo de 2021, declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual a través de Protección S.A. realizado por la accionante el 5 de septiembre de 1994. En consecuencia, condenó a Protección S.A y Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima. Dispuso a Colpensiones recibir de los fondos todos los valores y actualizar la historia laboral de la demandante. Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a la AFP Protección S.A. (f.º 287 a 289).

Como sustento de su decisión, señaló que Protección no probó que al momento del traslado indicó a la actora las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes, así como las consecuencias del traslado. Consideró que no basta con la inscripción

preimpresa que registra el formulario de vinculación suscrito por la demandante. En consecuencia, en aplicación de la Jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia al no existir certeza que la promotora contó con elementos que le permitieran tomar la decisión de manera informada procede declarar la ineficacia del traslado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

Colpensiones, suplicó revocar la decisión pues el traslado entre regímenes solamente es posible en los términos previstos en la ley y tan solo pueden regresar fuera de ellos quienes demuestren ser beneficiarios del régimen de transición. Sostuvo que el deber de información solo puede ser analizado a la luz de las prerrogativas vigentes para el momento en que se dio el cambio de régimen de la actora y no es dable en consecuencia exigir requisitos aduanales a la suscripción del formulario. De otro lado sostuvo que la accionante ha estado vinculada por espacio superior a 20 años periodo en el cual realizó actos de relacionamiento con los cuales exteriorizó su voluntad inequívoca de permanecer en el RAIS.

Por su parte, la **AFP Protección S.A.** imploró revocar la condena relacionada con la devolución de los gastos de administración, pues en la actualidad no maneja dineros pertenecientes a la accionada porque se trasladó a Colfondos. En todo caso, las sumas fueron descontadas por mandato legal, cubrieron a gestión de la AFP que produjo rendimientos; la mantuvo asegurada para los siniestros de invalidez y muerte.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, es también

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del régimen de ahorro*

individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”

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

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

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la

existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 27 de septiembre de 1965, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 28 años y cotizó 28,41 semanas a Colpensiones (f.º 3 y 110). 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 5 de septiembre de 1994, así se colige del formulario de afiliación a la AFP Protección S.A. (f.º9). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Protección S.A. del 1º de octubre de 1994 al 30 de abril de 1996 y a partir del 21 de marzo de 1996 en adelante a Colfondos (f.º 10, 12 y 145).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que para la época del traslado a su lugar de trabajo asistieron promotores Protección que informaron que el Instituto de Seguro Social estaba en crisis, entre tanto, el fondo tenía gran respaldo por pertenecer al Grupo Comercial Antioqueño, las solicitudes de pensión serían más eficientes y que no se generaría ningún perjuicio. Luego, pasaron puesto por puesto para que se firmara el formulario. Posteriormente, cambió de empleador y en el área de Recursos Humanos había un asesor de Colfondos que le indicó que le haría el trámite del bono pensional, por esta razón se trasladó, pero no le brindó información adicional. Confesó que quiere retornar a prima media, porque la expectativa de pensión en el fondo privado es muy inferior a su salario.

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 o la referencia que el ISS estaba en crisis, 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 Colfondos S.A. a la cual se encuentra actualmente afiliada deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por consiguiente, la sentencia analizada se 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 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.

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: PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., 11 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 de la demandante en montos no

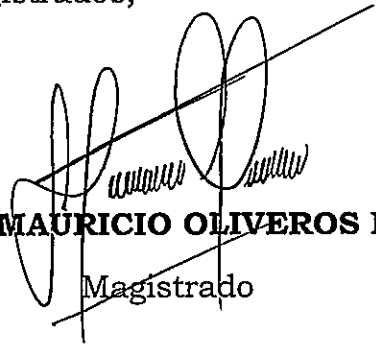
previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada *abstención de voto*

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



ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARTHA LILIANA SALAMANCA BARRERA

DEMANDADO: COLPENSIONES, Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 009 2019 00502 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 28 de septiembre de 2021 con decisión igual sobre el tema de ineficacia a la que se emite en el fallo de hoy 29 de octubre de 2021, esto es, confirmando la sentencia de primera instancia.

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

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

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

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

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

“Encuentra la Sala de Revisión que este aspecto depende directamente de que el número mínimo de Magistrados requeridos expresen su voluntad de respaldar la totalidad de las decisiones contenidas en la parte resolutive de tal decisión. Es aquí cuando, frente a las posibles situaciones que pudieran presentarse, aparecen las figuras que en la práctica judicial colombiana se han denominado como aclaración y salvamento de voto¹.

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

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

En el presente caso, pese a que no existía disidencia sobre la decisión, que valga reiterar es respecto de la cual se genera el salvamento de voto, la decisión presentada en la ponencia de 28 de septiembre de 2021 se postergó hasta el 29 de octubre 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 28 de septiembre 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 28 de septiembre 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 06 2018 00199 01.
DEMANDANTE: MARÍA SUSANA MONTOYA BETANCUR
DEMANDADO: FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 1° de diciembre de 2020. Igualmente, se analizará la decisión en grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare que la demandada está obligada al pago de la sustitución de la pensión causada y no disfrutada por Julio Enrique Duque Gómez. En consecuencia, se condene a indexar la primera mesada de la pensión restringida de jubilación sobre el correcto valor promedio mensual pensional a partir del 1° de julio de 2001, a pagar las diferencias pensionales resultantes entre la mesada recibida y la que se determine en el proceso. Asimismo, a reconocer los demás derechos en virtud de las facultades *ultra* y *extra petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que Julio Enrique Duque Gómez prestó sus servicios a los Ferrocarriles Nacionales de Colombia en

calidad de trabajador oficial desde el 14 de julio de 1980 hasta el 29 de diciembre de 1991; devengó como último salario promedio de liquidación la suma de \$159.079,92, el vínculo finalizó por decisión unilateral de la demandada. Refirió que le fue reconocida sustitución pensional *pos mortem* mediante Resolución n.º 2352 del 26 de noviembre de 2003, pero al liquidarla no se tomó en consideración el promedio de lo devengado en el último año de servicio por el causante. La demandada le negó la indexación de la primera mesada (f.º 3 a 15).

Al dar respuesta, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la prestación del servicio del causante y su deceso, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la accionante, también que negó la indexación de la primera mesada. Manifestó no ser ciertos los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, la buena fe, la falta de título o causa para demandar y las demás declarables de oficio (f.º 61 a 66).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 1º de diciembre de 2020, condenó a la demandada a reconocer y pagar a la demandante \$13.856.725 por concepto de diferencia pensional generada a partir del reconocimiento de la pensión el 1º de julio de 2001. Declaró probada la excepción de prescripción de las diferencias causadas hasta el 10 de abril de 2015. Condenó a la demandada apagar las costas del proceso (f.º 96).

Como sustento de su decisión, señaló que la indexación procede respecto de todas las pensiones sin importar su naturaleza, en el asunto bajo examen transcurrió un tiempo considerable entre el momento en que finalizó el contrato de trabajo del causante y la fecha en que se causó la pensión de sobrevivientes, por lo que debe ser ajustada la prestación, para el efecto, tomó en consideración como salario promedio del último año \$159.079,92.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandada interpuso recurso de apelación al argumentar que se ordenó la indexación de la primera mesada pensional, pero de conformidad con el escrito de demanda lo que se pretendía era la reliquidación de la pensión. De otro lado, sostuvo que la condena en costas resulta excesiva.

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 Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia entidad de la cual es garante la Nación, es también procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si la demandante tiene derecho a que la pensión de sobrevivientes que disfruta sea reliquidada con el salario promedio del último año que devengó su compañero Julio Enrique Duque Gómez, debidamente indexado.

1. De la reliquidación de la pensión.

Se encuentra demostrado que mediante Resolución n.º 2352 del 26 de noviembre de 2003 la demandada dispuso reconocer pensión proporcional de jubilación al causante Julio Enrique Duque Gómez y transmitirla como pensión de sobrevivientes en un 50% a la demandante en calidad de compañera supérstite, así como en un 50% a los hijos menores, a partir del 1º de julio de 2001 en cuantía inicial de \$286.000, al amparo de la Ley 171 de 1961, Decreto 1848 de 1969 y Ley 12 de 1975 (f.º36 a 41).

Resulta oportuno indicar que si bien la H. Corte Suprema de Justicia había señalado que la liquidación de la pensión prevista en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 debía realizarse teniendo en cuenta la totalidad de factores devengados por el beneficiario en el año inmediatamente anterior a su retiro del servicio, lo cierto es que dicha postura fue modificada al menos por tres decisiones posteriores, como lo son la Radicado n.º 62723 de 23 de septiembre de 2015, la Radicado n.º 61023 de 27 de enero de 2016 y la Radicado n.º 52399 de 17 de febrero de 2016, en las que ha puntualizado que la prestación debe ser liquidada con los factores previstos en el artículo 1º de la ley 62 de 1985, esto es, la asignación básica; los gastos de representación; las primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; los dominicales y feriados; las horas extras; la bonificación por servicios prestados y el trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

En consecuencia, para el efecto se tendrán en cuenta el sueldo básico, la prima de antigüedad, el trabajo realizado en dominicales y festivos y horas extras, que la entidad tomó en consideración para proferir la Resolución n.º 1905 del 7 de julio de 1995, mediante la cual reliquidó las cesantías definitivas al causante (f.º 23 a 28), lo que arroja como salario promedio del último año de servicios la suma de \$101.804,10, esto es, una suma incluso inferior a la determinada por la entidad al otorgar la pensión de sobrevivientes que ascendió a \$146.885,95 (f.º 36 a 41). En consecuencia, no hay lugar a reliquidar la pensión de la accionante.

Concepto	Primer semestre	Segundo semestre	Subtotal
Salario básico	436.212,26	441.025,92	877.238,18
Dominicales y festivos	24.903,03	181.713,34	206.616,37
horas extras	20.266,41	115.798,60	136.065,01
Prima Antigüedad		11.910,00	11.910,00
Total devengado Ultimo año	481.381,70	750.447,86	1.231.829,56
Promedio Mensual	\$1.231.829,56/363 X 30		101.804,10

Resulta pertinente indicar que no es procedente tomar en consideración la totalidad del salario promedio con el que la entidad reliquidó las cesantías al causante de \$159.079,92, pues, este incluye a

además de los factores previstos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, conceptos como primas de servicio, “*Vacaciones Eventualidad*” y “*Bonificación por Vacaciones*”.

Igualmente, porque aunque el causante no alcanzó a cumplir 60 años -edad prevista en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 para acceder a la pensión sanción- este requisito fue suplido con su deceso acaecido el 1º de julio de 2001, que generó para sus beneficiarios la causación del derecho a sustituir la prestación a que este hubiera tenido derecho, según quedó consignado en Resolución n.º 2352 del 26 de noviembre de 2003 (f.º 36 a 41).

2. De la indexación de la primera mesada pensional.

Frente al punto, recuerda la Sala que la indexación de la primera mesada pensional se fundamenta en preceptos constitucionales orientados a mantener el poder adquisitivo de la pensión, para proteger el derecho al mínimo vital de las personas de la tercera edad y garantizar que los pensionados reciban una prestación acorde al esfuerzo realizado en su etapa productiva, por tanto, esa prerrogativa opera para todas las pensiones, sin importar si son de naturaleza legal o convencional y, tampoco si se causaron o no en vigencia de la Constitución Política de 1991. Así lo tiene sentado, la H. Corte Constitucional (sentencias SU-1073 de 2012 y SU-131 de 2013) y la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (SL 736 -2013).

Claro lo anterior, en el asunto bajo examen, se encuentra demostrado que el causante prestó servicios a Ferrocarriles Nacionales de Colombia oficial desde 14 de julio de 1980 hasta el 29 de diciembre de 1991 y el derecho a la pensión se causó el 1º de julio de 2001, data en la que acaeció su deceso (f.º 36). Circunstancias, que permiten concluir que entre el retiro del trabajador y el reconocimiento de la pensión medió espacio de tiempo en el que el dinero sufrió pérdida de valor adquisitivo por lo que procede la indexación de la primera medada.

Realizadas las validaciones correspondientes, la Colegiatura determinó que al actualizar el último salario promedio ya establecido por el causante conforme a lo dispuesto en el artículo 1º de la ley 62 de 1985, de \$101.804,10 y actualizarlo a la fecha en que se causó el derecho arroja la suma de \$575.825,26. Entonces, atendiendo a que el causante prestó sus servicios por espacio de 4.079 días, la tasa de reemplazo a aplicar al salario promedio es de 42.49%, que arroja como mesada inicial para julio de 2001 \$244.668,15, es decir, una suma inferior al salario mínimo fijado para esa anualidad de \$286.000, suma en que la demandada reconoció a los beneficiarios la pensión, según se puede leer en Resolución n. 2352 del 26 de noviembre de 2003 (f.º 36 a 41).

Cálculo Último Año de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1991	363	7,650	43,27	5,656	\$ 101.804,10	\$ 575.825,26	\$ 6.967.485,63
Total días	363	Total devengado actualizado a:				2001	\$ 6.967.485,63
Total semanas	51,86	Ingreso Base Liquidación					\$ 575.825,26
Total Años	1,00	Porcentaje aplicado					42,49%
						Primera mesada	\$ 244.668,15
						Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2001	\$ 286.000,00

Bajo este panorama, es claro que no hay lugar a modificar la pensión que disfruta la accionante ni por vía de reliquidación o por indexación de la primera mesada pensional, por lo que la sentencia de primera instancia será revocada.

De conformidad con las consideraciones expuestas, surtido el grado de consulta y analizados los argumentos de apelación, la Sala revoca la sentencia apelada y, en su lugar, absuelve a la entidad demandada.

Sin costas en la consulta y la apelación ante su no causación. Las de primera instancia estarán a cargo de la parte demandante.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 1º de diciembre de 2020, para en su lugar, absolver a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra.

SEGUNDO: Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta y en la apelación ante su no causación. Las de primera instancia estarán a cargo de la parte accionante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 038 2019 00360 01
DEMANDANTE: JORGE ARTURO SUAREZ GONZÁLEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 24 de junio de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

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

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

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

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

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual a través de Porvenir

S.A. en enero de 2002. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes obligatorios realizados por los empleadores. A Colpensiones a aceptar el traslado. Finalmente, se condene a las demandadas las facultades *ultra y extra petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 30 de noviembre de 1963 y se trasladó en enero de 2002 a la AFP Porvenir S.A., sin asesoría alguna, pues no se le indicaron las consecuencias, ventajas y desventajas que generaba el cambio de régimen de pensión. Indicó que un asesor del fondo le informó que el Instituto de Seguro Social iba a desaparecer. Manifestó que ha tratado por todos los medios que se mantenga su afiliación en el régimen de prima media pero que el fondo no se la permitido.

Al contestar la AFP **Porvenir S.A.**, se opuso a las pretensiones. Respecto de los hechos, aceptó el natalicio del actor y la afiliación al fondo. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de falta de prescripción, la prescripción de la acción de nulidad, el cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y la buena fe (f.º 88 a 104 Expediente Digital).

Por su parte, **Colpensiones** también 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 constarle o no ser ciertos los demás. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, la excepción error de derecho no vicia el consentimiento, la buena fe, la prescripción, la imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, la no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, la solicitud de condena en costas al demandante y las demás declarables oficiosamente (f.º 157 a 171 Expediente Digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 24 de junio de 2021, absolvió a la Administradora Colombiana de Fondos de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., de todas de las pretensiones formuladas en la demanda. Se relevó del estudio de las excepciones e impuso costas a la parte demandante.

Como sustento de su decisión, señaló que la afiliación en régimen de ahorro individual fue una decisión acertada en ese momento histórico que favorecía los intereses del accionante en materia de cobertura de riesgos de invalidez y muerte, pues en ambos sistemas es equivalente los términos de cobertura y tratándose de la pensión de vejez es conveniente estar en el régimen de ahorro individual. En consecuencia, no se puede calificar como precedida de un error de hecho la determinación adoptada por el accionante de afiliarse al régimen de ahorro individual, por lo que las suplicas de la demanda carecen de vocación.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme **el demandante** interpuso recurso de apelación en el que imploró revocar la sentencia, dado que no basta la firma de un formulario o preforma para estar debidamente informado. Enfatizó que la carga de la prueba recae sobre los fondos de pensiones. Adujo que del interrogatorio de parte se verifica la falta de información respecto a los parámetros del sistema de ahorro individual con solidaridad, los beneficios y desventajas del mismo. Señaló que la AFP Porvenir S.A. no demostró el deber de información y se configuró un vicio del consentimiento establecido en el artículo 1502 del Código Civil y en la ley 57 de 1887.

IV. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

V. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que el promotor del juicio nació el 30 de noviembre de 1963, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 30 años y 269,13 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 30 Expediente Digital y Expediente Administrativo). 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 8 de noviembre de 1994, conforme al reporte emitido por Asofondos. Asimismo, es posible verificar que el actor estuvo afiliado a Porvenir del 1º de diciembre de 1994 al 31 de marzo de 1999; a Colmena

del 1º de abril de 1999 al 30 de abril de 2000; a Horizonte del 1º de mayo de 2000 al 31 de diciembre de 2013; a partir del 1º de enero de 2014 en adelante a Porvenir S.A (f.º 108 Expediente Digital).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que en una reunión de la empresa se les indicó que el Seguro Social se iba a acabar, por lo que no tendrían pensión. Confesó que firmó el formulario, porque no quería quedar desprotegido. Preciso que no le hablaron de las características o beneficios de trasladarse con Porvenir.

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 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.

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

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. 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.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado.

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

De conformidad con las consideraciones expuestas, esta Colegiatura revoca la decisión de primera instancia, para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora. Igualmente, se declara que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

Sin costas en la apelación

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 24 de junio de 2021, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado realizado por el demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

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

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

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

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

SÉPTIMO: Sin COSTAS en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada *solamente de voto.*
38-2019-00360-01.

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



SALVAMENTO DE VOTO

DEMANDANTE: JORGE ARTURO SUAREZ GONZALEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN 11001 31 05 038 2019 00360 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

A continuación, se expresan las razones por las cuales se presenta salvamento de voto:

En primer lugar, la ponencia que se presentó a la Sala el 28 de septiembre de 2021, no revocaba la decisión de primera instancia, sino que por el contrario se confirmó dado que se consideró que los fondos de pensiones si cumplieron con la obligación de suministrar información a la demandante.

En la ponencia se expuso que “los actos de relacionamiento del demandante con el sistema de seguridad social en pensiones a través de los diferentes fondos a los que se afilió, al igual que los aportes realizados al Rais durante más de 20 años permiten señalar que no hay lugar a declarar la ineficacia del traslado y, en consecuencia, se considera que en el presente caso hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia que absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra. Además de lo anterior, se tiene por probado que la AFP Protección, por invitación que hiciera el ejecutivo de cuenta y antes de que le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad de pensión, le realizó a la actora una reasesoría pensional en la que se le hizo saber que una vez elaborado el cálculo correspondiente, se concluía que económicamente no le convenía quedarse en ese fondo, tal y como se aprecia en la instrumental que corre a los folios 264, donde por demás declaró que la información recibida junto con los cálculos de su pensión habían sido totalmente claros”.

Aunado a que la decisión de trasladarse no fue por la falta de información que dé lugar a la ineficacia o inexistencia o nulidad del acto administrativo.

Así las cosas, fácil resulta concluir que los fondos de pensiones cumplieron con lo señalado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral

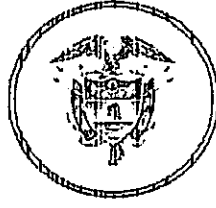
en la sentencia 65791 de 2019 que reiteró lo dicho en la SL 31989 de 2008: *“las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*

En este punto, conviene señalar que para el momento del traslado no se había expedido la Ley 1328 de 2009 que consagra unas formas particulares de entregar la información a los posibles afiliados, por lo que no es dable realizar una exigencia documental sobre la información específica y precisa entregada al interesado, máxime que las normas vigentes para la época del traslado no prohibían la asesoría de forma verbal como le fue entregada a la demandante, pero si en gracia de discusión se pasara por alto esa situación, es lo cierto que además de la información suministrada de manera oral, el fondo también realizó una proyección sobre el futuro pensional de la actora, lo que sin lugar a dudas permite colegir que en el presente caso si existió la información.

En ese orden de ideas, dados los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso en concreto había lugar a confirmar la decisión de primera instancia.


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 38 2017 00126 01.
DEMANDANTE: DINA MARGARITA CERCHIARO FAJARDO
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES
DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP.

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 30 de noviembre de 2020. Igualmente, se analizará la decisión en grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se condene a la demandada a reconocer y pagar pensión proporcional de jubilación prevista en el artículo 8 de la ley 171 de 1961 a razón de 14 mesadas al año, junto con los reajustes, los intereses moratorios e indexación. Asimismo, a reconocer los demás derechos en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones manifestó, en síntesis, que nació el 6 de enero de 1956 y laboró para la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero a partir del 17 de abril de 1972 hasta el 15 de noviembre de 1991. Devengó como último salario la suma de \$377.871. Se retiró de manera voluntaria luego de haber prestado servicios por más de

15 años. Colpensiones le reconoció pensión de vejez. La demandada le negó el reconocimiento de la prestación implorada (f.º 2 a 9).

Al dar respuesta, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió únicamente el natalicio de la accionante y la reclamación administrativa. Manifestó no constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, la inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, la falta de título o causa, la improcedencia de intereses moratorios o indexación, la compensación y las demás declarables de oficio (f.º 51 a 57).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 30 de noviembre de 2020, condenó a la demandada a reconocer y pagar pensión restringida de jubilación por retiro voluntario a partir del 6 de enero de 2016 en cuantía inicial de \$2.613.2865, con los reajustes e indexación en 14 mesadas, la cual es compatible con la pensión de vejez reconocida por Colpensiones. Autorizó a la demandada a realizar descuentos con destino al sistema de salud. Declaró no probadas las excepciones e impuso costas a cargo de la demandada (f.º 2 CD expediente digital).

Como sustento de su decisión, señaló que la accionante acreditó los requisitos para acceder a la pensión sanción la cual resulta compatible con la pensión de vejez que disfruta actualmente en virtud del reconocimiento que le hiciera Colpensiones.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandada suplicó revocar la sentencia al argumentar que la pensión prevista en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 desapareció con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, norma que no contempla el reconocimiento de pensiones voluntarias. Refirió que la accionante no cumple con los requisitos previstos en la norma, dado que

fue afiliada y aportó al sistema de pensiones, no fue despedida, tan solo laboró 7.049 días y para el 1º de abril de 1994 no acreditaba la edad requerida para acceder al derecho.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si la accionante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión prevista en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961.

1. Del derecho a la pensión del artículo 8º de la Ley 171 de 1961

En el proceso se demostró que la actora prestó sus servicios a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero a partir del 17 de abril de 1972 hasta el 15 de noviembre de 1991, es decir, por espacio de 19 años, 6 meses y 28 días, pues tal circunstancia consta en certificado de folio 16 y 17 del expediente digital. De otra parte, con la cédula de ciudadanía (f.º 12 expediente digital), se corrobora que nació el 6 de enero de 1956, lo que implica que cumplió 60 años de edad el 6 de enero de 2016.

En cuanto a la terminación del contrato la demandante señaló en el hecho 3º de la demanda que el contrato terminó voluntariamente, lo cual consta en acta de audiencia de conciliación celebrada el 13 de noviembre de 1991 (f.º 13 a 16) acuerdo de voluntades que supone la disposición y la decisión del trabajador de dar por terminado el contrato de forma amistosa.

Ahora bien, el artículo 8º de la ley 171 de 1961 dispone que el trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos (\$800.000.00), después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido. Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta (50) años o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. Si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión, pero solo cuando cumpla sesenta (60) años de edad.

De otra parte, ha sido reiterada la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia en el sentido de indicar que para la pensión restringida por retiro voluntario consagrada en el artículo 8 de la ley 171 de 1961, los requisitos de causación del derecho son el tiempo de servicios prestados y el retiro voluntario, de modo que el cumplimiento de la edad es simplemente un requisito para la exigibilidad del pago (Radicación n.º 38885 del 10 de agosto de 2010 y Radicación n.º 41998 del 24 de agosto de 2010).

Por esa razón, debe concluirse, como lo ha sostenido la Alta Corporación que la demandante adquirió el derecho a la pensión en la fecha en que terminó su contrato voluntariamente teniendo más de 15 años de servicios, esto es, el 15 de noviembre de 1991. En consecuencia, la derogatoria prevista en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, no afectó el derecho de la demandante, tampoco lo hizo el Acto Legislativo 01 de 2005, pues si bien alcanzó la edad de 60 años el 6 de enero de 2016, ya contaba con un derecho adquirido.

2. De la liquidación de la pensión.

Advierte la Sala que para liquidar la prestación el Juez tomo como salario promedio del último año la suma de \$377.871, con base en el certificado por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (f.º 16 y 17 expediente administrativo).

Sobre el particular, resulta oportuno indicar que si bien la H. Corte Suprema de Justicia había señalado que la liquidación de la pensión reclamada debía realizarse teniendo en cuenta la totalidad de factores devengados por el beneficiario en el año inmediatamente anterior a su retiro del servicio, lo cierto es que dicha postura ha sido modificada, al menos por tres decisiones posteriores como lo son la Radicado n.º 62723 de 23 de septiembre de 2015, la Radicado n.º 61023 de 27 de enero de 2016 y la Radicado n.º 52399 de 17 de febrero de 2016, en las que ha puntualizado que la prestación debe ser liquidada con los factores previstos en el artículo 1º de la ley 62 de 1985.

Como quiera que la Sala acoge la postura de la H. Corte Suprema de Justicia antes expuesta, se modifica el monto de la pensión reconocida al demandante, pues el *a quo* determinó el salario base de liquidación teniendo como referente la suma de \$377.871 que corresponde a la totalidad de factores certificados. En consecuencia, para el efecto se tendrán en cuenta el sueldo básico y la prima de antigüedad, lo que arroja como salario promedio del último año de servicios la suma de \$266.855, que, al ser indexada al 6 de enero de 2016, fecha en que la demandante alcanzó la edad de 60 años, arroja la suma de \$3.071.448.

Dado que la promotora prestó sus servicios por espacio de 7.048 días, la tasa de reemplazo a aplicar es de 74.4%, el valor de la mesada inicial para el 6 de enero de 2016 asciende a \$2.284.389, esto es, una suma inferior a la determinada por el Juzgado que ascendió a \$2.613.265. Por tanto, el fallo será modificado en este punto. Se precisa aquí que como quiera que la prestación se causó con anterioridad la entrada en vigencia

del Acto Legislativo 01 de 2005, debe ser cancelada a razón de 14 mesadas al año.

AÑO	N°. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1991	365	7,650	88,05	11,510	\$ 266.855,00	\$ 3.071.448,73	\$ 37.369.292,83
Total días	365	Total devengado actualizado a:				2016	\$ 37.369.292,83
Total semanas	52,14	Ingreso Base Liquidación					\$ 3.071.448,73
Total Años	1,00	Porcentaje aplicado					74,4%
		Primera mesada					\$ 2.284.389,99
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año				2016	\$ 689.455,00

En el presente asunto no ha operado el fenómeno extintivo de la prescripción, como quiera que el derecho se hizo exigible el 6 de enero de 2016, la actora presentó reclamación ante la entidad hasta el 7 de septiembre de 2016 (f.º 34 expediente digital) y la demanda se radicó se radicó el 27 febrero de 2017 (f.º 44), esto es, dentro del término trienal previsto en las normas sustantiva y procesal del trabajo.

3. De la compatibilidad de la pensión.

De otro lado, conforme ha enseñado la H. Corte Suprema de Justicia las pensiones proporcionales de jubilación reguladas por el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, son compatibles con las de vejez concedidas por el ISS, en tanto, no fueron derogadas ni remplazadas por la que el ISS asumió en cumplimiento de la citada ley, reglamentada por el Decreto 3041 de 1966, toda vez que aquellas constituyen obligaciones económicas cuyo deudor exclusivo es el empleador y, en todo caso, el Estado no aporta recursos para la financiación del ISS hoy Colpensiones tal como tiene sentado la H. Corte Suprema de Justicia en SL3872-2021.

4. De los aportes al sistema de salud.

Conforme a lo consagrado en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el artículo 42 inc. 3º del Decreto 692 de 1994, la demandada se encuentra autorizada a efectuar descuentos de la suma reconocida como retroactivo pensional, por el valor constitutivo de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud a cargo de la

demandante, a partir de la fecha del disfrute de la prestación económica, con el fin de que sea transferido a la E.P.S. a la que se encuentre afiliado (CSJ SL2376-2018), tal como se indicó en la sentencia analizada.

5. De la indexación

Finalmente, como quiera que la actora no está llamada a sufrir las consecuencias negativas de la pérdida del valor adquisitivo del dinero por el paso del tiempo estima la Sala que es procedente condenar a la demandada a reconocer y pagar debidamente indexado el retroactivo correspondiente a las diferencias pensionales.

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

No se causan costas en el grado de consulta ni en la apelación ante su no causación.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

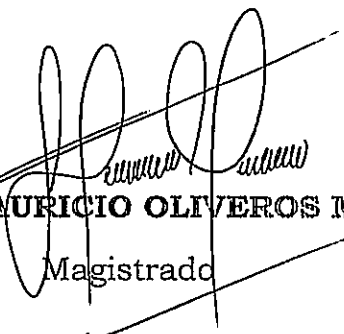
PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 30 de noviembre de 2020, en el sentido de indicar que el monto de la pensión a partir del 6 de enero de 2016 asciende a **\$2.284.389**.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

TERCERO: Sin COSTAS en el grado de consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY,
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada *adunamiento de voto parcial
respeto de la compatibilidad*

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



SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

DEMANDANTE: DINA MARGARITA CERCHIARO FAJARDO

DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTION PENSIONAL Y
PARAFISCAL - UGPP

RADICADO: 11001 31 05 038 2017 00126 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

De manera respetuosa se presenta los argumentos del salvamento parcial de voto respecto de la decisión de compatibilidad de la pensión sanción con la pensión de vejez que llegaré a devengar la demandante.

Respecto a la pensión establecida en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, jurisprudencialmente se ha indicado que se causa a partir de la fecha del despido o de terminación del contrato por mutuo acuerdo y que el cumplimiento de la edad es un factor necesario para el disfrute.

Ahora si bien es cierto que la pensión regulada por el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 es exigible al momento del cumplimiento de la edad, es de anotar que también lo es, que esta pensión es compatible con la de vejez que reconoce el Instituto de Seguros Sociales, de conformidad con los artículos 6 del Acuerdo 029 de 1985 aprobado por el Decreto 2879 de 1985 y el Artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990.

Es de anotar que la pensión a que se refiere el presente proceso se causó el 15 de noviembre de 1991, esto es, que le es aplicable el fenómeno de la compartibilidad consagrado en el artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990 que empezó a regir dese el 11 de abril de 1990, sin embargo, la sentencia aprobada por la mayoría señala que la pensión consagrada en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 es compatible con la de vejez en aplicación del Decreto 3041 de 1966, pese a que este fue modificado por el Decreto 2879 de 1985, que aprobó el acuerdo 029 de 1985, y de manera expresa el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990 incluyó en el fenómeno de la compartibilidad a las pensiones sanciones consagradas en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 en el artículo 17, así:

“Artículo 17. **Compartibilidad de las pensiones sanción.** Los trabajadores que sean despedidos por el patrono sin justa causa y tengan derecho al cumplir la edad requerida por la ley, al pago de la pensión restringida de que habla el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, tendrán derecho a que el patrono cotice para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, a partir de la fecha en que cubra dicha pensión y hasta cuando cumplan con los requisitos mínimos exigidos por estos Reglamentos para la pensión de vejez. En este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cubriendo al pensionado.”

Tampoco procede tener en cuenta la sentencia SL3872-2021, porque en dicha sentencia no se estudió por parte de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación el fenómeno de la compartibilidad de la pensión contemplada en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 con la de vejez, pese a que fue ordenada en la sentencia emitida por el tribunal en su oportunidad.

Adicionalmente, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL4734-2020, radicación 74672 de 1 de diciembre de 2020, en un caso similar al presente concluyó que la pensión consagrada en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 es compatible con la pensión de vejez, cuando expuso:

“Sobre el tema de la compartibilidad entre la pensión sanción de jubilación concedida con la de vejez que le otorgue el ISS, de conformidad con los citados acuerdos o reglamentos del ISS, quedando a cargo de la pasiva el pago del mayor valor, si lo hubiere, la Corte consideró que eran compatibles por virtud de la ley, pues esa situación surgió a partir del 17 de octubre de 1985 cuando entró en vigencia el Decreto 2879 del mismo año. En la sentencia CSJ SL18049-2016, al respecto se puntualizó:

Esta Sala ha definido, tal como lo estableció el Tribunal, que por regla general las pensiones de origen legal como la concedida al señor García Puerta, la cual fue causada con posterioridad a la entrada en vigencia del Acuerdo 029 de 1985, es decir, del 17 de octubre de 1985, son compatibles con la de vejez que otorga el Instituto de Seguros Sociales, pues esa posibilidad de compartirlas sólo se generó luego de la entrada en vigencia del citado Acuerdo, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año. También se ha pronunciado la Corporación en el sentido de indicar que esa, que es una regla general, tiene su excepción cuando las partes así lo acuerdan por medio de una convención o pacto colectivo o queda plasmado en un laudo arbitral, o por la autocomposición, convirtiéndose así dicha pensión en compatible.

Así las cosas, es preciso recordar que sobre el tema en cuestión, la Sala en numerosas oportunidades se ha pronunciado de forma reiterada y pacífica en el sentido de señalar que para efectos de la causación del derecho a la pensión proporcional de jubilación del artículo 8° de la Ley 171 de 1961, es intrascendente que el trabajador hubiera estado afiliado al Instituto de Seguros Sociales, debiéndose tener en cuenta –la afiliación– solo para los eventos de compartibilidad de la pensión sanción según surge de lo dispuesto en el artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990, que resulta aplicable respecto de trabajadores oficiales afiliados a ese Instituto.

Por lo anterior, frente al tema sometido a consideración, esta Corporación de forma uniforme, pacífica y reiterada ha sostenido que las pensiones de origen legal causadas con posterioridad del 17 de octubre de 1985 son, por regla general, compatibles con la de vejez que otorga el Instituto de Seguros Sociales, hoy

Colpensiones, a menos que las partes hayan dispuesto lo contrario a través de convención colectiva de trabajo o laudo arbitral.

De todos modos, debe tenerse en cuenta que por tratarse de una pensión de origen legal, en caso de que la demandada hubiese seguido cotizando al ISS, hoy Colpensiones, para el riesgo de vejez, conforme al artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990, aquella sería compartida con la de vejez que llegase a reconocer la entidad de seguridad social.

Así se ha dicho por la Sala, entre otras, en la sentencia SL 3001-2014, rad. 45890, en los siguientes términos:

Así las cosas, al haber sido despedido el actor antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y teniendo presente su condición de trabajador oficial, éste era beneficiario de la pensión restringida prevista en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, sin que resultara trascendente, para efectos de la causación del derecho, que el trabajador hubiera estado afiliado al Instituto de Seguros Sociales, debiéndose tener en cuenta –la afiliación– solo para los eventos de compartibilidad de la pensión sanción según surge de lo dispuesto en el artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990, que resulta aplicable respecto de trabajadores oficiales afiliados a ese Instituto, tal como lo determinó el Tribunal.

Así las cosas, conforme el criterio jurisprudencial citado, es evidente que la pensión restringida de jubilación otorgada a la demandante Carmen Rosa Morales Parada debería ser compartida con la que eventualmente le llegue a reconocer el ISS, por virtud del art. 17 del Acuerdo 049 de 1990"

En ese orden de ideas, se considera que la pensión contemplada en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 causada el 15 de noviembre de 1991 es compartible con la pensión de vejez que llegará a devengar el demandante y, en consecuencia, se debió modificar la sentencia de primera instancia en ese aspecto.


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 036 2018 00525 01
DEMANDANTE: ÁLVARO CHAVARRO SALAZAR
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENIONES.

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

En grado jurisdiccional de consulta estudia la Sala la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 15 de octubre de 2020.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare que es beneficiario del régimen de transición. En consecuencia, se condene a la demandada a reliquidar la pensión al amparo del Decreto 758 de 1990, junto con las diferencias que resulten debidamente indexadas. Asimismo, a reconocer los demás derechos en virtud de las facultades *ultra y extra petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 8 de marzo de 1954 y cotizó al Instituto de Seguros Sociales 1693 semanas. Al 1° de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad y para el 25 de julio de 2005 con más de 750 semanas cotizadas a Colpensiones. Refirió que Colpensiones mediante Resolución GNR 348391 del 22 de noviembre de 2016 le reconoció pensión de vejez al amparo de la Ley 100 de 1993,

modificada por la Ley 797 de 2003. Finalmente, que la entidad negó la reliquidación de la prestación (f.º 2 a 7).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió el natalicio del accionante, el número de semanas cotizadas, el reconocimiento de la pensión de vejez y la reclamación administrativa. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, la prescripción, el cobro de lo no debido, la buena fe, a no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, el pago, la carencia de causa para demandar, la compensación, la no procedencia de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente (f.º 38 a 49).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 15 de octubre de 2020, absolvió a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra. Condenó al accionante a pagar las costas del proceso (f.º 67 expediente digital).

Como sustento de su decisión, señaló que el promotor para el 1º de abril de 1994 contaba con más de 40 años y un poco más de 700 semanas cotizadas, razón por la cual al haberse trasladado al régimen de ahorro individual y regresar a prima media perdió su calidad de beneficiario del régimen de transición.

III. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia totalmente adversa a las pretensiones del demandante, es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

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

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Colegiatura dilucidar si el promotor del juicio es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, por consiguiente, si tiene derecho a la reliquidación de la pensión de vejez en aplicación del Acuerdo 049 de 1990.

Para el efecto, se encuentra la margen de la discusión en esta instancia que: **i)** el actor nació el 8 de marzo de 1954, por lo que al 1º de abril de 1994, contaba con 40 años de edad y **ii)** Colpensiones mediante Resolución GNR 348391 del 22 de noviembre de 2016 le reconoció la pensión de vejez a partir del 1º de diciembre de 2016, en cuantía inicial de \$826.704, al amparo de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

1. De la recuperación del régimen de transición

Para despejar la primera problemática, se verifica que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dispone que la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto o tasa de remplazo, de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

Más adelante, en sus incisos cuarto y quinto puntualiza que esto no será aplicable en el evento en que las personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen. Tampoco será aplicable para quienes hubieran escogido el régimen de ahorro

individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

Sobre este punto, se acota que, si un afiliado del entonces Instituto de Seguros Sociales ahora Colpensiones se traslada a un fondo privado de pensiones, puede regresar si se dan las condiciones legales, no obstante, si era beneficiario del régimen de transición, solo podrá recuperarlo en determinadas circunstancias.

En efecto, al estudiar los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la H. Corte Constitucional en sentencia C-789 de 2002, declaró su exequibilidad *“siempre y cuando se entienda que estas disposiciones no se aplican a quienes habían cumplido quince (15) o más años de servicios cotizados, al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones de la ley 100 de 1993...”*.

Por su parte, la H. Corte Suprema de Justicia sobre este tema ha puntualizado que los beneficiarios del régimen de transición que migraron al régimen de ahorro individual con solidaridad y posteriormente deciden regresar al de prima media con prestación definida, recuperan los beneficios de la transición siempre que, a la entrada en vigor del nuevo sistema general de pensiones, el 1º de abril de 1994, tuvieran 15 o más años de servicios cotizados (CSJ SL354-2021).

2. Caso concreto

En el asunto bajo examen, el demandante se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A el 5 de septiembre de 1996 y permaneció vinculado hasta el 31 de marzo de 2.000, data en que retornó a Colpensiones según se desprende del reporte de Asofondos allegado por la demandada y la historia laboral, en la que se puede leer en algunos periodos las observaciones *“No Vinculado Traslado al RAI”* *“Aporte devuelto por estar vinculado a Porvenir”* (CD f.º 67 expediente digital). Por tal motivo, no le basta con acreditar el cumplimiento del requisito de edad a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, sino que adicionalmente para

conservar la transición una vez regresó al régimen de prima media, debe demostrar que cumplió con los demás requisitos establecidos en las normas y en la jurisprudencia, el primero de los cuales referente que al 1º de abril de 1994 hubiere cotizado más de 15 años.

Pues bien, realizadas las validaciones correspondientes, se determina que para el 1º de abril de 1994 - fecha de vigencia de la Ley 100 de 1993 - el actor contaba con 40 años de edad, como quiera que nació el 8 de marzo de 1954 (f.º 8) y 711 semanas o lo que es lo mismo 13 años, 9 mes y 1 día, de conformidad con el reporte de semanas allegado por Colpensiones (CD f.º 67 carpeta expediente administrativo). Es decir, que no acredita los 15 años de cotizaciones o servicios prestados dispuestos en la norma.

Bajo este panorama, al regresar al régimen de prima media el actor no se mantuvo como beneficiario del régimen de transición. En consecuencia, no es posible reliquidar la pensión al amparo del Decreto 758 de 1990 como acertadamente lo concluyó el Juzgado, por lo que no hay lugar a modificar la sentencia apelada.

De conformidad con las consideraciones expuestas, la Sala confirma la decisión analizada.

No se causan costas en el grado de consulta.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de octubre de 2020, por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 029 2020 00030 01
DEMANDANTE: MARÍA HERMINIA ESPITIA GIL
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR
S.A.

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la demandada AFP Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, D.C., el 21 de junio de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

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

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

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

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

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad del traslado entre regímenes pensionales. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones los aportes y rendimientos de la cuenta individual. A Colpensiones a aceptar el traslado y recibir los aportes. Finalmente, se disponga a las demandadas a reconocer perjuicios, demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 9 de septiembre de 1963. Se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. en el año 2000, con la promesa de que su mesada pensional sería superior a la que tendría en el régimen de prima media. Finalmente, que reclamó el traslado de régimen, pero fue negado. (f.º 24 a 33).

Al contestar **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, únicamente aceptó la reclamación y su respuesta. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, 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 demás declarables oficiosamente (f.º 68 a 72).

Al dar respuesta a la demanda, la AFP **Porvenir S.A.** se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió el natalicio de la actora. Manifestó no ser ciertos o no constarle los demás. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de prescripción, la prescripción de la acción de nulidad, el cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y la buena fe (f.º 94 CD).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 21 de junio de 2021, declaró ineficaz el acto de traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. realizado el 15 de septiembre de 2000. En consecuencia, condenó a la AFP Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones la totalidad de los valores

recibidos, por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones o aportes al fondo de garantía. Ordenó a Colpensiones reactivar la afiliación sin solución de continuidad y reconstruir la historia laboral. Absolvió de las demás pretensiones. Declaró no probadas las excepciones propuestas. Se abstuvo de imponer condena en costas (f.º 144 y 145).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP Porvenir, tenía la obligación de darle a sus posibles afiliados la información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, situación que no fue acreditada en el plenario.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la AFP **Porvenir S.A.** imploró revocar la sentencia dado que no existen circunstancias fácticas o jurídicas que conduzcan a declarar la nulidad del acto jurídico, porque la accionante se trasladó consiente y voluntariamente, libre de presiones y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por la norma en aquella época. Alegó que no está llamada a trasladar gastos de administración, dado que estas sumas fueron descontadas por disposición legal, sirvieron para retribuir la gestión de la AFP y cubrir a la actora para los riesgos de invalidez y muerte.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Sea lo primero señalar que la accionante no aportó documento alguno con el cual pueda determinarse su fecha de nacimiento o el número de semanas cotizadas a prima media, por ende, no probó ser 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 15 de septiembre de 2000, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º 57 expediente digital), el que se hizo

efectivo a partir del 1º de noviembre de 2000 de conformidad con el reporte emitido por Asofondos que obra en el CD de folio 57.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que a su lugar de trabajo llegaron promotores de la AFP que el ISS sería liquidado y que el mejor fondo que había en el momento era Porvenir S.A. y que allí su pensión también sería mejor, como estaban de afán les dieron que diligenciaran los formularios y luego les enviarían la información la cual no llegó. Admitió que después de reclamar, hace aproximadamente 5 años empezó a recibir extractos, que fue a la AFP a solicitar información, pero recibió mala atención y le informaron que ya no se podía regresar a prima media. En una cita virtual en el año 2019, le dijeron que con sus ahorros la pensión sería inferior al salario mínimo y que si deseaba podía retirar el dinero, en consecuencia, su motivación para trasladarse está relacionada con el monto de pensión que Colpensiones le reconocería..

A solicitud de la parte demandante fue decretado y practicado el testimonio de Antonio Borja, esposo de la demandante, cuyo dicho no aporta mayores elementos de convicción, como quiera que, no estuvo presente al momento del traslado y su conocimiento proviene de lo que la accionante le ha manifestado.

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 estaba en liquidación, 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, bonos pensionales y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por consiguiente, la sentencia analizada se 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.

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 proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, D.C., el 21 de junio 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 de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Intervinieron los Magistrados,

Radicación n.º 110013105 29 2020 00030 01.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada *relaciones de rob*
29. 2020-00030-01.

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



ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARÍA HERMINIA ESPITIA GIL

DEMANDADO: COLPENSIONES, Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 029 2020 00030 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 septiembre de 2021 con decisión igual sobre el tema de ineficacia a la que se emite en el fallo de hoy 29 de octubre de 2021, esto es, confirmando la sentencia de primera instancia.

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

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

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

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

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

“Encuentra la Sala de Revisión que este aspecto depende directamente de que el número mínimo de Magistrados requeridos expresen su voluntad de respaldar la totalidad de las decisiones contenidas en la parte resolutive de tal decisión. Es aquí cuando, frente a las posibles situaciones que pudieran presentarse, aparecen las figuras que en la práctica judicial colombiana se han denominado como aclaración y salvamento de voto¹.

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

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

En el presente caso, pese a que no existía disidencia sobre la decisión, que valga reiterar es respecto de la cual se genera el salvamento de voto, la decisión presentada en la ponencia de 29 de septiembre de 2021 se postergó hasta el 29 de octubre 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 septiembre 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 septiembre 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 028 2020 00021 01
DEMANDANTE: CARMENZA BAUTISTA APONTE
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A Y
COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 12 de julio de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

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

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

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

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

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad e ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual administrado a través de la AFP Colpatria, hoy Porvenir S.A. y del cambio a la AFP Colfondos S.A.. En consecuencia, se ordene a Colpensiones recibirla y afiliarla como si nunca se hubiera trasladado. A Colfondos S.A. trasladar a Colpensiones los aportes e intereses generados, debidamente actualizados. Asimismo, a las demandadas a reconocer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra y extra petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 17 de mayo de 1965 y el 30 de mayo de 1986 se afilió al Instituto de Seguro Social. Se trasladó al régimen de ahorro individual el 7 de junio de 1994 a través de la AFP Colpatria, perteneciente al mismo grupo económico de su entonces empleador Corporación de Ahorro y Vivienda Colpatria. Adujo que el fondo privado no le ilustró de forma clara, completa y precisa sobre las características de cada régimen, sus ventajas y desventajas y como su decisión influiría en su futuro pensional, tampoco que tenía la posibilidad de retornar a prima media en un periodo específico. Indicó que posteriormente se trasladó a la AFP Colfondos. S.A. que le informó que su mesada pensional en el RAIS sería de \$1'125.027, entre tanto, en prima media ascendería a \$2'524.587. Finalmente, que le fu negada la solicitud de traslado que elevó a las diferentes administradoras (f.º 4 a 45).

Al contestar **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó el natalicio de la actora, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó no constarle los demás. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, la inexistencia de causal de nulidad, el saneamiento de la nulidad alegada, la no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, la buena fe y las demás declarables de oficio. (f.º 174 a 180).

Al dar respuesta a la demanda, la AFP **Colfondos S.A.**, únicamente rechazó la pretensión relacionada con la condena en costas. Respecto de los hechos, aceptó los relacionados con las respuestas dadas por la ADP a las peticiones de la accionante. Manifestó no ser ciertos o no constarle los demás. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de la buena fe, la compensación y pago y las demás oficiosamente declarables. (f.º 207 CD).

Por su parte, la AFP **Porvenir S.A.** se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, manifestó no ser ciertos o no constarle ninguno. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de prescripción, la buena fe, la inexistencia de la obligación, la compensación y las demás declarables oficiosamente (f.º 209 CD).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 12 de julio de 2021, declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colpatria, hoy Porvenir S.A. realizado el 7 de junio de 1994. En consecuencia, condenó a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia. Dispuso a Colpensiones activar la afiliación y actualizar la historia laboral. Declaró no probadas las excepciones propuestas e impuso condena en costas a cargo de las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones. (f.º 213 a 217).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP Porvenir S.A. no acreditó haber suministrado información clara, precisa y detallada a la demandante sobre las consecuencias del traslado, situación que se constituye en una omisión en su deber de información, que no se supera con la presentación del formulario de vinculación, por lo que procede declarar la ineficacia del cambio de régimen en aplicación de la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

La AFP **Porvenir S.A.** imploró revocar la sentencia al argumentar que para la época del traslado la ley únicamente exigía diligenciar el formulario de afiliación, documento que fue suscrito por la demandante de forma libre, voluntaria e informada. Expuso que la accionante ha reiterado su decisión de estar afiliada al RAIS, pues ha permanecido vinculada por varios años, además ha realizado traslados horizontales. De otro lado, solicita revocar la condena en costas, pues refiere que ha actuado de buena fe.

Por su parte, **Colpensiones** suplicó revocar la decisión de primera instancia, para ello, sostuvo que la voluntad de afiliación se reiteró, dado que a lo largo de los años la accionante no desplegó actos que evidenciaran la inconformidad de pertenecer al RAIS, por el contrario, ejecutó actos de relacionamiento como el traslado entre fondos.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral que la promotora del juicio nació el 17 de mayo de 1965, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 28 años y 160,43 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 134, 46 y 183 CD expediente administrativo). 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 7 de junio de 1994, así se colige del formulario de afiliación a la AFP Colpatria, hoy Porvenir S.A. (f.º 49). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Colpatria S.A. del 1º de julio de 1994 al 28 de septiembre de 2000; a

Horizonte S.A. del 29 de septiembre de 2000 al 30 de septiembre de 2011; y a partir del 1º de octubre de 2011 en adelante a Colfondos S.A (f.º 207 expediente digital contestación Colfondos).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que en 1994 prestaba servicios a la Corporación de Ahorro y Vivienda Colpatria y el grupo empresarial creó su propio fondo privado AFP Colpatria, por lo que el Departamento de Personal envió un asesor al puesto de cada empleado con el formulario para que lo diligenciara y se afiliara para apoyar a la empresa. Adujo que esta fue una invitación obligatoria porque corría el riesgo de quedarse sin trabajo sintiéndose presionada. Aseguró que no le informaron sobre la posibilidad de retractarse de su decisión y que desconoce el momento a partir del cual pasó a estar vinculada a la AFP Porvenir. Luego, un asesor de Colfondos le sugirió trasladarse para apoyar al grupo y obtener mejor rentabilidad. Relató que hace 4 años una compañera inició los trámites para pensionarse, allí evidenció que en el RAIS el monto de pensión que recibiría en el fondo privado no se compadece con 35 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 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 apoyar al grupo económico al cual pertenecía el fondo, 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 actualmente afiliada deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, bonos pensionales y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por consiguiente, la sentencia analizada se 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.

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 a la demandante mientras estuvo afiliada a este fondo.

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 12 de julio de 2021, en

el sentido de CONDENAR a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliada a dicho fondo privado.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia analizada en el sentido de 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 *relación de voto*

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



ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: CARMENZA BAUTISTA APONTE

DEMANDADO: COLPENSIONES, Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 028 2020 00021 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 28 de septiembre de 2021 con decisión igual sobre el tema de ineficacia a la que se emite en el fallo de hoy 29 de octubre de 2021, esto es, confirmando la sentencia de primera instancia.

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

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

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

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

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

“Encuentra la Sala de Revisión que este aspecto depende directamente de que el número mínimo de Magistrados requeridos expresen su voluntad de respaldar la totalidad de las decisiones contenidas en la parte resolutive de tal decisión. Es aquí cuando, frente a las posibles situaciones que pudieran presentarse, aparecen las figuras que en la práctica judicial colombiana se han denominado como aclaración y salvamento de voto¹.

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

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

En el presente caso, pese a que no existía disidencia sobre la decisión, que valga reiterar es respecto de la cual se genera el salvamento de voto, la decisión presentada en la ponencia de 28 de septiembre de 2021 se postergó hasta el 29 de octubre 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 28 de septiembre 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 28 de septiembre 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 028 2019 00772 01
DEMANDANTE: MARÍA OLGA MENÉNDEZ BARRETO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A Y
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron demandadas AFP Protección S.A., Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., 21 de julio de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

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

jurisprudencial sentado sobre la materia, pese a que toda la argumentación legal y probatoria allí relacionada estuvo dirigida a exponer motivos por los cuales no debía declararse ineficaz el acto del traslado (art. 280 del CGP).

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

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

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

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

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Protección S.A. y del posterior cambio a la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, ordenar el retorno automático de la demandante al régimen de prima media. Condenar a Colpensiones a reactivar la afiliación. A Protección S.A. a devolver los valores que hubiere en virtud de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, gastos de administración, sumas adicionales del asegurado, rendimientos financieros, frutos e intereses. Asimismo, a las demandadas a reconocer los demás derechos a que hay lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 31 de diciembre de 1964 y se afilió al Instituto de Seguro Social en agosto de 1988 donde cotizó 315,29 semanas. En septiembre de 1994 se trasladó al régimen de ahorro individual a través de Protección S.A., luego cambió a la AFP Porvenir S.A. Adujo que el asesor de del fondo privado le indicó que el Instituto de Seguro Social sería reformado e incrementarían los requisitos para pensionarse, entre tanto, en la AFP accedería a prestación de vejez a más temprana edad y con un monto de pensión más alto, pero no le brindó información suficiente, clara y concisa frente a las características del fondo que le permitiera tomar la mejor decisión conforme a sus circunstancias personales. La AFP realizó proyección pensional según la cual la prestación en el RAIS sería de \$2'878.078, entre tanto, en prima media ascendería a la suma de \$4'214.547. Finalmente, que le fue negada la solicitud de anulación del traslado (f.º 4 a 17).

Al dar respuesta, la AFP **Protección S.A.** rechazó las súplicas. Frente a los hechos, aceptó la data de nacimiento de la actora, la suscripción del formulario de forma libre y voluntaria, también la información brindada al momento del traslado en cuanto a la posibilidad

de pensionarse de manera anticipada. Igualmente, admitió la petición de y su respuesta. Manifestó 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, 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; la inexistencia de la obligación de devolver la prima del 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 y las demás declarables de oficio (f.º 133 a 148).

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, la compensación y las demás declarables oficiosamente (f.º 205 a 218).

Al dar respuesta **Colpensiones** se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó el natalicio de la actora, la afiliación al Instituto de Seguro Social, la reclamación administrativa y su respuesta. Señaló que no le constaban o no eran ciertos los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de hecho de la víctima o afiliado, el perfeccionamiento del acto inexistente, el saneamiento nulidad, la protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, la inexistencia del derecho, el pago de lo no debido, la prescripción y caducidad y las declarables de oficio (f.º 226 a 233).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 21 de julio de 2021, declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual realizado por la accionante el 16 de septiembre de 1994 a través de la AFP Protección S.A. En consecuencia, condenó a Protección S.A a trasladar a Colpensiones los aportes

pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia. Dispuso a Colpensiones activar la afiliación y actualizar la historia laboral. Declaró no probadas las excepciones e impuso condena de costas a las demandadas (f. º 245 y 246).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no probó haber ilustrado de manera clara, precisa y detallada a la actora sobre las ventajas y desventajas que del cambio de régimen, por ello, pese a que diligencio el formulario de vinculación, no se demostró en los términos señalados por la H. Corte Suprema de Justicia que tomó una decisión informada por lo que procede declarar la ineficacia deprecada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

La **AFP Protección S.A.** suplicó revocar la sentencia en cuanto le ordenó trasladar los gastos de administración, pues estas sumas fueron descontadas por disposición legal, cubrieron la buena gestión de la AFP, mantuvieron amparada a la demandante frente a los riesgos de invalidez y muerte, además porque estos porcentajes no están destinados a financiar la pensión o aumentar el monto. Refirió que el seguro previsional fue cancelado mes a mes a una aseguradora que no fue vinculada al proceso y que con la sentencia se desconoce el funcionamiento de los seguros. Finalmente, que la AFP no se opone a trasladar los rendimientos fruto de la gestión que adelantó.

La **AFP Porvenir S.A.** imploró revocar la condena en costas toda vez que no intervino en el traslado de régimen, sino que la afiliación de la accionante a esta AFP fue posterior, además no maneja en la actualidad

ninguna suma de dinero de la accionante, pues decidió regresar a Colfondos.

Por su parte, **Colpensiones** argumentó que la decisión debe ser revocada porque durante todo el tiempo en que la accionante ha estado afiliada al RAIS no ha realizado actos demostrativos de inconformidad de pertenecer en este régimen, por el contrario, realizó aportes durante varios años y efectuó traslados horizontales con lo cual materializó actos de relacionamiento que ratifican su intención de afiliación a los fondos privados.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado

31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 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 31 de diciembre de 1964, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 29 años y 289 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 35 y 238 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 16 de septiembre de 1994, así se colige del formulario de afiliación a la AFP Protección S.A. (f.º155). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Protección S.A. del 1º de octubre de 1994 al 31 de marzo de 2000; a Porvenir S.A. del 1º de abril de 2000 al 31 de julio de 2009 y a partir del 1º de agosto de 2009 en adelante a Protección S.A (f.º156).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que para la época del traslado en su lugar de trabajo se realizaron reuniones con distintos fondos privados quienes manifestaron que la seguridad social se estaba desorganizada que la iban a acabar y que por laborar para “*Sufinanciamiento*” podían afiliarse al fondo del grupo al cual pertenecía la empresa en el que podía pensionarse de manera anticipada, además el dinero podía quedarle a sus hijos. Refirió que luego trabajó en la

Fiduciaria Bogotá y allí el fondo de pensiones era Porvenir, por lo que se trasladó sin recibir algún tipo de información, pues el asesor del fondo solamente se presentó con el formulario para que ella lo diligenciara y lo firmara. Confesó que no intentó trasladarse a Colpensiones antes porque no veía ninguna ventaja en ello y solo fue hasta 2018 y 2019 que sus conocidos que tramitaban la pensión empezaron a manifestar su inconformidad y descontento por la falta de información. Admitió que Protección la visitó en el 2011, en una reunión rápida le informó el monto con el que podía pensionarse y diligenció un formulario, pero no recuerda que le hayan informado que no le convenía permanecer en el RAIS y que tenía un plazo para retornar a prima media.

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 21 de julio de 2021, en el sentido de CONDENAR a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliado a dicho fondo privado.

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

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada *por remate de voto.*

Radicación n.º 110013105 028 2019 00772 01.

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



SALVAMENTO DE VOTO

DEMANDANTE: MARÍA OLGA MENENDEZ BARRETO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN 11001 31 05 028 2019 00772 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

A continuación, se expresan las razones por las cuales se presenta salvamento de voto:

En primer lugar, la ponencia que se presentó a la Sala el 29 de septiembre de 2021, no confirmaba la decisión de primera instancia, respecto de la ineficacia del traslado, sino que por el contrario se revocaba dado que se consideró que los fondos de pensiones si cumplieron con la obligación de suministrar información a la demandante, por lo que la advertencia con la que se inicia la sentencia no se corresponde con la realidad.

En la ponencia presentada se expuso que “..., se colige que hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia, primero porque la demandante reconoce en el interrogatorio las razones por las que realizó el traslado de las que se concluye que existió información sobre los regímenes al punto que prefirió el régimen de ahorro individual con solidaridad por la expectativa de una pensión anticipada, segundo porque en la reasesoría se le informó el monto de la mesada en el régimen de Ahorro Individual era inferior a la que podría devengar en el régimen de prima media y pese a ello optó por aplazar su decisión de traslado (fl 170) y no trasladarse dentro del término que le confirió la ley para realizarlo, y tercero, porque no se acreditan circunstancias que den lugar a declarar la ineficacia.”.

Así las cosas, fácil resulta concluir que los fondos de pensiones cumplieron con lo señalado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en la sentencia 65791 de 2019 que reiteró lo dicho en la SL 31989 de 2008: *“las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad»,*

premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales»

En este punto, conviene señalar que para el momento del traslado no se había expedido la Ley 1328 de 2009 que consagra unas formas particulares de entregar la información a los posibles afiliados, por lo que no es dable realizar una exigencia documental sobre la información específica y precisa entregada al interesado, máxime que las normas vigentes para la época del traslado no prohibían la asesoría de forma verbal como le fue entregada a la demandante, pero si en gracia de discusión se pasara por alto esa situación, es lo cierto que además de la información suministrada de manera oral, el fondo también realizó una reasesoría sobre el futuro pensional de la actora, lo que sin lugar a dudas permite colegir que en el presente caso si existió la información.

En ese orden de ideas, dados los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso en concreto había lugar a confirmar la decisión de primera instancia.

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 028 2019 000341 01
DEMANDANTE: JOSÉ REINALDO PÉREZ CARDONA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 19 de noviembre de 2020.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de invalidez a partir del 6 de abril de 2018, los intereses moratorios, los demás derechos a reconocer en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que la demandada mediante dictamen de 6 de abril de 2018 determinó que padece una pérdida de capacidad laboral del 70%, estructurada el 20 de julio de 2017, ocasionada por insuficiencia renal crónica fase 5, considerada una enfermedad degenerativa. Refirió que el 22 de noviembre de 2018 solicitó a la AFP le reconociera pensión de invalidez, la cual fue negada al argumentar que no cumple con los requisitos de la Ley 860 de 2006 sin tomar en consideración que en los tres años anteriores a la fecha del dictamen contaba con más de 50 semanas cotizadas (f.º 4 a 9).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, únicamente admitió los relativos al dictamen de pérdida de capacidad laboral. Manifestó no ser ciertos o no ser hechos los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación de reconocer y pagar pensión de invalidez pretendida en la demanda por ausencia de los presupuestos y requisitos establecidos en la Ley 860 de 2003, la ausencia de derecho sustantivo, falta de cumplimiento de los requisitos legales, el cobro de lo no debido, la prescripción, la buena fe y la compensación (f. º 46 a 55).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 19 de noviembre de 2020, condenó a la demandada a reconocer y pagar al demandante la pensión de invalidez de origen común a partir del 1º de abril de 2019 en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, en 13 mesadas al año. A pagar \$17.059.190 por concepto de retroactivo, más las costas del proceso (f.º 125 a 127).

Como sustento de su decisión, señaló que en el evento en que la invalidez se origine en enfermedades congénitas o degenerativas como la que padece el actor, el afiliado puede conservar una capacidad laboral residual con posterioridad a la estructuración de la invalidez, la cual le permite continuar trabajando, por tanto, las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de configuración de la invalidez deben ser tomadas en consideración a fin de verificar el lleno de los requisitos para acceder a la pensión implorada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandada interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que el accionante no acredita el número de semanas previsto en la norma, según la cual debe acreditar en los años anteriores a la estructuración de la invalidez las semanas requeridas, por lo que no es

procedente tomar en consideración cotizaciones efectuadas con posterioridad a la determinación de la invalidez.

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

IV. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que corresponde dilucidar si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

En el presente caso está demostrado y no es materia de discusión que: **i)** mediante dictamen de 6 de abril de 2018, Seguros de Vida Alfa determinó que el actor padece una pérdida de capacidad laboral del 70.16%, estructurada el 20 de julio de 2017, ocasionada por enfermedad crónica, específicamente por los diagnósticos “*insuficiencia renal crónica*” en estadio “*V en hemodiálisis 3/semana*” , “*Anemia ferropénica severa*” y la “*hipertensión esencial (primaria)*” (f.º 30 a 35); **ii)** lo que conllevó al demandante a solicitar la pensión el 22 de noviembre de 2018, la cual fue negada a través de comunicación del 3 de diciembre de 2018, al no acreditar las 50 semanas en los últimos 3 años anteriores a la estructuración (f.º25).

1. De la capacidad residual y la pensión de invalidez

En materia pensional la norma aplicable a cada caso es la vigente al momento en que se consuman los supuestos fácticos requeridos para el reconocimiento de la prestación. Así, tratándose de la pensión de invalidez en principio el precepto será aquel en vigencia de la cual se determine la fecha de estructuración, momento a partir del cual surge la posibilidad de solicitar el reconocimiento y pago de la prestación (CSJ SL797-2013, 13 nov. 2013, rad. 42648, en la que se reiteró la SL, 30 abr 2013, rad 45815).

En el presente caso, como quiera que la invalidez del demandante se estructuró el 20 de julio de 2017 (f.º 29 a 35) debe aplicarse el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 por ser la vigente a ese momento, la cual establece como requisitos para obtener la prestación, la acreditación del 50% o más de pérdida de la capacidad laboral y 50 semanas cotizadas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

Bajo esa premisa jurídica, en un primer momento se verifica el cumplimiento del primer requisito por cuanto la demandante le fue calificada una PCL del 70.16% (f.º 29 a 35) no así el segundo, dado que apenas cotizó 36.42 dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez como se verifica del reporte de folios 19 a 24.

No obstante lo anterior, en este preciso caso al habersele determinado al actor que la invalidez es ocasionada por una enfermedad crónica y al verificarse además que para la data del dictamen -6 de abril de 2018- así como la fecha de estructuración -20 de julio de 2017- se encontraba cotizando como dependiente, lo cual realizó hasta el 1º de abril de 2019, en virtud de la "*capacidad laboral residual*" si es posible el reconocimiento pensional como lo estimó el Juzgado de instancia.

En efecto, la H. Corte Constitucional en sentencia SU-588 de 2016, al realizar un análisis a la luz de los principios de dignidad humana y de igualdad, así como el deber de garantizar el acceso al trabajo y seguridad social por parte de las personas en situación de discapacidad, determinó que es posible en razón del carácter progresivo y degenerativo de la enfermedad, en algunos casos, se fije una fecha de estructuración de la invalidez de manera retroactiva y, sin embargo, la persona haya conservado capacidades funcionales que le permitan continuar con la vinculación laboral y el consecuente pago de aportes al sistema de seguridad social con posterioridad al momento en el que se le practicó el examen de calificación de la invalidez, es posible tener en cuenta para el reconocimiento de la pensión de invalidez hasta la última cotización. Sobre el particular, la citada Corporación señaló:

“La Corte ha considerado que no es racional ni razonable que la Administradora de Fondos de Pensiones niegue el reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez a una persona que sufre una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa, tomando como fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral el día del nacimiento, uno cercano a este, el momento en el que se presentó el primer síntoma o la fecha del diagnóstico, desconociendo, en el primer caso, que para esa persona era imposible cotizar con anterioridad a su nacimiento y, en el segundo y tercero que, pese a las condiciones de la enfermedad, la persona pudo desempeñar una labor y, en esa medida, desechando las semanas aportadas con posterioridad al momento asignado en la calificación. Además, negar el reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez, con fundamento en lo anterior, implicaría asumir que las personas en situación de discapacidad, en razón de su estado de salud, no pueden ejercer una profesión u oficio que les permita garantizarse una vida en condiciones de dignidad y que, en esa medida, nunca podrán aspirar a un derecho pensional, postulado que a todas luces es violatorio de tratados internacionales, inconstitucional y discriminatorio”

(...)

Debido a lo anterior, esta Corte ha establecido unas reglas pacíficas y reiteradas que deben ser tenidas en cuenta por las Administradoras de Fondos de Pensiones al momento de estudiar la solicitud de reconocimiento del derecho pensional de una persona con una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa, a saber:

31.1. Cuando la solicitud pensional proviene de personas a las que se les ha calificado una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50% y se les ha establecido como fecha de estructuración una que coincide con el momento del nacimiento, con uno cercano a éste, con la fecha del primer síntoma o con la del diagnóstico, la Administradora de Fondos de Pensiones no puede limitarse a hacer el conteo mecánico de las 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a ese momento. En realidad, tratándose de patologías congénitas, crónicas y/o degenerativas, debe hacerse un análisis especial caso a caso, en el que además de valorar el dictamen, deberán tenerse en cuenta otros factores tales como, las condiciones específicas del solicitante y de la patología padecida, así como su historia laboral.

Lo anterior, se fundamenta en el hecho de que en el caso de las enfermedades degenerativas y crónicas, sus efectos no aparecen de manera inmediata, sino que éstas se desarrollan dentro de un lapso prolongado, ocasionando que la fuerza laboral se vaya menguando con el tiempo y, por lo tanto, permitiendo a la persona trabajar hasta tanto el nivel de afectación sea de tal magnitud que le impida de manera cierta desarrollar una labor.

Ahora bien, tratándose de enfermedades simplemente congénitas, es decir, aquellas que se presentan desde el momento mismo del nacimiento, esta Corte advierte que la razón del especial análisis que le corresponde realizar a las Administradoras de Fondos de Pensiones no se basa en las características progresivas de la enfermedad, sino en la imposibilidad fáctica y jurídica que tienen estas personas de cotizar con anterioridad al día de su nacimiento, motivo por el cual, este razonamiento encuentra su principal fundamento en la observancia de los principios de igualdad y dignidad humana, inherentes a todo ser humano. Interpretar lo contrario implicaría una contradicción, puesto que no parece lógico que el Estado propenda por la inclusión laboral de las personas en situación de

discapacidad, pero impida que accedan a un reconocimiento prestacional propio de cualquier trabajador.

31.2. Debido a lo anterior, en estos casos, el común denominador es que las personas cuenten con un número importante de semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración que le fue fijada por la autoridad médico laboral. Es por eso que esta Corte ha establecido que, luego de determinar que la solicitud fue presentada por una persona con una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa, a las Administradoras de Fondos de Pensiones, les corresponde verificar que los pagos realizados después de la estructuración de la invalidez, (i) hayan sido aportados en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual del interesado y (ii) que éstos no se realizaron con el único fin de defraudar el Sistema de Seguridad Social.

(...)

31.3. Una vez el fondo de pensiones verifica (i) que la invalidez se estructuró como consecuencia de una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa y, (ii) que existen aportes realizados al sistema por parte del solicitante en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual, debe determinar el momento desde el cual verificará el cumplimiento del supuesto establecido en la Ley 860 de 2003, es decir que la persona cuenta con 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración. Al respecto, esta Corte ha considerado que ni el juez constitucional, ni la Administradora de Fondos de Pensiones pueden alterar la fecha de estructuración que definieron las autoridades médicas competentes. Por lo tanto, para determinar el momento real desde el cual se debe realizar el conteo, las distintas Salas de Revisión han tenido en cuenta la fecha de calificación de la invalidez o la fecha de la última cotización efectuada, porque se presume que fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo de sustento económico o, inclusive, la fecha de solicitud del reconocimiento pensiona

Bajo este horizonte, es claro que, en tratándose de enfermedades congénitas, crónicas y/o degenerativas, para efectos de contabilizar el número de semanas de cotización a fin de acceder a la prestación económica, se puede tomar: **i)** la fecha de estructuración de la invalidez, **ii)** el momento en que se profiere el dictamen de calificación de la invalidez, **iii)** la data en que se presenta la reclamación de la pensión de invalidez, o **iv)** la calenda del último periodo de cotización. Además, es necesario examinar si las cotizaciones efectuadas después de la estructuración de la invalidez fueron sufragadas en ejercicio de una real y probada capacidad laboral residual del interesado y no, que se hicieron con el único fin de defraudar al sistema de seguridad social.

En esa misma línea pensamiento también encontramos las decisiones proferidas por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, la que ha puntualizado que al ser los padecimientos crónicos de larga duración, permanentes en el tiempo y suelen agravarse de manera paulatina, eventualmente permiten al afiliado continuar con su actividad de trabajo, pese a que la pérdida de capacidad laboral se haya estructurado desde antes. Por tanto, en un análisis de las condiciones del solicitante, así como la constatación de la existencia de una capacidad laboral residual, es posible establecer que el punto de partida para realizar el conteo de aportes previsto en la Ley 860 de 2003 no solo sea la data de estructuración de la invalidez, sino también el momento en que se profiere el dictamen de calificación de la invalidez, el día en que se presenta la reclamación de la pensión de invalidez, o la calenda del último periodo de cotización (CSJ SL3275-2019, CSJ SL4567-2019, SL770-2020 y CSJ SL409-2020, SL 2830-2021).

En el caso analizado la pérdida de capacidad laboral encuentra su origen en una enfermedad crónica – *insuficiencia renal crónica no especificada*- el demandante se afilió a la AFP Porvenir S.A el 29 de marzo de 2012 (f.º 65) y realizó aportes como dependiente a través de los siguientes empleadores:

Empleador	Periodo desde	Periodo hasta
CTA Propalma	201203	201204
Agrícola Los Salados S.A.	201204	201206
Vector Geophysical SAS	201301	201303
Inversiones Trujillo y Trujillo y Cia LTDA	201402	201410
Agrícola Los Salados S.A.	201504	201508
FB Construcciones S.A.S	201706	201903

También se resalta que la invalidez se estructuró el 20 de julio de 2017 con una pérdida de capacidad laboral del 56.79%, definida mediante dictamen de 6 de abril de 2018 (f.º 78 a 84), en el que quedó consignado “*Presenta independencia para el desempeño de las actividades básicas*

cotidianas y en actividades de la vida diaria, rol laboral interrumpido, requiere PCL para trámite pensión por invalidez”.

Así, de conformidad con la relación histórica de movimientos de Porvenir S.A. obrante a folios 66 a 73 allegada al proceso por la parte demandada, se evidencia que el promotor del juicio realizó un esfuerzo por mantener las cotizaciones pese al deterioro en su estado de salud. Luego, conservó claramente una capacidad laboral, pues de manera posterior a la estructuración del estado de invalidez e incluso después de la data del dictamen continuó con la cotización como dependiente hasta el 1º de abril de 2019, para completar un total de 252 semanas, de las cuales 92.42 fueron sufragadas en los tres años anteriores a la última cotización.

En ese contexto, al contar con un número de semanas superior a las exigidas en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, resulta válido en este preciso asunto tener como fecha para contabilizar las 50 semanas allí requeridas, la de la última cotización -1º de abril de 2019-, dado la “*capacidad laboral residual*” y el carácter de enfermedad crónica que padece el demandante. En consecuencia, tal como acertadamente concluyó el *a quo* el actor si tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez al tomar la fecha de la última cotización para efectos de contabilizar la densidad mínima de cotizaciones que exige la Ley 860 de 2003, por lo que no hay lugar a revocar la sentencia como se suplica en la apelación.

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

No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

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

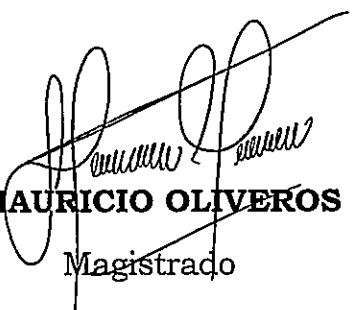
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2020, por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 028 2019 00363 01
DEMANDANTE: JOSÉ RODRIGO DAZA HORTUA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, COLFONDOS S.A PENSIONES Y
CESANTÍAS Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de octubre 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 Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 12 de julio de 2021. Igualmente, se surtirá el grado de consulta en favor de Colpensiones.

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

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

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

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

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad e ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual a través de Colfondos S.A.. En consecuencia, se condene a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos y bonos o títulos pensionales. Se disponga a Colpensiones activar la afiliación y recibir la totalidad de los aportes. Asimismo, a las demandadas a reconocer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 5 de octubre de 1963 y se afilió al régimen de prima media el 22 de septiembre de 1989 donde cotizó 400 semanas. El 3 de diciembre de 1997 se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos S.A. y posteriormente se cambió a la AFP Porvenir S.A. Adujo que a su lugar de trabajo se acercó un asesor que le informó que el Instituto de Seguro Social atravesaba problemas lo que ponía en riesgo su futuro pensional, por el contrario en el fondo privado recibiría una pensión superior. Refirió que no recibió información veraz, oportuna, pertinente y objetiva sobre las características de cada régimen y las consecuencias de cambio. Señaló que su mesada pensional en el régimen de ahorro individual sería de \$781.242, entre tanto, en prima media ascendería a la suma de \$5'014.013. Finalmente, que fue negada la petición de traslado que elevó (f.º 1 a 11).

Al contestar, la AFP **Colfondos S.A.**, se opuso a las pretensiones. Respecto de los hechos, aceptó el natalicio del actor, la afiliación al fondo, la solicitud de traslado y su respuesta. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, la no existencia de prueba de causal de nulidad alguna, la prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, la buena fe, la compensación y pago, el saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, la ausencia de vicios del consentimiento, nadie puede ir en contra de sus

propios actos, la obligación a cargo exclusivamente de un tercero y las demás declarables de oficio (f.º 87 a 111).

Al dar respuesta, **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó las fechas de nacimiento de nacimiento del actor, afiliación al Seguro Social, cambio de régimen, también admitió la reclamación con su respuesta. Manifestó no constarle o no ser ciertos los demás. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, la inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, la prescripción, la caducidad, la inexistencia de causal de nulidad, el saneamiento de la nulidad alegada, la no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f.º 128 a 139).

Mediante auto del 9 de diciembre de 2019 se dispuso vincular a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., en calidad de demandada (f.º 148), que al contestar el libelo introductorio rechazó las suplicas. En cuanto a los hechos, aceptó únicamente la data de nacimiento del actor y la afiliación al fondo. Manifestó no constarle los demás. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de prescripción, la prescripción de la acción de nulidad, el cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y la buena fe (f.º 166 CD).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 12 de julio de 2021, declaró ineficaz el traslado del demandante al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos S.A. En consecuencia, condenó a Colfondos S.A trasladar a Colpensiones los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia. Dispuso a Colpensiones activar la afiliación y actualizar la historia laboral. Declaró

no probadas las excepciones e impuso condena en costas a las demandadas (f.º 174 a 178).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP Colfondos, no probó haber ilustrado de manera clara, precisa y detallada al demandante sobre las ventajas y desventajas que del cambio de régimen, por ello, pese a que el actor diligencio el formulario de vinculación, no se demostró en los términos señalados por la H. Corte Suprema de Justicia que tomó una decisión informada por lo que procede declarar la ineficacia deprecada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme **Colpensiones**, imploró revocar la sentencia al argumentar que el accionante ha permanecido vinculado por un largo periodo al RAIS y ha ejecutado actos de relacionamiento con los cuales se perfeccionó el acto del traslado.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la

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

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

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la

sentencia SL1688 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020, STL3200-2020 y SL3050-2021. También la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que el promotor del juicio nació el 5 de octubre de 1963, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 30 años y 224,82 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 14 y 36). 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 3 de diciembre de 1997, así se colige del formulario de afiliación a la AFP Colfondos S.A. (f.º 34 y 121). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que el actor estuvo afiliado a Colfondos S.A. del 1º de febrero de 1998 al 30 de abril de 2000; a Porvenir S.A. del 1º de mayo de 2000 al 31 de julio de 2015 y a partir del 1º de agosto de 2015 en adelante a Colfondos S.A (f.º120).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que en 1997 se vinculó laboralmente y junto con el contrato de trabajo le

entregaron el formulario de afiliación a Colfondos el que diligenció voluntariamente, sin la intervención de ningún promotor del fondo privado. Confesó que no se acercó a pedir información a la AFP y que en el 2015, su empleador “*Siemens*” citó a los trabajadores a una reunión en la que informaron que por manejo puramente administrativo todos debían afiliarse a Colfondos, estuvo presente un asesor quien se limitó a entregarles el formulario, pero no les brindó ninguna asesoría. Refirió que en 2018 algunos de sus compañeros empezaron a tramitar la pensión y fue allí que supo que el beneficio económico que esperaban obtener no se concretaría, por lo que decidió interponer la demanda.

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 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 por la gestión del empleador denota que el accionante no recibió información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional por parte de la AFP. 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 actualmente afiliado 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.º 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 el demandante estuvo vinculado a este fondo. Dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360-2019). En consecuencia, la sentencia 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 proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 12 de julio de 2021, en el sentido de CONDENAR a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliado a dicho fondo privado.

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

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada *actuación de voto.*
28-2019-00363-01.

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



ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JOSE RODRIGO DAZA HORTUA

DEMANDADO: COLPENSIONES, Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 028 2019 00363 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 28 de septiembre de 2021 con decisión igual sobre el tema de ineficacia a la que se emite en el fallo de hoy 29 de octubre de 2021, esto es, confirmando la sentencia de primera instancia.

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

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

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

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

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

“Encuentra la Sala de Revisión que este aspecto depende directamente de que el número mínimo de Magistrados requeridos expresen su voluntad de respaldar la totalidad de las decisiones contenidas en la parte resolutive de tal decisión. Es aquí cuando, frente a las posibles situaciones que pudieran presentarse, aparecen las figuras que en la práctica judicial colombiana se han denominado como aclaración y salvamento de voto¹.

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

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

En el presente caso, pese a que no existía disidencia sobre la decisión, que valga reiterar es respecto de la cual se genera el salvamento de voto, la decisión presentada en la ponencia de 28 de septiembre de 2021 se postergó hasta el 29 de octubre 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 28 de septiembre 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 28 de septiembre 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